

19. mars 2021 **TRAVAIL** 13 min

# Licenciement: se quitter professionnellement en douceur

PAR **JULIE MÜLLER**

Lorsque employeur·se et employé·e se séparent, le risque de conflit est fréquent. Un expert en droit du travail donne les clés pour s'assurer un départ gagnant-gagnant.

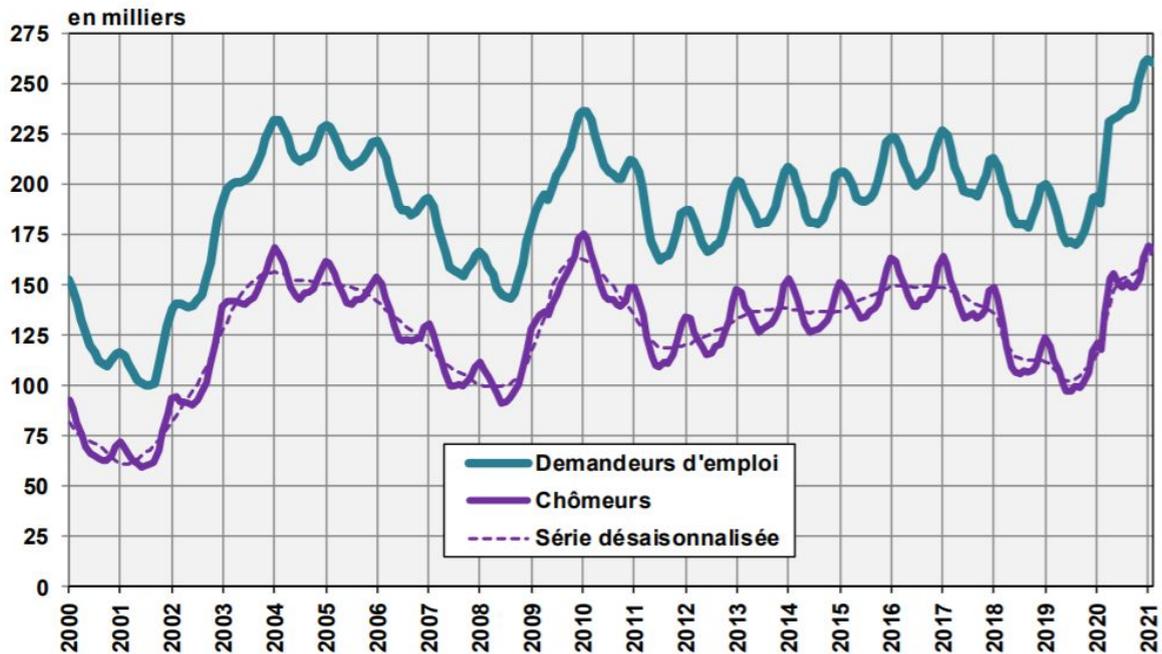


Le total de chômeurs a bondi de 40,3% sur un an (Seco).

Crédits: Pexels

Les spécialistes le répètent: un licenciement réussi est un licenciement bien préparé. Pourtant, depuis le début de la pandémie, l'anticipation se fait de plus en plus rare. Malgré le recours massif à un chômage partiel qui s'est révélé salutaire pour bon nombre d'entreprises, d'autres ont tout de même dû procéder à des suppressions d'emplois en urgence.

### G3: Demandeurs d'emploi et chômeurs inscrits



Le **Secrétariat d'Etat à l'économie (Seco)** fait d'ailleurs état de 169'753 personnes inscrites auprès d'un office régional de placement (ORP) à la fin janvier 2021, soit un total de chômeur·se·s ayant bondi de 40,3% sur un an (+48'735 personnes).

Mais la crise économique n'ayant pas encore effectué ses dernières secousses, force est de constater que certains éléments peuvent être mis en place pour amortir le départ d'un·e collaborateur·trice.

En effet, la fin des rapports de travail étant une période très sensible durant laquelle le potentiel de conflit est élevé, l'avocat et conseiller d'entreprises Pierre Matile, également fondateur de **l'étude CJE** à Cortaillod (NE), liste quelques uns des paramètres à prendre en compte lors de la préparation à un licenciement.



## Le motif de licenciement

La première chose que voudra savoir le collaborateur licencié sera **la raison pour laquelle l'employeur se sépare de lui**. Impossible à prévoir dans un contrat de

travail, cette raison doit cependant être très claire dans la tête du dirigeant au moment de la résiliation.

On peut distinguer deux types de motifs de licenciement:

- **Un motif unique:** le contrat est résilié en raison de la détérioration de la situation économique. Par exemple, la pandémie ou une restructuration.
- **Une pluralité de motifs:** le contrat est résilié car le rendement du collaborateur ne lui convient plus, il est très souvent absent, attitude incorrecte, compétences insuffisantes etc. Selon laquelle de ces causes est prépondérante, le collaborateur pourra réclamer une indemnité pour licenciement abusif qui peut s'élever à six mois de salaire au maximum.

Il est important de savoir en amont quel est le motif prépondérant, quel est le réel motif pour lequel on procède à ce licenciement. Se poser la question: ce licenciement est-il contestable?

**Conseil:** Analyser la situation afin de limiter le risque que le licenciement puisse être considéré abusif.

---

## Le licenciement abusif

Selon le/les motif(s) invoqué(s), il(s) peu(ven)t être considéré(s) comme abusif(s). L'article 336 CO énumère ces cas mais en voici quelques exemples:

- pour une **raison inhérente à la personne** du collaborateur (nationalité, sexe, âge, orientation sexuelle, maladie, etc.)
- en raison de **l'exercice par le collaborateur d'un droit constitutionnel** protégeant les libertés fondamentales (intégrité psychique et physique, liberté de mouvement, atteinte à l'honneur, à la réputation, à la vie, etc.)
- afin d'empêcher la **naissance de prétentions juridiques** (prime d'ancienneté, gratification, augmentation de la durée du droit aux vacances, etc.)
- Parce que le collaborateur fait valoir des **prétentions résultant du contrat de travail** (appelé «congé-vengeance», cas du collaborateur qui fait valoir ses droits et qui obtient pour seule réponse la résiliation de son contrat de travail).
- En raison de **l'accomplissement d'un service public** ou d'une obligation légale (effectuer une tâche matérielle publique telle que tuteur, curateurs, jurés, membres dans service du feu, etc.)

En cas de licenciement abusif, l'employeur peut être condamné à verser au collaborateur une indemnité pouvant s'élever au maximum à six mois de salaire.

**Conseil:** Afin d'éviter tout litige, examiner si l'on est dans l'une des situations décrites ci-dessus.

---

## Le mode de communication de la résiliation

Une **résiliation orale peut suffire** s'il n'est pas convenu dans le contrat de travail qu'elle soit écrite. Par souci de prouvabilité, il est néanmoins conseillé de toujours communiquer la résiliation par écrit et sous pli recommandé.

>> **À lire aussi:** [Vous devez licencier? Evitez les erreurs](#)

**Conseil:** Prévoir dans le contrat de travail les modes possibles de communication.

---

## La date de fin des rapports de travail

L'employeur qui résilie le contrat de travail d'un collaborateur **doit définir précisément la date** à laquelle les rapports de travail prendront fin. Pour cela, il faut connaître la date à laquelle le congé débute, c'est-à-dire non pas lorsque le courrier de résiliation est mis à la poste mais le lendemain du jour auquel il entre dans la sphère du collaborateur.

La résiliation n'est valable qu'à partir du moment où l'autre partie l'a reçue et le fardeau de la preuve incombe à la partie qui résilie le contrat. Ensuite la loi (art. 335c CO) prévoit les délais de résiliation suivants :

- Après le temps d'essai, pendant la **première année** d'activité: un mois.
- De la **deuxième à la neuvième** année d'activité: deux mois.
- A partir de la **dixième** année de service : trois mois.

A savoir que la résiliation prévoit **la fin des rapports de travail pour la fin du mois**.

Exemple: L'employeur envoie la résiliation par courrier recommandé le 29 ou 30 mars, si le courrier est réceptionné le 31 mars, le délai de congé commencera à courir le 1er avril et pour une personne avec moins d'une année d'ancienneté se terminera fin avril. Tandis que si le courrier est réceptionné le 1er avril, le délai de congé de cette personne commencera à courir le 1er mai et se terminera le 31 mai.

La résiliation doit parvenir au collaborateur au plus tard le dernier jour du mois pour que le congé commence à courir au début du mois suivant.

**Conseil:** Examiner la date ou la période à laquelle le congé parviendra au collaborateur pour savoir quand le délai de congé commencera à courir et à quelle date le contrat de travail prendra fin.

---

## Libération de l'obligation de travailler

Cette mesure se remarque de plus en plus, notamment lorsqu'il s'agit de cadres ou de personnes occupées à la vente puisque l'employeur peut souhaiter que le collaborateur en question ne soit plus en contact avec la clientèle. Le risque étant que le dudit collaborateur essaie de capter les clients et les prévienne de son départ pour qu'ils partent avec lui.

L'employeur **peut ainsi libérer le collaborateur de son activité** pendant son délai de résiliation. Si l'employeur résilie un contrat de travail pour raison économique et que le collaborateur trouve un nouvel emploi durant la période de congé, d'une part l'employeur doit accepter de mettre fin plus rapidement au contrat de travail pour lui permettre de commencer sa nouvelle activité et d'autre part, si le collaborateur reçoit un salaire inférieur, il devra lui verser la différence entre son ancien et le nouveau salaire pendant le solde du délai de congé.

**Conseil:** Procéder à une pesée des intérêts pour déterminer s'il est opportun de libérer le collaborateur de l'obligation de travailler.

---

## Le solde de vacances

Comme vu précédemment, la tendance grandissante est celle de laisser partir en avance son collaborateur mais quid des congés en suspens? Selon la loi, en principe les **vacances doivent être prises en nature** pendant la durée des rapports de travail. Le collaborateur doit bénéficier réellement de son congé mais à la fin de l'activité, l'employeur a le droit de faire exception.

L'employeur peut-il obliger le collaborateur à prendre la totalité du solde de vacances pendant le délai de congé? Le Tribunal fédéral a fixé une limite à environ **un quart de la durée totale** pendant laquelle le collaborateur est libéré de l'obligation de travailler pendant laquelle l'employeur peut considérer que le solde de vacances est réputé pris.

Par exemple, si le délai de congé est de 2 mois et que le collaborateur a un solde de 10 jours de vacances à prendre (l'on considère qu'un employé travaille en moyenne environ 22 jours par mois, donc 44 jours sur deux mois), le solde de vacances représente moins d'un quart de la durée pendant laquelle le collaborateur est libéré de l'obligation de travailler et on pourra alors considérer que la totalité du solde de vacances est réputée prise pendant le délai de congé. Cependant, si le solde des vacances s'élève à 20 jours, l'employeur devra payer 9 jours de vacances, les 11 autres étant réputés pris pendant le délai de congé.

**Conseil:** Régler ces points dans le contrat de travail.

---

## Les heures supplémentaires

Autre problème qui se pose à la fin des rapports de travail: que faire des heures supplémentaires? L'idéal est que le cadre soit clairement établi **au préalable dans le contrat de travail**. Si tel n'est pas le cas, le code des obligations prévoit que les heures supplémentaires soient payées avec **un supplément de 25%**. Cette règle ne vaut que si l'employeur et l'employé n'ont rien prévu d'autre.

Les heures supplémentaires **ne peuvent pas être compensées en temps** pendant le délai de congé, et doivent donc être payées, à moins que la compensation en temps ne soit expressément convenue dans le contrat de travail.

Autre question, qu'en est-il des heures positives que le collaborateur a accomplies librement dans le cadre d'un horaire flexible qui, par exemple, permet de cumuler 10 heures positives par mois? Si le collaborateur a systématiquement cumulé 10 heures positives par mois, cela peut en représenter un nombre important d'heures sur plusieurs années. Si le contrat de travail n'a pas été rédigé prudemment, l'employeur devra payer toutes ces heures, de plus avec un supplément de 25 %, ce qui peut représenter un montant très important sur plusieurs années. **Une rédaction précise du contrat de travail** permet à l'employeur d'éviter de devoir payer ses heures que le collaborateur a librement accumulées.

**Conseil:** Régler la question dans le contrat de travail

---

## La protection contre le licenciement

Dans un certain nombre de cas, le collaborateur bénéficie d'office d'une protection contre le licenciement par l'employeur (grossesse, maladie, accident, service militaire..). Un congé parvenu au travailleur **pendant une période de protection** contre licenciement est **nul** et devra donc être répétée par l'employeur.

Si la cause de protection survient **après la résiliation** signifiée valablement, mais pendant le délai de congé, le délai de congé est **suspendu** et ne recommence à courir que lorsque la cause de protection a pris fin ou que le délai de protection a été complètement utilisé.

À titre d'exemple, en cas de grossesse, la collaboratrice bénéficie d'une protection contre le licenciement pendant toute la durée de la grossesse et pendant les 16 semaines qui suivent. Selon les circonstances, il convient de demander un certificat médical qui atteste de la date de conception, afin de déterminer si la collaboratrice bénéficie ou non de la protection contre le licenciement.

Cette clause de protection est d'ailleurs à **sens unique** puisque l'employeur ne peut pas aller à son encontre mais l'employé peut, quant à lui, résilier son contrat durant cette période s'il le souhaite.

**Conseil:** Étudier si le collaborateur bénéficie ou bénéficiera prochainement d'une période de protection contre le licenciement

---

## **Le licenciement du collaborateur «âgé»**

Un collaborateur est considéré comme «âgé» selon le Tribunal fédéral s'il a **plus de 55 ans**. Selon la jurisprudence, l'employeur a un devoir accru de protection envers ce collaborateur et s'il souhaite résilier son contrat, il doit alors prendre toutes les mesures possibles pour le garder. En cas de litige, l'employeur **doit pouvoir avoir pris toutes les mesures envisageables pour garder l'ex-employé**. S'il n'arrive pas à apporter cette preuve, le licenciement peut être considéré abusif et l'employeur court le risque de devoir verser une indemnité qui peut s'élever à six mois de salaire.

Exemple: Un employeur souhaitant se séparer d'un collaborateur avec 35 ans d'ancienneté, à deux ans de la retraite, car il n'est plus en phase avec l'évolution technologique, peut discuter avec lui. Des solutions alternatives au licenciement telles que la retraite anticipée ou une compensation monétaire peuvent être mises en place.

**Conseil:** Analyser la situation et rechercher une solution win-win.

---

## **Les renseignements au sujet de l'ex-collaborateur**

La loi sur la protection des données **interdit à l'employeur de donner sans autorisation expresse des informations à autrui** sur un ancien collaborateur. Entre entreprises, il est fréquent d'échanger des renseignements sur le personnel, mais en réalité cette pratique n'est pas admise selon la loi.

L'employeur peut cependant **demander l'accord** à l'ex-collaborateur mais cette proposition est à double tranchant pour l'employé car s'il refuse, l'employeur potentiel qui demande les informations recevra un mauvais signal. Un cas traité devant les tribunaux avait condamné un employeur qui donnait à des employeurs potentiels des renseignements peu flatteurs sur son ex-vendeuse, empêchant la jeune femme de retrouver un emploi. L'ex-employeur ayant nui à l'avenir économique de la vendeuse a dû compenser la perte causée durant les mois de chômage, ainsi qu'une indemnité pour tort moral (environ 30'000 francs).

**Conseil:** Régler la question dans le contrat de travail.

---

## **Les réseaux sociaux**

Si l'employeur a un devoir de diligence envers son ex-employé, il en va de même inversement. L'ex-employé ne doit **pas donner d'informations qui peuvent nuire** à son ex-employeur et ne doit plus indiquer sur ses réseaux sociaux qu'il fait partie de l'entreprise alors que les rapports de travail ont pris fin.

**Conseil:** Régler cette question dans le contrat de travail.

---

## Les accès informatiques

Il ne faut pas négliger cet élément qui **prend en compte plusieurs choses**. Il faut notamment définir à quel moment les accès seront coupés, savoir quelles données peuvent être récupérées par l'ex-collaborateur etc. mais tout doit être clairement établi dans le contrat de travail.

S'il est notifié que l'espace informatique de l'employeur est un outil de travail, qu'il n'est pas destiné aux données privées du collaborateur, qu'il appartient à l'employeur, il peut les consulter car l'espace informatique ne contient que des données professionnelles.

**Conseil:** Régler cette question dans le contrat de travail

---

## Permettre au licencié de prendre congé de ses collègues

La question qui subsiste est celle **des conditions du départ**. De nouveau, l'employeur a une obligation de bienveillance à l'égard de son collaborateur licencié. Il ne peut être raccompagné promptement à la porte sans dire au revoir à ses collègues ou sans reprendre ses effets personnels, cela nuirait à sa réputation et, dans certains cas, **peut être considéré comme abusif**.

Si une information doit être donnée aux fournisseurs et aux clients avec lesquels le collaborateur était en contact, il peut être conseillé de prévoir un écrit que l'employeur fera approuver par le collaborateur avant de le diffuser. Cela limitera grandement le risque de litige.

**Conseil:** Veiller à être bienveillant, même, cas échéant en prenant certaines mesures.

---

## Conclusion

Le conseil donné au sujet des rubriques passées en revue ci-dessus consiste à plusieurs reprises à mentionner une règle dans le **contrat de travail**. L'employeur

bien inspiré stipulera donc dans le contrat de travail certaines règles pour clarifier la situation employeur – collaborateur et ainsi **limiter le risque de conflit.**