

Zeitschrift: Revue syndicale suisse : organe de l'Union syndicale suisse
Herausgeber: Union syndicale suisse
Band: 61 (1969)
Heft: 3

Artikel: Le projet de loi sur le contrat de travail
Autor: Berenstein, Alexandre
DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-385528>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 10.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Le projet de loi sur le contrat de travail

Par *Alexandre Berenstein*

Nous avons publié dans notre livraison de mars 1965 une étude du professeur Alexandre Berenstein sur l'«avant-projet de loi sur le contrat de travail». Le professeur Berenstein ayant fait paraître dans le numéro de juillet-octobre 1968 de la *Rivista giuridica del Lavoro* (Rome) un article sur le projet de loi définitif qui a succédé à cet avant-projet, nous publions ci-après les passages essentiels du texte français de cet article. Depuis, la Commission du Conseil national a apporté des changements importants à ce projet. Nous en reparlerons au moment opportun.
Réd.

En date du 25 août 1967, le Conseil fédéral a déposé sur le bureau de l'Assemblée fédérale un projet de loi concernant la revision des titres dixième et dixième *bis* du Code des obligations, c'est-à-dire des titres consacrés au contrat de travail et au contrat d'apprentissage¹. Ce projet fait suite aux travaux de la commission d'experts qui, en 1964, avait établi à ce sujet un avant-projet. C'est après la procédure usuelle de consultation que, sur la base de cet avant-projet, a été établi le projet définitif, qui se trouve actuellement soumis à l'examen des commissions parlementaires et qui tend à modifier dans une large mesure les dispositions législatives qui sont en vigueur dans le domaine du droit privé du travail. D'autre part, la plupart des matières de ce droit qui sont présentement dispersées dans des lois spéciales seraient incorporées au titre X du Code des obligations.

Le nouveau titre X, qui remplacerait les titres X et X *bis* actuels, serait intitulé «Du contrat de travail» et serait subdivisé en quatre chapitres: «Du contrat individuel de travail», «Des contrats individuels de travail spéciaux», «De la convention collective de travail et du contrat-type de travail» et «Dispositions impératives».

Nous n'entendons pas donner ici un commentaire exhaustif des innovations contenues dans le projet de loi. Celui-ci comporte en effet cent dix articles, qui constitueraient désormais le titre X du Code des obligations, et il prévoit de plus la modification de toute une série d'autres dispositions, tant du Code des obligations que du Code civil et de diverses lois spéciales. Nous nous bornerons donc à relever les dispositions les plus caractéristiques du projet de loi.

1. La notion du contrat de travail

Le premier point qui est digne de remarque touche à la dénomination et à la notion même du contrat de travail.

Actuellement, le contrat de travail est le contrat qui lie un employeur à un travailleur déterminé. Dorénavant, le terme de «contrat de travail» recouvrirait également la «convention collective de travail»

¹ *Feuille fédérale*, 1967, vol. II, p. 249.

et le «contrat-type de travail», le contrat de travail proprement dit devant recevoir la dénomination plus précise de «*contrat individuel de travail*» (*Einzelarbeitsvertrag* dans le texte allemand). En fait, cette innovation ne paraît pas avoir de justification très sérieuse. Dans son exposé des motifs, le Conseil fédéral déclare qu'en dénommant l'actuel contrat de travail «contrat individuel de travail», il s'agit de souligner la différence qui existe entre ledit contrat individuel, la convention collective et le contrat-type de travail². Mais le terme de «contrat de travail» se distingue suffisamment, en tout cas dans la version française du code, de celui de «convention collective de travail» pour qu'aucune confusion ne soit possible. De son côté, le contrat-type de travail, régi actuellement par l'article 324 du Code des obligations, n'est nullement un contrat, mais bien un règlement émanant de l'autorité publique; il ne saurait donc constituer une catégorie de «contrat de travail» au sens large.

Quant à la notion même du contrat individuel de travail, elle serait profondément bouleversée. Si actuellement le contrat de travail est la convention par laquelle une personne, l'employé ou le travailleur, promet à une autre personne, l'employeur, son travail pour un temps déterminé ou indéterminé, contre paiement d'un salaire (art. 319 CO), dorénavant le contrat individuel de travail serait une convention par laquelle le travailleur s'engagerait à travailler au service de l'employeur pour une durée déterminée ou indéterminée, et l'employeur à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (projet, art. 319, al. 1).

Certes, le lecteur non averti pourra ne voir aucune différence essentielle entre ces deux formulations. Mais le message du Conseil fédéral s'exprime comme suit à ce sujet:

«La définition identique dans les trois langues de l'élément essentiel caractérisant ce contrat, à savoir la principale obligation incombant au travailleur, procède non seulement du désir d'améliorer la terminologie, mais aussi de la volonté de dégager une conception claire «du travail dépendant», à régler dans le nouveau titre. Il ne suffit plus, dès lors, que les parties contractantes se lient pendant un certain temps, mais il faut surtout que le travailleur s'oblige à entrer au service de l'employeur afin de permettre à celui-ci, dans les limites des obligations contractuelles, de disposer pour ses propres fins et besoins de l'activité du travailleur. Le travail s'exécutant à titre indépendant n'est donc plus compris dans cette réglementation, raison pour laquelle on a renoncé à reprendre la disposition de l'article 361 du Code des obligations. Ce travail sera soumis, à l'avenir, aux dispositions concernant le mandat (art. 394, 2^e al., CO) lorsqu'il ne s'agit pas d'un contrat d'entreprise (art. 363 CO). La jurisprudence peut appliquer par analogie les dispositions du titre traitant du con-

² *Feuille fédérale*, loc. cit., p. 301.

trat de travail au travail accompli de façon indépendante – par exemple par un médecin ou un avocat travaillant comme employé – si la nature de ce travail permet ou paraît le commander»³.

Mais il y a une contradiction évidente dans le texte qui vient d'être reproduit. Si un médecin ou un avocat travaillent comme employés, c'est qu'ils se trouvent dans une situation dépendante, une telle situation dépendante étant, actuellement aussi, la caractéristique essentielle du contrat de travail, si même le texte de l'article 319 ne le dit pas expressément (mais il le dit implicitement: l'employé promet «*son travail*» à l'employeur). Sans doute peuvent-ils jouir d'une plus grande indépendance que l'ouvrier dans l'exécution de leur travail. Toutefois, ils demeurent soumis, en ce qui concerne par exemple l'horaire de travail, en ce qui concerne aussi la discipline, aux instructions que leur donne l'employeur. Ces instructions peuvent porter aussi sur la manière de travailler, dans la mesure en tout cas où l'employeur ou son représentant possède lui-même les compétences nécessaires à cet effet et est lui-même médecin ou avocat. On relèvera d'ailleurs que si en France le «louage de services» est défini par le Code civil (art. 1779): «le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un», la doctrine admet que cette définition n'exclut nullement les contrats passés avec les membres des professions libérales qui ont accepté un emploi. La manière de voir du Conseil fédéral relance une ancienne controverse sur les «*artes liberales*» qui, en vertu de la tradition ancienne, dérivant du droit romain, ne pouvaient faire l'objet d'un contrat de travail. Le problème avait été réglé en Suisse par l'article 348 du code de 1881, remplacé par l'article 361 du code actuel.

Il n'est donc nullement certain que, même si le texte proposé devait être accepté par l'Assemblée fédérale, la jurisprudence se contente de l'explication de l'article 319 nouveau donnée par le Conseil fédéral pour exclure les travailleurs intellectuels de la protection résultant de l'application de la réglementation du contrat de travail. Le gouvernement n'indique d'ailleurs pas les raisons pour lesquelles il prône cette modification fondamentale de la notion du contrat de travail. Il convient au surplus de souligner que l'acceptation de la solution préconisée par le Conseil fédéral entraînerait une grave insécurité juridique, puisque les auteurs du projet entendent laisser à la jurisprudence le soin de déterminer dans quels cas et dans quelles circonstances on appliquerait par analogie à l'«employé indépendant» les dispositions concernant le «contrat individuel de travail».

³ *Ibid.*, pages 284–285. L'article 361 CO, que mentionne le Conseil fédéral, concerne les «professions libérales» et a la teneur suivante: «Les dispositions du présent titre s'appliquent également aux contrats portant sur des travaux qui supposent une culture scientifique ou artistique spéciale et qui s'exécutent contre paiement d'honoraires, quand ces conventions présentent d'ailleurs les éléments constitutifs du contrat de travail».

2. Les différentes catégories de travailleurs

Si la proposition que nous venons de relater apparaît fort discutable, on ne peut qu'approuver en revanche la suppression proposée de la distinction actuellement faite entre les différentes catégories de travailleurs: ouvriers, employés et domestiques. Dans les dispositions actuellement en vigueur, ces différentes catégories sont traitées de façon différente notamment quant aux périodes de paiement du salaire, quant aux délais de congé, et même, dans certains cas, quant à la possibilité pour l'employeur de donner le congé. Chacun connaît les difficultés sans nombre qu'engendre la distinction qui est faite dans la loi entre ouvriers et employés. Le critère de distinction doit-il se baser sur la nature du travail, sur la position dans l'entreprise, sur le mode de rémunération, ou plutôt sur l'idée que l'on se fait, dans le langage courant, d'un ouvrier ou d'un employé?

A vrai dire, si le projet supprime la distinction dans son principe, on ne saurait dire qu'il ne subsistera rien de cette distinction dans les faits. Elle est remplacée par une autre différenciation: les travailleurs sont subdivisés en «*travailleurs rétribués au mois*» (ou «*payés au mois*») et en «*autres travailleurs*», les premiers prenant essentiellement la place des employés (et des domestiques) et les seconds celle des ouvriers. Cette différenciation s'appliquerait notamment en matière de résiliation du contrat, les travailleurs rémunérés au mois étant considérés comme liés d'une façon plus permanente que les autres travailleurs, et les délais de congé étant plus longs à leur égard.

Cela ne signifie cependant pas que ce soit réellement la distinction entre ouvriers et employés – distinction si souvent critiquée – qui réapparaisse ainsi sous une autre dénomination et que la différenciation entre deux catégories de travailleurs doive comporter à l'avenir la même signification qu'actuellement. En effet, le statut du travailleur quant aux conditions de la résiliation du contrat ne dépendra plus de la nature de son travail ou de l'un des autres critères qui ont été proposés pour permettre de définir la distinction entre ouvriers et employés. Il dépendra chaque fois des conventions des parties. L'ouvrier rétribué au mois sera désormais assimilé à l'employé. Le délai normal de résiliation du contrat dans les contrats à durée indéterminée sera d'un mois pour la fin d'un mois pour les travailleurs rétribués au mois et de deux semaines pour la fin d'une semaine pour les autres travailleurs (projet, art. 336*a*). Lorsque les rapports de service auront duré plus d'un an, le délai de résiliation sera accru et porté jusqu'à trois mois (dès la dixième année) pour ceux-là et jusqu'à six semaines pour ceux-ci (projet, art. 336*b*).

Mais cette abolition d'une distinction devenue désuète ne sera néanmoins pas complète dans le droit suisse. En effet, la proposition du Conseil fédéral est présentée peu après l'entrée en vigueur de la loi sur le travail qui, dans ses dispositions sur la durée du travail,

a maintenu et même dans une certaine mesure renforcé l'ancienne distinction. Si celle-ci disparaîtra ainsi des dispositions du droit privé par l'adoption des nouvelles dispositions du Code des obligations, elle subsistera dans le domaine du droit public, soit de la législation protectrice des travailleurs.

3. Caractéristiques de la réglementation

Un examen détaillé des modifications de la réglementation du contrat de travail proposées par le gouvernement fédéral permet de constater que la revision projetée n'est pas dominée, comme l'était par exemple celle de 1911, par le désir de voir améliorer la situation du travailleur. Les auteurs du projet ont considéré en effet que la situation respective des parties au contrat de travail s'était fondamentalement modifiée depuis la revision précédente.

Le message du Conseil fédéral déclare à ce sujet ce qui suit :

« En période de plein emploi et de suremplei, la situation économique des travailleurs s'est complètement modifiée. Leur état de dépendance a cessé de telle sorte que ce n'est plus le salarié qui doit s'efforcer de trouver une place mais l'employeur qui est contraint de rechercher de la main-d'œuvre. Dans les conditions actuelles, la dépendance à l'égard de l'employeur n'existe également plus dans la grande majorité des cas, même si elle n'a pas encore complètement disparu pour certaines catégories de travailleurs, la main-d'œuvre à domicile par exemple. Sans doute le législateur ne doit-il pas se fonder uniquement sur les conditions de l'heure, mais régler également les rapports de travail compte tenu des fluctuations de l'économie et du marché du travail. Comme le plein emploi restera selon toute probabilité un but reconnu de la politique de l'Etat, le travailleur ne retombera plus, à l'avenir, dans l'état de dépendance où il se trouvait autrefois. »

Et il ajoute :

« Il est clair que le droit en matière de contrat de travail doit garantir et protéger les intérêts légitimes des salariés, étant donné que les rapports de travail exigent que le travailleur mette en œuvre ses forces et que l'organisation de sa vie s'en trouve largement influencée. Mais il importe également que ce droit sauvegarde les intérêts légitimes des employeurs puisqu'il doit créer un régime répondant équitablement aux intérêts des deux parties.⁴ »

Le Conseil fédéral fait certes preuve d'un optimisme exagéré. Il se contredit d'ailleurs en affirmant que la dépendance à l'égard de l'employeur n'existe plus et en reconnaissant en même temps que le

⁴ *Ibid.*, pages 282 à 284.

contrat individuel de travail se caractérise par le rapport de dépendance qui naît lors de l'entrée d'un travailleur au service de l'employeur. Il est exact que la situation du travailleur s'est grandement améliorée depuis 1911, mais il est certain aussi que l'état de dépendance non seulement juridique mais aussi économique du travailleur subsiste et que celui-ci continue à mériter une protection spéciale. Cette protection ne lui est d'ailleurs pas refusée par le projet, mais les auteurs de celui-ci ont entendu mettre également l'employeur au bénéfice d'une protection, qui s'exprime par des dispositions de caractère impératif, protégeant l'employeur. Il en résulte dans certains cas une péjoration de la situation des travailleurs, tandis que cette situation se trouve améliorée dans d'autres cas.

Cette constatation ressort de l'étude des principaux points de la revision projetée de la réglementation du contrat de travail, à laquelle nous nous livrons ci-après.

4. Droit au salaire en cas de maladie

Le droit du travailleur à son salaire lui est actuellement accordé dans les contrats de travail «conclus à long terme», et il l'est «pour un temps relativement court» (art. 335 CO). Le projet (art. 324a) prévoit que ce droit appartiendra au travailleur dès qu'il a été occupé depuis plus de trois mois, de même que, cette condition n'étant pas réalisée, si le contrat a été conclu pour plus de trois mois. Quant à la période de maladie pendant laquelle le salaire doit être payé, le «temps relativement court» est remplacé par un «temps limité» et dont la durée n'est pas nécessairement aussi brève. Cependant, au cours de la première année d'emploi, la situation du travailleur malade sera généralement plus défavorable qu'elle ne l'est actuellement. Dans la plupart des cantons industriels, la jurisprudence a fixé la durée du droit au salaire en cas de maladie à un maximum de quatre semaines pendant cette première année, alors que le projet de loi fixe ce maximum à deux semaines seulement. Pendant les années ultérieures, le travailleur aurait droit au salaire d'une période plus longue, «fixée équitablement compte tenu de la durée des rapports de service et des circonstances particulières». La même solution est prévue en cas d'accident, ou de grossesse et d'accouchement de la travailleuse.

5. Résiliation injustifiée du contrat

Un autre cas dans lequel la situation de l'employeur se trouve améliorée est celui de la «non-entrée en service» ou de l'«abandon injustifié de l'emploi». Actuellement, si le travailleur rompt l'engagement sans juste motif ou sans observer les délais légaux ou contractuels, l'employeur a droit à une indemnité correspondant au salaire de trois jours envers un ouvrier d'une entreprise industrielle, et à la

réparation de son dommage, établi selon les principes du droit civil envers un autre travailleur. Dans ce dernier cas, à défaut de préjudice pécuniaire, il n'a droit à aucune indemnité.

Le projet (art. 337 d) entend accorder à l'employeur une indemnité forfaitaire égale au salaire d'un demi-mois s'il s'agit d'un travailleur rétribué au mois, et au salaire d'une semaine s'il s'agit d'un autre travailleur, l'employeur pouvant en outre réclamer la réparation du dommage supplémentaire.

Il laisse cependant la faculté au travailleur de prouver que l'employeur ne subit aucun dommage ou que le dommage est inférieur au montant forfaitaire prévu par la loi. Mais, dans ce cas, le juge aurait simplement la possibilité de réduire l'indemnité selon sa libre appréciation – sans, semble-t-il, pouvoir la supprimer.

L'employeur se trouverait ainsi placé dans une situation plus confortable que le travailleur placé dans une situation analogue, c'est-à-dire celui dont l'employeur aurait résilié le contrat d'une façon abrupte et sans juste motif. Si, en effet, ce travailleur continue à avoir en principe droit à son salaire jusqu'à l'échéance normale du contrat ou jusqu'à l'expiration du plus prochain terme de résiliation, il doit déduire de ce salaire non seulement ce qu'il a gagné en exécutant un autre travail, mais aussi «le gain auquel il aurait intentionnellement renoncé» (art. 332 CO; projet, art. 324). Le Tribunal fédéral a interprété très extensivement cette notion de «renonciation intentionnelle», et il a même inversé le fardeau de la preuve en statuant que, dans certaines circonstances et notamment en cas de suremploi, il appartient au travailleur congédié d'une façon illicite qui réclame du salaire de prouver que des difficultés particulières l'ont empêché de trouver un nouvel emploi.⁵ Si cette jurisprudence – à vrai dire fort critiquable – devait être maintenue, l'employeur, même sans avoir subi de préjudice, aurait droit à une indemnité de la part du travailleur qui quitterait son emploi d'une façon abrupte (ou n'entrerait pas en service), tandis que le travailleur dont le contrat aurait été résilié d'une façon abrupte et sans juste motif pourrait ne recevoir aucune indemnité même en ayant subi un préjudice important, dans le cas où le juge admettrait qu'il n'a pas fait tout son possible pour trouver un nouvel emploi.

6. L'indemnité de départ

Le projet de loi contient en revanche une innovation tendant à assurer une meilleure protection du travailleur; il s'agit de l'institution de l'indemnité de départ, qui n'est pas prévue actuellement dans la législation suisse. Une telle indemnité serait due à tout travailleur qui quitte l'entreprise à l'âge de 50 ans au moins et qui y a été occupé pendant au moins vingt ans. Elle serait égale au salaire d'un mois au

⁵ *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral*, 1952, II, 444.

moins; en cas de décès du travailleur en cours de contrat, elle serait versée au conjoint survivant et aux enfants mineurs. Elle ne serait pas due dans la mesure où le travailleur reçoit d'une institution de prévoyance des prestations supérieures au montant des contributions qu'il a acquittées.

Le législateur ne fixerait pas d'une façon précise le montant de l'indemnité, sous réserve du minimum d'un mois et d'un maximum de six mois. C'est par contrat écrit, par convention collective ou par contrat-type qu'il serait fixé. Si une telle fixation n'intervenait pas, le juge déterminerait l'indemnité selon sa libre appréciation, dans les limites susindiquées (projet, art. 339*b* à 339*d*).

Cependant, il est difficile de prévoir le sort qui sera, en définitive, réservé à cette innovation, assez modeste en somme, car elle se heurte à l'opposition des groupements patronaux.

7. Résiliation abusive et interdiction de résilier le contrat

La législation actuellement en vigueur ne connaît pas de disposition générale sur la résiliation abusive du contrat de travail. Certes, l'article 2 du Code civil dispose que l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. Mais la jurisprudence n'a guère eu l'occasion d'appliquer cette disposition en matière de résiliation du contrat de travail, et, en fait, l'employeur peut mettre fin au contrat quels que soient les mobiles de la résiliation, à la seule condition d'observer les délais et termes légaux ou conventionnels de résiliation. C'est pourquoi la commission d'experts qui a élaboré l'avant-projet de loi avait proposé d'insérer dans le Code des obligations des dispositions sur l'abus du droit de résilier un contrat de travail, en prévoyant l'obligation pour l'employeur de payer, en cas de résiliation abusive, une indemnité égale au salaire de deux semaines au moins et de trois mois au plus. Mais l'opposition des associations d'employeurs a fait fléchir le gouvernement, qui n'a pas repris, dans son projet définitif, les propositions de la commission d'experts.

Dans un seul cas, le projet de loi se préoccupe de la cause de la résiliation du contrat: celui dans lequel la résiliation (par l'employeur ou le travailleur) est donnée pour cause de service militaire. Actuellement, une telle résiliation est nulle, en vertu de la loi spéciale du 1^{er} avril 1949, lorsque l'employeur résilie le contrat du travailleur appelé au service militaire, ou lorsque le travailleur donne son congé à l'employeur appelé au service et dont lui-même devrait, en vertu de ses fonctions dans l'entreprise, assurer le remplacement. Le législateur traite de la même manière un autre cas spécial de résiliation abusive, celui du congé donné à l'ouvrière d'une entreprise industrielle en raison du fait que, pour cause de grossesse, elle quitte momentanément son poste de travail ou ne se présente pas au travail (art. 69 de la loi sur le travail dans les fabriques).

Cette situation se trouve modifiée par le projet. En cas de résiliation pour cause de service militaire, la sanction n'est plus la nullité (tout au moins d'après le texte du projet – et contrairement à ce que le Conseil fédéral écrit dans son message),⁶ mais la possibilité, pour la partie victime de la résiliation, de réclamer dans certaines conditions une indemnité, qui sera fixée par le juge selon sa libre appréciation, mais qui ne pourra pas dépasser le montant correspondant au salaire du travailleur pour six mois (art. 336g).

Quant au problème de la résiliation du contrat de l'ouvrière enceinte, le Conseil fédéral propose l'abandon de la disposition y relative, mais déclare qu'il convient «de laisser à la jurisprudence le soin de traiter comme d'autres cas similaires les affaires qu'elle visait»⁷.

De la résiliation abusive, il faut distinguer l'interdiction de résilier le contrat pendant certaines périodes, indépendamment de la cause de la résiliation. Cette interdiction s'applique actuellement à tout employeur (et à tout travailleur) pendant la durée des périodes de service militaire accomplies par le travailleur (ou par l'employeur que le travailleur doit remplacer) et pendant les deux semaines subséquentes. Dans les entreprises industrielles, la résiliation est interdite à l'employeur pendant les quatre premières semaines d'une incapacité de travail provenant d'accident ou de maladie, ainsi que pendant les huit semaines qui suivent l'accouchement (loi sur le travail dans les fabriques, art. 23 et 69).

Le projet reprend et développe ces dispositions, sous la forme de l'interdiction d'une «résiliation en temps inopportun» (art. 336e et 336f). Pour le cas du service militaire, l'interdiction est étendue aux deux semaines qui précèdent le service. Pour les cas de l'accident ou la maladie et de l'accouchement, elle s'appliquera non plus seulement aux entreprises industrielles, mais à l'ensemble des employeurs, ainsi que, comme pour le service militaire, aux travailleurs qui doivent assumer le remplacement de leur employeur empêché d'exercer son activité. D'autre part, la durée de l'interdiction est portée à huit semaines, en cas de maladie et d'accident, dès la deuxième année de service; la résiliation sera aussi interdite, dès la deuxième année de service, au cours des deux derniers mois de la grossesse.

8. Dispositions de caractère général

Il convient de mentionner encore, dans le cadre de la réglementation du contrat individuel de travail, quelques dispositions de caractère général qui présentent un intérêt indéniable.

⁶ *Feuille fédérale*, 1967, II, page 395.

⁷ *Ibid.*

La première de ces dispositions (projet, art. 320 al. 3) vise le cas du «*travail sans contrat valable*». Il s'agit par exemple du cas où un employeur a engagé un travailleur dont l'âge est inférieur à celui qui est requis par la loi, ou encore d'un contrat affecté d'un vice du consentement. Si l'on appliquait en l'espèce les principes généraux du droit des obligations, il y aurait lieu de prononcer la nullité ou l'invalidité du contrat, ce qui devrait entraîner théoriquement la restitution par chacune des parties des prestations qu'elles se sont faites mutuellement. Mais il n'est évidemment pas possible, dans un contrat où le travail constitue la prestation de l'un des contractants, de prévoir la restitution des prestations réciproques, la force de travail ne pouvant faire l'objet d'une action en répétition ! C'est la raison pour laquelle, en pareil cas, la nullité du contrat n'emportera pas d'effet rétroactif ; elle ne sortira ses effets que pour l'avenir, dès le moment où l'une des parties viendra à l'invoquer.

Une autre disposition de caractère général est celle selon laquelle la renonciation par le travailleur à une créance résultant d'une disposition impérative de la loi ou d'une convention collective de travail n'est pas valable si elle intervient pendant la durée du contrat ou pendant le mois suivant l'extinction de celui-ci (art. 341). Cette disposition est transposée de la réglementation adoptée en 1956 dans le cadre de la convention collective de travail (art. 323, al. 3, du Code des obligations : «*tant que dure le contrat individuel et dans le mois qui suit son expiration, le travailleur ne peut renoncer aux droits que lui confèrent les clauses impératives de la convention*»). Elle a été rendue nécessaire par le fait que la jurisprudence a généralement admis que si la personne protégée par une disposition impérative du droit privé ne peut renoncer par avance à se prévaloir de la protection légale, elle peut valablement le faire au moment de l'échéance de la prestation. La «*quittance pour solde de compte*» délivrée par le travailleur à l'employeur a souvent été considérée comme valable par les tribunaux alors même que le travailleur, par cette quittance, renonçait à un droit qu'il tirait de la loi. D'après le projet, elle ne sera plus valable dans cette hypothèse, sauf si elle aura été délivrée plus d'un mois après l'extinction du contrat.

Enfin, une autre disposition de principe qu'il importe de mentionner est celle qui a trait aux incidences des règles de droit public sur les obligations de droit privé. Pendant un certain nombre d'années, le Tribunal fédéral avait admis que les obligations imposées à l'employeur par le droit public ne se traduisaient pas nécessairement par des droits correspondants pour le travailleur dans le domaine du droit privé. Cependant, par un arrêt rendu en 1947⁸, il a ensuite rompu avec cette manière de voir. Le projet, dans l'article 342, alinéa 2, prévoit que si le droit public impose à l'employeur ou au

⁸ *Recueil officiel*, 1947, I, 229.

travailleur une obligation «susceptible d'être l'objet d'un contrat individuel de travail», l'autre partie peut agir par les moyens du droit civil en vue d'obtenir l'exécution de cette obligation. Cette disposition est d'ailleurs reprise de l'article 20 de la loi sur la formation professionnelle qui, dès maintenant, institue le même principe dans le domaine du contrat d'apprentissage.

9. Contrats de travail «spéciaux»

Si le chapitre premier du titre X du code tel qu'il est proposé par le projet de revision est consacré au «contrat individuel de travail», le chapitre II s'occupe des «contrats individuels de travail spéciaux», soit le contrat d'apprentissage, le contrat d'engagement des voyageurs de commerce et le contrat de travail à domicile.

Le *contrat d'apprentissage*, actuellement régi par le titre Xbis du code, serait ainsi considéré comme une sous-catégorie du contrat individuel de travail. Pour le surplus, la réglementation proposée ne fait que reprendre dans l'ensemble celle qui est actuellement en vigueur. Toutefois, la définition du contrat d'apprentissage se trouve rectifiée, le législateur ayant fort curieusement omis, lors de la revision de 1963, de mentionner dans cette définition les obligations de l'apprenti! Cette définition sera la suivante: «Par le contrat d'apprentissage, le maître d'apprentissage s'engage à former l'apprenti à l'exercice d'une profession déterminée conformément aux règles du métier, et l'apprenti à travailler au service du maître d'apprentissage pour ce but.»

Le *contrat d'engagement des voyageurs de commerce* est actuellement régi par la loi spéciale de 1941. Les dispositions essentielles de cette loi sont reprises et incorporées au code dans le projet de revision.

Quant au *contrat de travail des ouvriers à domicile*, il est réglementé, dans la situation actuelle, en partie par le titre X du code, et en partie par la loi sur le travail à domicile de 1940. Les règles de droit civil de cette dernière loi seront abrogées et remplacées par une section spéciale du chapitre II du titre X du code. L'innovation essentielle du projet consisterait à ne considérer le travailleur à domicile comme soumis aux règles sur le contrat de travail que dans les cas où il travaille seul ou avec l'aide de membres de sa famille. Le travailleur à domicile qui occupe du personnel deviendrait un petit entrepreneur et ne serait plus un «travailleur» au sens du Code des obligations. Il n'en demeurerait pas moins un «ouvrier à domicile» au sens de la loi sur le travail à domicile.

10. Convention collective et contrat-type

Dans le troisième chapitre, les règles sur la *convention collective de travail* (art. 356 à 358) sont la reproduction presque intégrale des

dispositions de la législation actuellement en vigueur (art. 322 à 323 *quater* CO). La rédaction défectueuse de la définition de la convention collective de travail n'est malheureusement pas modifiée (art. 356). Une règle nouvelle se trouve incorporée au texte de ces dispositions: la nullité des dispositions de la convention tendant à limiter ou à empêcher l'exercice d'une profession ou d'une activité déterminée par le travailleur ou encore l'acquisition de la formation professionnelle à cet effet, sauf lorsqu'il s'agit d'assurer la sécurité et la santé de personnes ou la qualité du travail (art. 356 *a*, al. 2 et 3). On pourrait à première vue penser que cette disposition interdirait la «clause de fidélité», contenue dans certaines conventions et par laquelle la convention collective impose notamment l'obligation aux employeurs de n'engager que des travailleurs membres du syndicat contractant ou s'étant soumis à la convention. Mais cette conclusion ne paraîtrait pas justifiée au vu de l'article 356 *b*, alinéa 3, qui maintient la disposition de l'article 322 *bis*, alinéa 3, actuel, prévoyant l'interdiction d'une telle clause à l'égard seulement des membres d'associations qui n'ont pas été admises à adhérer à la convention collective. On peut donc considérer *a contrario* que la clause est licite dans les autres cas. Relevons encore que le projet parle de la *soumission* de dissidents à la convention, ce terme, qui est utilisé dans la pratique, remplaçant celui de *participation* actuellement prévu dans la loi.

Quant au *contrat-type de travail*, actuellement régi par l'article 324 CO, il s'agit d'un règlement édicté par l'autorité publique, fédérale ou cantonale, et applicable à une profession déterminée. Etabli après consultation des associations professionnelles, le contrat-type de travail est avant tout un succédané de la convention collective dans les professions dépourvues d'organisations professionnelles ou dans lesquelles les organisations professionnelles n'ont que peu d'importance. Les cantons sont tenus d'édicter des contrats-types pour les travailleurs agricoles, et la plupart d'entre eux en ont édicté pour le personnel domestique. Les dispositions d'un contrat-type sont, aux termes de l'article 324 CO, applicables aux rapports entre employeurs et travailleurs individuels, dans la mesure où il n'y a pas été dérogé par contrat écrit.

Le projet s'écarte surtout sur un point de la réglementation actuelle. Il ne sera plus nécessaire d'utiliser la forme écrite pour déroger au contrat-type. Cette innovation apparaît de nature à réduire la sécurité juridique dans les professions dans lesquelles un contrat-type aura été édicté. Cependant, le contrat-type lui-même pourra prévoir que les accords dérogeant à certaines de ses dispositions doivent être passés en la forme écrite (art. 360): on peut supposer, si ces dispositions sont adoptées, qu'il sera largement fait usage de cette faculté. Enfin, les cantons seront tenus d'édicter des contrats-types non seulement pour les travailleurs agricoles, mais aussi pour le personnel de maison (art. 359).

11. Dispositions impératives

Un quatrième chapitre du titre X du code serait, d'après le projet, intitulé «dispositions impératives». Il fournirait le catalogue tout d'abord des dispositions *absolument impératives*, qui ne peuvent être modifiées au détriment ni de l'employeur ni du travailleur (art. 361), puis des dispositions *relativement impératives*, qui ne peuvent être modifiées au détriment du travailleur (art. 362). Ce catalogue est fort utile, l'interprétation de la loi actuelle quant au caractère impératif ou dispositif de certaines de ses clauses étant souvent fort difficile et délicate.

Il convient de rappeler cependant que, dans la plupart des cas, la doctrine et la jurisprudence avaient jusqu'ici décidé que, le travailleur étant la partie économiquement la plus faible dans le contrat de travail, c'était lui et non l'employeur qu'il s'agissait de protéger. Or, on vient de le voir, le projet prévoit que toute une série de dispositions ne pourront être déclarées inapplicables ou modifiées tant au détriment de l'employeur qu'à celui du travailleur par accord, contrat-type de travail ou convention collective de travail.

Comme exemple particulièrement frappant, nous citerons l'article 329 *c*, relatif au «*salaire afférent aux vacances*», que le projet, dans l'article 361, entend considérer comme absolument impératif. L'article 329 *c* prévoit notamment que «l'employeur verse au travailleur le salaire afférent aux vacances et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature» (al. 1). Si l'on considère, comme le fait le projet, que cette disposition est intangible et ne peut être modifiée au détriment de l'employeur, cela signifie que l'engagement pris par l'employeur de payer, pour les vacances, en plus du salaire normal, un pécule de vacances, serait frappé de nullité! En revanche, une convention collective de travail pourrait prévoir valablement une telle disposition, en application de l'article 329 *d*, selon lequel une convention collective peut déroger valablement à l'article 329 *c*, 1^{er} alinéa, si la réglementation qu'elle institue est dans l'ensemble au moins équivalente pour les travailleurs.

L'article 361 déclare aussi absolument impératif l'article 340 *b*, qui vise les conséquences des contraventions à la *prohibition de faire concurrence*. Il y a sur ce point dans le projet une incohérence certaine, car la prohibition de faire concurrence après la fin du contrat ne peut résulter que d'une clause spéciale du contrat de travail. Comme bien l'on pense, l'employeur n'est nullement tenu de demander l'insertion de cette clause lors de la conclusion du contrat, et il ne peut d'ailleurs le faire que si certaines conditions particulières sont réunies. Et, pour qu'un employeur puisse agir contre son ancien employé qui lui fait concurrence, il doit pouvoir justifier de l'existence de la clause, qui, pour être valable, doit revêtir la forme écrite. Il est donc absolument incompréhensible que l'on veuille insérer dans le code une

disposition frappant de nullité une stipulation ne procurant pas à l'employeur, en cas de contravention à la prohibition, tous les avantages résultant pour lui de l'application des dispositions légales: il s'agit notamment du cas dans lequel les parties, ayant prévu à titre de sanction une peine conventionnelle, ont stipulé que l'employeur ne pourrait réclamer plus que le montant de cette peine, tandis qu'aux termes de l'article 340*b*, le travailleur serait tenu de réparer le dommage excédant ce montant.

Les deux exemples que nous avons cités démontrent clairement que le chapitre du projet relatif aux dispositions impératives est loin d'être au point, et l'on peut présumer que maintes retouches lui seront encore apportées lors des débats parlementaires.

De ce qui précède, on conclura qu'il est difficile de formuler une appréciation d'ensemble sur le projet de revision. D'une part, il tend à réaliser certains progrès, en donnant suite à des revendications justifiées, formulées depuis de longues années: indemnité de départ, interdiction de résilier le contrat pendant la maladie, etc. D'autre part, en revanche, il marque sur certains points un recul dans l'évolution. Mais, comme nous venons de le remarquer, il ne s'agit que d'un projet, qui sera sans doute passablement modifié pendant les travaux parlementaires, au terme desquels il revêtira sa forme définitive.