

Zeitschrift: Revue syndicale suisse : organe de l'Union syndicale suisse
Herausgeber: Union syndicale suisse
Band: 67 (1975)
Heft: 2

Artikel: La nouvelle réglementation du contrat de travail, objectifs de la révision et expériences
Autor: Berenstein, Alexandre
DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-385757>

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>

La nouvelle réglementation du contrat de travail, objectifs de la revision et expériences

Par Alexandre Berenstein, juge fédéral, Genève

I. Le droit du travail et sa codification

A l'époque, déjà lointaine, de mes études, les subdivisions du droit étaient relativement peu nombreuses. Elles comprenaient d'une part le droit privé, englobant notamment le droit civil et le droit commercial, d'autre part le droit public, avec le droit constitutionnel et le droit administratif, puis le droit pénal, considéré par certains comme faisant partie aussi du droit public, la procédure enfin, dont la place dans la classification des normes juridiques ne faisait pas l'unanimité des auteurs. Il n'était pas question du droit social ou du droit du travail. Certes, le droit social existait, tout au moins en puissance, mais il n'avait pas acquis le développement qu'il a pris aujourd'hui – bien plus sans doute, d'ailleurs, à l'étranger qu'en Suisse. A vrai dire, l'existence même – ou en tout cas l'importance – de cette discipline est souvent méconnue aujourd'hui encore. Il y a quelques années, la Commission fédérale d'experts pour l'étude d'une aide aux universités n'a-t-elle pas déclaré que le droit du travail et celui des assurances, qu'elle considérait comme des «branches marginales», pouvaient n'être enseignés dans les universités qu'à titre auxiliaire par des «praticiens»¹? Mais si, d'un côté, le «droit des affaires», comprenant les règles de droit applicables à la technique des opérations lucratives, s'est largement développé, le droit social, qui s'occupe de la protection des personnes dont la situation économique appelle une protection spéciale de la collectivité, ne cesse de se développer lui aussi. Il est devenu une discipline juridique majeure. De ce droit social, le droit du travail est, avec la sécurité sociale, l'une des branches essentielles. Il englobe à la fois un ensemble de règles qu'on a coutume de qualifier comme étant de droit public et un

¹ Rapport de la Commission fédérale d'experts pour l'étude d'une aide aux universités, du 29 juin 1964, p. 120.

ensemble d'autres règles, qu'on qualifie comme étant de droit privé. La question s'est posée, en Suisse comme à l'étranger, de savoir s'il y avait lieu de codifier dans un texte unique l'ensemble des règles du droit du travail – celles qui présentent un aspect de droit public aussi bien que celles qui offrent un aspect de droit privé. Le législateur suisse, contrairement à ceux de beaucoup d'autres pays, n'a pas cru devoir le faire. Il a néanmoins réalisé une codification, mais une codification séparée du droit public d'une part et du droit privé de l'autre. La codification du droit public du travail a été effectuée par le vote de la loi fédérale sur le travail (LTr) du 13 mars 1964, qui a remplacé la loi sur le travail dans les fabriques de 1914, en même temps que la plupart des autres lois fédérales sur la protection des travailleurs, telles que la loi sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers, la loi sur le repos hebdomadaire et la loi sur l'âge minimal des travailleurs. Dès lors, un texte législatif unique contient l'ensemble des dispositions protectrices des travailleurs dans l'industrie, l'artisanat et le commerce. La législation spéciale est restreinte presque exclusivement aux domaines du travail à domicile (loi du 12 décembre 1940), du travail dans les entreprises de transports publics (loi du 8 octobre 1971) et du travail maritime (loi du 23 septembre 1953).

Sur le plan du droit civil, c'est au Code des obligations que l'on a intégré la plupart des règles concernant le travail. Par la loi du 25 juin 1971, le Parlement fédéral a, en revisant les titres X et Xbis du Code des obligations (CO), abrogé la plupart des lois et dispositions légales accessoires au code dans le domaine du travail, comme la loi sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce et la loi restreignant le droit de résilier un contrat de travail en cas de service militaire.

Il a donc bien été procédé à une certaine codification, mais à une codification en deux volets différents – droit public d'une part, droit privé de l'autre – ce dont, à vrai dire, il est résulté certaines inconsistencies.

C'est ainsi que si, dans le Code des obligations, on a très justement supprimé la distinction – la discrimination – que les anciennes dispositions du code avaient reprise de la pratique entre ouvriers, employés et domestiques, la distinction entre ouvriers et employés a été maintenue dans la loi sur le travail, en ce qui concerne tant la fixation de la durée maximum du travail (art. 9) que le paiement des heures supplémentaires (art. 13).

C'est ainsi aussi qu'il y a, entre les deux lois, certaines contradictions, notamment en ce qui concerne précisément le paiement des heures supplémentaires des employés. D'après l'art. 13 LTr, le supplément de salaire de 25% au moins n'est dû à la plupart des employés qu'à partir de la 61^e heure supplémentaire accomplie dans l'année civile, tandis que d'après l'art. 321c CO, l'employeur est tenu de rétribuer

les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas, avec l'accord du travailleur, compensées par un congé, en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins. Cette disposition ne réserve pas celle de la loi sur le travail. Au contraire, l'art. 361 CO prévoit qu'elle est absolument impérative, ne pouvant être modifiée même par convention collective (disposition d'ailleurs contradictoire avec celle de l'art. 321c, qui prévoit précisément la possibilité d'y déroger par accord écrit, contrat type ou convention collective). Le message du Conseil fédéral présenté à l'appui du projet de révision considère que les dispositions de la loi sur le travail l'emportent à cet égard sur celles du CO. Mais sa démonstration est juridiquement peu convaincante. Il se réfère en effet à l'art. 342 al. 2 CO, prévoyant que les obligations de droit public en matière de travail peuvent dans certaines conditions faire l'objet d'une action civile². Or l'art. 13 LTr n'impose aucune obligation de droit public au travailleur; il ne fait qu'indiquer une condition que doit respecter l'employeur pour avoir le droit de dépasser la durée normale du travail. Si le législateur avait voulu faire prévaloir les règles de la loi sur le travail, il eût été préférable de l'indiquer dans la loi, soit dans la partie révisée du CO qui, par rapport à la LTr, est la *lex posterior*.

II. La spécificité du contrat de travail

La codification des règles de droit privé, telle qu'elle a été accomplie, est d'ailleurs imparfaite en ce sens qu'elle n'a pas été effectuée d'une façon indépendante, mais seulement à l'intérieur du Code des obligations. On peut se demander si telle est bien la place où doivent figurer les règles du contrat de travail. La doctrine est unanime à reconnaître ce qu'on a appelé la «spécificité», le «particularisme» ou l'«autonomie»³ du droit du travail. Cette spécificité, dans la loi suisse, s'exprime dans plusieurs dispositions du code, par exemple dans l'art. 320 sur la formation du contrat, ou dans les art. 341, 342, 343, 361, 362, sur lesquels nous reviendrons. Elle résulte, dans le domaine du contrat de travail, du fait que ce dernier n'est pas un contrat comme les autres. Il ne porte pas sur une prestation ordinaire, mais sur l'engagement de l'une des parties au contrat de mettre sa propre force de travail au service de l'autre partie. On a parfois proposé d'insérer le contrat de travail dans le droit des personnes plutôt que dans le

² Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième^{bis} du Code des obligations (Du contrat de travail), du 25 avril 1967, p. 67.

³ Paul Durand, Traité de droit du travail, tome I, 1947, p. 254ss; Hugo Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2^e édit., 1927, p. 3ss.

⁴ Telle était déjà l'opinion de Gierke dès 1889 (Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, p. 191); voir plus récemment Arnold Gysin, Arbeitsrecht, 1943, p. 25.

droit des obligations, étant donné la nature personnelle de l'engagement qui lie les parties⁴. Le travailleur s'engage personnellement, et ce travailleur ne peut être qu'une personne physique. C'est ce qui ressort aussi bien de la définition du contrat (art.319 CO) que de l'art.321 CO (anciennement 327). L'obligation pour le travailleur de suivre les instructions de l'employeur institue une subordination juridique et personnelle du travailleur par rapport à l'employeur, subordination qui était contenue implicitement dans l'ancienne version de la loi et qui y est actuellement plus clairement exprimée (art.319 et 321d). En 1957, le Tribunal fédéral s'y était manifestement trompé, lorsque, dans son arrêt Dunand, il s'était demandé si les contrats relatifs à la gérance d'immeubles devaient être considérés comme des contrats de travail et si le gérant – qui peut naturellement être une personne morale – était au sens de la loi l'employé du propriétaire (ATF 83 II 529). Mais, dans un arrêt de 1969, la Cour de droit public a corrigé cette erreur et a admis que le contrat de travail ne pouvait avoir pour objet que le travail dépendant (ATF 95 I 24).

L'art.320 al.2 CO est un des exemples les plus caractéristiques de la «spécificité» du contrat de travail. D'après cette disposition, le contrat peut être formé sans que soient réalisées les conditions de l'article premier CO; il n'y a pas besoin pour cela qu'il y ait manifestation concordante de la volonté des parties. Une situation de fait suffit: que «l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire». Le Tribunal fédéral a constaté à la suite de la doctrine, sur la base de l'ancien texte de l'art.320 CO, dont le texte nouveau ne diffère guère dans son al.2, que, «dès que les conditions de l'art.320 CO sont réunies, la cause du travail fourni est présumée être le contrat de travail et non un autre rapport de droit. La volonté intime des parties n'est pas déterminante» (ATF 95 II 131).

Dans le même sens, on peut signaler l'al.3 de cet art.320: les effets de la nullité du contrat de travail ne se manifestent que dès le moment où l'une des parties met fin aux rapports de travail en raison de l'invalidité du contrat: l'effet intervient donc *ex nunc* et non *ex tunc*. Le législateur, à juste titre, a considéré que lorsqu'une relation de travail existe, alors même que la validité du contrat peut être mise en doute, on ne peut ignorer les rapports de fait qui existent entre les parties et qui appellent la même protection que si le contrat était parfaitement valable. Ce qui est regrettable, c'est que le législateur ait lié cette conséquence de la nullité à la présence de la «bonne foi» chez le travailleur. Pour qu'il y ait bonne foi, il faut, d'après le message du Conseil fédéral, que le travailleur ait pris son emploi en croyant à la validité du contrat, et «qu'il n'ait pas connu ni dû connaître à l'époque le vice du contrat»⁵. La réserve qui vient d'être rappelée atténue

⁵ Message, p.57.

grandement la valeur de cette disposition légale. Le cas le plus typique de nullité du contrat de travail, c'est celui de l'engagement d'un adolescent n'ayant pas l'âge requis par la loi. Si son représentant légal ou lui-même connaissaient le vice, la nullité rétroagirait et aucun salaire ne lui serait dû. Tout au plus pourrait-il, le cas échéant, réclamer une indemnité aléatoire à titre de dommages-intérêts ou en se fondant sur les dispositions relatives à l'enrichissement illégitime.

III. La loi de 1971

La loi du 25 juin 1971 remplace deux titres du CO, le titre X (contrat de travail) et le titre *Xbis* (contrat d'apprentissage), en même temps qu'elle intègre au code des dispositions qui, auparavant, faisaient l'objet d'autres lois. Le nouveau titre X régit, dans son chapitre premier, le «contrat individuel de travail»; dans un 2^e chapitre, il régit ce que le législateur dénomme les «contrats individuels de travail de caractère spécial», soit le contrat d'apprentissage (qui est d'ailleurs juridiquement un contrat différent du contrat de travail), puis le contrat d'engagement des voyageurs de commerce et le contrat de travail à domicile, qui l'un et l'autre ne répondent pas à tous les critères habituels du contrat de travail; dans un 3^e chapitre, la convention collective de travail et le contrat type de travail; enfin, un 4^e chapitre est consacré aux dispositions impératives.

Dans le cadre de cet exposé, il ne sera naturellement pas possible d'aborder toutes les questions réglementées dans les 114 articles du titre X nouveau, sans compter encore les 8 articles des dispositions finales et transitoires contenant à leur tour de nombreuses modifications d'autres dispositions légales, soit dans les 122 articles de la nouvelle loi. Je n'évoquerai donc que les questions de principe relatives au contrat individuel de travail, en laissant de côté, d'une façon générale, les contrats spéciaux, la convention collective et le contrat type⁶.

Avant d'examiner les innovations qu'apporte la loi de 1971, il convient de dire quelques mots de problèmes de *terminologie*. La loi réunit sous le terme générique de «contrat de travail» d'une part le «contrat individuel de travail», d'autre part la convention collective de travail, enfin le contrat type de travail. Cette terminologie est en tout cas mal adaptée au texte français de la loi. Elle se comprend mieux dans le texte allemand. Dans ce dernier, le terme *Dienstvertrag* a été rem-

⁶ Il convient cependant de souligner que la réglementation de la convention collective de travail n'a subi qu'une modification de principe: l'adjonction des règles contenues dans les al.2 et 3 de l'art.356a, relatives à la liberté d'exercer une profession. En revanche, les effets juridiques du contrat type de travail subissent une modification très importante, puisqu'il peut désormais, sauf clause spéciale du contrat type, y être dérogé sans qu'il soit nécessaire d'observer la forme écrite (art.360).

placé par celui d'*Arbeitsvertrag*; pour distinguer celui-ci du *Gesamt-arbeitsvertrag* (convention collective), le législateur a jugé utile de donner un qualificatif à *Arbeitsvertrag* et de le dénommer *Einzel-arbeitsvertrag* par opposition, notamment, au *Gesamtarbeitsvertrag*. Mais en français, il n'y a pas d'autre contrat de travail que le contrat dit individuel; depuis 1956, l'ancien contrat collectif de travail se dénomme «convention collective de travail», conformément au modèle français, de sorte que qualifier le contrat de travail d'individuel n'y ajoute rien. Mais le législateur a d'autre part commis une erreur évidente de terminologie en considérant que le contrat type de travail, comme la convention collective, est une catégorie de contrat de travail (voir notamment l'art.7 al.1 des dispositions transitoires). Le contrat type (*Normalarbeitsvertrag*), régi par les art.359 et 360, est un texte juridique édicté par l'autorité publique, qui a une valeur normative et qui n'est en rien un contrat, ni par son contenu, ni par son origine. Non seulement ce n'est pas un contrat, mais ce n'est pas même un modèle de contrat. C'est un acte purement réglementaire, et on ne peut en aucune façon le considérer comme une catégorie de contrat de travail.

Il sied d'ajouter que le texte français des dispositions revisées du code est souvent défectueux. Il semble qu'il n'y ait eu aucune coordination dans son élaboration. C'est ainsi que des expressions ou des formulations qui se retrouvent dans différentes dispositions du texte allemand sont traduites de façon diverse en français. Par exemple, dans le domaine de la convention collective, les art.356, 357 et 357b visent tous trois les clauses de la convention portant sur ce que le texte allemand dénomme *Abschluss, Inhalt und Beendigung der Arbeitsverhältnisse*; dans le texte français, l'art.356 parle de «clauses sur la conclusion, l'objet et la fin des contrats individuels de travail»; il en est de même de l'art.357b⁷, tandis que l'art.357 parle de «clauses relatives à la conclusion, au contenu et à l'extinction des contrats»; le plus curieux, c'est que le texte allemand n'a, sur ces points, pas été modifié par rapport au droit antérieur: au lieu de reprendre l'ancien texte français (conclusion, contenu et extinction), il semble qu'on ait retraduit le texte de l'allemand, de façon différente selon les articles. La «participation» à la convention collective (en allemand *Anschluss*) est devenue dans le texte français la «soumission», sans qu'aucune explication ait été donnée sur la raison de la modification de la terminologie, qui d'ailleurs n'a pas été modifiée dans la loi sur l'extension du champ d'application de la convention collective (art.2, ch.7).

Dans le domaine des institutions de prévoyance, le texte allemand des art.331a, al.4, et 331b, al.1, prévoit que le travailleur qui quitte l'entreprise acquiert contre l'institution de prévoyance une créance

⁷ On trouve la même terminologie à l'art.359, relatif au contrat type de travail.

dont sont déduites les *Aufwendungen zur Deckung des* (ou: *eines*) *Risikos*. Dans le texte français, cette expression est rendue de deux façons différentes et qui ont une signification et une portée toutes différentes; dans le premier cas, soit dans celui d'un fonds d'épargne avec assurance de risque, la déduction porte sur «les montants affectés à la couverture du risque»; dans le second, celui des institutions d'assurance, elle porte sur les «prestations versées en couverture d'un risque». Lorsqu'on parle, comme dans le texte allemand, de *Aufwendungen*, il peut s'agir de sommes utilisées pour la couverture du risque soit par le paiement de primes de risque, soit par l'affectation d'une part des contributions à cette couverture, tandis que le texte français de l'art.331*b* ne prévoit la déduction que des prestations effectivement versées au travailleur. La différence est importante.

La loi de 1971 a modifié certains articles du code en dehors du titre X. C'est ainsi que dans l'art.503, al.2, relatif, selon le texte ancien, à la caution d'«officiers publics et d'employés», une erreur de traduction a substitué, dans la nouvelle version française relative à la *Dienstbürgschaft*, au terme d'«employé» celui de «fonctionnaire». D'après le texte allemand, il s'agit donc actuellement de la caution d'officiers publics et de travailleurs, d'après le texte français de celle «d'officiers publics et de fonctionnaires».

Sans pouvoir relever ici toutes les imperfections que contient le texte français, signalons encore que le législateur a maintenu dans la version nouvelle une incorrection de langage déjà critiquée à l'époque lors de son introduction dans le code en 1964: dans l'art.321*a*, al.3 (ancien art.328, al.1*bis*), il est question de la lésion par le travailleur de son devoir de fidélité. On peut léser une personne, un intérêt, un droit, mais comment peut-on léser un devoir? Tout cela nous permet de constater que les textes actuellement votés par le Parlement n'ont plus la rigueur juridique qui les caractérisait lors de l'adoption du code civil.

IV. La notion du contrat de travail

La définition légale du contrat de travail a été modifiée. Antérieurement, il s'agissait d'une convention par laquelle une personne (l'employé) promet à une autre (l'employeur) son travail pour un temps déterminé ou indéterminé, contre paiement d'un salaire. D'après l'art.319 nouveau, c'est un contrat par lequel le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni. Dans le texte ancien, le code parlait donc de la promesse d'un travail; dans le texte actuel, il parle de l'engagement de travailler au service de l'employeur (en allemand, *...verpflichtet sich*

der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes).

En quoi consiste donc la différence de fond entre les deux textes? A première vue, on ne voit pas très exactement la portée juridique de la modification, sous réserve de précisions qu'elle apporte. Mais le message du Conseil fédéral avait donné à cette modification une signification particulière. Il s'agissait, d'après lui, d'exclure de la notion de travailleur les personnes accomplissant un travail «de façon indépendante» – par exemple «un médecin ou un avocat travaillant comme employé»⁸. Le message visait donc l'exclusion des professions libérales de l'application des règles relatives au contrat de travail – ces professions qui jusqu'alors étaient visées par l'art. 361 CO. Cette dernière disposition n'a pas été reprise dans la version nouvelle du code, mais il ne suffisait certes pas de l'abroger pour exclure par-là automatiquement les membres des professions libérales travaillant en qualité d'employés de l'application du titre X du CO. La doctrine unanime avait en effet admis que l'ancien art. 361 CO, qui prévoyait que les dispositions du titre X «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», n'était destiné qu'à écarter tout doute sur l'application du titre X aux professions en question⁹.

Le message a évidemment voulu s'inspirer de la doctrine et de la pratique allemandes, pour lesquelles le *Dienstvertrag* s'applique d'une part aux personnes travaillant à titre dépendant, liées par un *Arbeitsvertrag*, sous-catégorie de ce contrat, et d'autre part à celles qui travaillent à titre indépendant¹⁰. Mais, ce faisant, il a commis une erreur. En effet, si l'on distingue en Allemagne entre ces deux catégories de personnes liées par un *Dienstvertrag*, c'est qu'il n'existe pas dans ce pays de contrat de mandat analogue au mandat suisse. L'*Auftrag* est un contrat qui est toujours exécuté à titre gratuit. C'est pourquoi l'avocat est, en Allemagne, lié à l'égard de son client par un *Dienstvertrag*, tout comme l'avocat collaborateur (ou le médecin travaillant en clinique) à l'égard de son employeur. Mais dans ce dernier cas, le *Dienstvertrag* est en même temps un *Arbeitsvertrag*. Le Conseil fédé-

⁸ Message, p. 37.

⁹ Cf. Richard, Le contrat de travail en droit suisse, 1913, p. 78ss; Oser/Schönenberger, Obligationenrecht, 2^e édit., 1936, N° 1, ad art. 361.

¹⁰ Voir par exemple Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7^e édit. 1963, tome I, p. 136ss. 36.

La distinction entre travailleurs dépendants et travailleurs «indépendants» a été défendue dans la doctrine suisse par Oser/Schönenberger, *op. cit.* N° 8, ad art. 319–362, et par W. Hug, Die Revision des Dienstvertragsrechts, in St. Galler Festgabe 1965, p. 219, n. 132.

ral a cru pouvoir distinguer parmi les employés ceux qui travaillent à titre dépendant et ceux qui travaillent à titre indépendant et auxquels le titre X ne serait en principe pas applicable. Mais il y a là une *contradictio in adjecto*, l'employé se trouvant par définition dans une situation dépendante. Le message n'a d'ailleurs pas dit pourquoi il convenait d'exclure de l'application des dispositions sur le contrat de travail les membres des professions libérales. Son texte laissait, de plus, planer une très grande incertitude sur la situation juridique des personnes visées. La jurisprudence, disait-il, pourrait appliquer par analogie les dispositions du titre X au travail accompli par des employés travaillant de façon indépendante «si la nature de ce travail permet ou paraît le commander». Quelle serait dès lors la situation du médecin occupé dans une clinique? Aurait-il ou non droit à des vacances? Les tribunaux devraient en décider dans chaque cas, le problème n'étant pas réglé par la loi. Inutile de décrire tous les inconvénients qui découleraient d'une telle situation et tous les litiges qu'elle entraînerait inutilement. Ce serait d'autant plus choquant que le traitement spécial réservé aux employés appartenant à une profession libérale ne résulterait pas d'une disposition claire de la loi, mais d'une interprétation perdue dans un long message de 200 pages, qui n'a pas été connue de l'opinion publique ni de la plupart des intéressés directs.

Cependant, au cours des délibérations du Conseil national, le représentant du gouvernement, M. von Moos, a déclaré, faisant allusion aux critiques que nous avons émises à ce sujet¹¹, qu'il abandonnait l'interprétation figurant dans le message, qui était inexacte, *unzutreffend*, et qu'il convenait de maintenir la solution antérieurement en vigueur¹².

On peut donc dire en résumé que la modification de la définition légale ne change rien au concept du contrat de travail tel qu'il était connu auparavant. La définition nouvelle précise toutefois une caractéristique du contrat de travail qui était sous-entendue dans la définition ancienne: le critère de la subordination du travailleur par rapport à l'employeur. Le fait que le contrat de travail s'applique au travail subordonné est accentué par la formule «travailler au service de l'employeur».

V. Les objectifs essentiels de la revision

Si je ne puis, dans cet exposé, examiner d'une manière détaillée les points sur lesquels la réglementation nouvelle diffère de l'ancienne, il

¹¹ Il Progetto di legge svizzero sul Contratto del Lavoro, in *Rivista giuridica dal Lavoro e della Previdenza sociale* (Roma), 1968, I, p.308 (reproduit dans *Revue syndicale suisse* 1969, p.78).

¹² *Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national* 1969, p.428.

convient avant tout de rechercher quelles sont les raisons qui ont poussé le Gouvernement fédéral et le législateur à mettre la revision en chantier. Sans faire ici l'historique de la loi, il sied de rappeler que le contrat de travail a été pour la première fois, sur le plan fédéral, réglementé partiellement par la loi de 1877 sur le travail dans les fabriques, remplacée ensuite par celle de 1914, puis plus complètement par le premier Code des obligations de 1881, remplacé en 1911 par celui qui nous régit actuellement. Or la revision du code de 1881 avait été, pour une bonne part, motivée par le désir d'adapter aux exigences nouvelles les dispositions de ce code sur le contrat de louage de services, devenu en 1911 dans la version française le contrat de travail. Les 12 articles consacrés à cette matière dans le code de 1881 sont devenus 44 articles dans le code de 1911. Mais, de 1911 à 1971, il s'est écoulé 60 ans, soit le double de la période qui a séparé les codifications de 1881 et de 1911, et pendant ce temps les conditions de travail aussi bien que les conceptions sociales ont subi de profonds bouleversements. La loi, néanmoins, n'avait subi que très peu de modifications: la revision de 1956 relative à la convention collective de travail, et quelques revisions mineures: celles de 1958 relative aux institutions de prévoyance, de 1963 relative au contrat d'apprentissage et de 1964 relative notamment aux vacances.

Une revision totale paraissait donc nécessaire; elle était demandée depuis longtemps. Mais le but poursuivi par le législateur dans la loi de 1971 n'est pas absolument identique à celui qui animait le législateur de 1911. A cette dernière date, il s'agissait presque uniquement d'accroître la protection du travailleur. Si ce but a été certes loin d'être absent des préoccupations du législateur de 1971, il n'était plus le seul. Le Conseil fédéral a considéré qu'il convenait d'assurer aussi à l'employeur une protection à l'égard du travailleur. Il s'est exprimé comme suit dans son message:

«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 économique de l'Etat, le travailleur ne retombera plus, à l'avenir, dans l'état de dépendance où il se trouvait autrefois¹³.»

Ces déclarations sont peut-être un peu paradoxales, puisqu'au moment où l'on introduit d'une façon expresse dans le code le critère qui y était auparavant sous-entendu, celui de la dépendance juridique

¹³ Message, p.34.

du travailleur vis-à-vis de l'employeur, sa dépendance économique n'est plus reconnue comme elle l'était jusqu'ici. Le message affirme ainsi qu'il y a un besoin particulier de protection de l'employeur, besoin auquel le gouvernement dans son projet, puis les Chambres, ont entendu satisfaire par l'insertion dans le code de dispositions assurant cette protection. On peut citer dans ce sens l'art.337d, relatif à l'indemnisation de l'employeur en cas de non-entrée en service ou d'abandon injustifié de l'emploi par le travailleur. Mais c'est surtout en précisant dans le code qu'une partie de ses dispositions sont absolument impératives que le législateur a entendu renforcer la situation de l'employeur. Auparavant, la loi ne précisait que rarement le caractère impératif ou dispositif de ses dispositions. Dans la plupart des cas, la doctrine et la jurisprudence avaient admis que les dispositions qualifiées d'impératives de la partie X du CO n'étaient que relativement impératives, c'est-à-dire qu'il s'agissait de protéger la partie la plus faible au contrat, le travailleur. L'engagement pris par l'employeur d'accorder des avantages allant au-delà de ceux prévus par la loi était presque toujours considéré comme valable.

Dans la loi de 1971, le législateur a entendu ne plus s'en remettre à la jurisprudence et préciser lui-même la portée exacte des dispositions légales. Les art.361 et 362 CO contiennent l'inventaire des dispositions absolument impératives (art.361) et des dispositions relativement impératives, c'est-à-dire auxquelles il peut être dérogé *en faveur* du travailleur et de lui seulement (art.362).

Parmi les dispositions cataloguées comme étant absolument impératives, on est surpris d'en trouver quelques-unes dont on peut difficilement s'expliquer la présence sur cette liste. Je pense notamment à la disposition relative au salaire de vacances (art.329d), disposition qui, si on l'interprétait à la lettre, rendrait nulle toute convention individuelle ou collective relative au paiement d'un pécule de vacances, ou encore à celle qui concerne les conséquences des contraventions à la prohibition de faire concurrence (art.340b); les clauses relatives à la prohibition de concurrence ne sont nullement des clauses nécessaires du contrat de travail; elles sont au contraire considérées comme exceptionnelles et leur validité n'est admise qu'à des conditions très strictes; dès lors, on ne voit pas pourquoi le contrat qui institue une telle clause ne pourrait pas atténuer les sanctions prévues par la loi en cas de contravention; par exemple, limiter à un certain montant fixé conventionnellement la responsabilité du travailleur; puisque l'employeur peut renoncer à la prohibition, a fortiori devra-t-il pouvoir accepter de limiter la sanction en cas de contravention. Il appartiendra naturellement à la jurisprudence d'interpréter ces dispositions, sur lesquelles on ne trouve pas de réelle explication dans le message du Conseil fédéral, et qui n'ont fait l'objet d'aucune discussion aux Chambres fédérales. De toute façon, il apparaît bien peu probable qu'on puisse les interpréter à la lettre.

Mais au regard des règles qui sont destinées à assurer la protection de l'employeur, il convient d'indiquer brièvement celles qui sont destinées à accroître la protection du travailleur. Je ne puis en dresser la liste complète, ni en fournir l'analyse. Mais il faut rappeler parmi elles la suppression de la distinction entre les différentes catégories de travailleurs. Particulièrement importantes sont aussi les dispositions relatives au droit au salaire en cas d'empêchement de travailler; la protection des travailleurs a été renforcée dans le cas de la demeure de l'employeur (art.324)¹⁴; en cas de maladie, d'accouchement et de service militaire, elle a été aménagée d'une façon nouvelle (art.324a et 324b). La situation des travailleurs a été améliorée en matière de résiliation du contrat de travail. Les délais de congé applicables antérieurement aux employés ont été étendus à l'ensemble des travailleurs, et même prolongés (art.336 ss). L'interdiction de résilier le contrat en cas de maladie, d'accouchement et de service militaire a elle aussi été renforcée et étendue – là où elle ne l'était pas (soit en cas de maladie et d'accouchement) – à l'ensemble des activités économiques (art.336e ss). Enfin, il convient de rappeler les dispositions relatives au paiement du salaire aux proches en cas de décès (art.338 al.2) et à l'indemnité de départ, dite «à raison de longs rapports de travail» (art.339b ss).

Si les Chambres fédérales n'ont, d'une façon générale, pas examiné de manière très approfondie les dispositions relatives au contrat de travail qui leur étaient soumises, elles ont, en revanche, accordé beaucoup plus d'attention à la réglementation applicable aux institutions de prévoyance. L'opinion publique elle aussi s'y est beaucoup intéressée. Je rappellerai simplement que le législateur a donné un début de satisfaction aux partisans du libre passage, en prévoyant notamment qu'après cinq années d'emploi, une part au moins du capital accumulé par les contributions de l'employeur, en plus de celui qui a été accumulé par celles du travailleur, doit être affectée à la constitution d'une créance de celui-ci envers une institution de prévoyance (art.331a ss). Cependant, cette réglementation est sans doute provisoire, puisqu'elle est destinée à être remplacée par les dispositions de la future loi sur la prévoyance professionnelle,

¹⁴ L'art.362 classe cette disposition parmi celles qui sont relativement impératives, contrairement à ce qu'admettaient antérieurement, pour l'art.332, la doctrine et la jurisprudence. Le message admet cependant que cette classification ne s'oppose pas à la conclusion d'un accord relatif aux absences non rémunérées du travailleur ou à la réduction momentanée de la durée du travail; «ce n'est que s'il ordonnait unilatéralement des interruptions de travail ou des réductions de la durée du travail que l'employeur se mettrait en demeure» (p.90). Cela est manifestement erroné. S'il ne s'agissait que d'exclure une action unilatérale de l'employeur, il n'y aurait pas eu besoin de prévoir le caractère impératif de cette disposition – ce caractère signifiant qu'il ne peut être dérogé à celle-ci «par voie d'accord, contrat type de travail ou convention collective, au détriment du travailleur». Il résulte aussi du caractère impératif de cette disposition que toute renonciation par le travailleur à la créance qui en découle pour lui est frappée de nullité (art.341 CO).

conformément à l'art. 34^{quater} nouveau de la Constitution. De facultative qu'elle est aux termes du CO, la prévoyance professionnelle deviendra obligatoire aux termes de cette disposition constitutionnelle.

VI. Dispositions de caractère général

Le chapitre du code relatif au contrat individuel de travail se termine par des dispositions de caractère général.

L'art. 341 porte comme note marginale, dans le texte français, «impossibilité de renoncer». Il ne s'agit évidemment pas, en réalité, d'une impossibilité, mais de ce que l'on appelle en allemand une *Unverzichtbarkeit*, c'est-à-dire la nullité, l'invalidité d'une renonciation. De quoi s'agit-il? Nous avons vu que le titre X du code distingue très nettement entre les règles absolument impératives (art. 361), les règles relativement impératives (art. 362), et les règles dispositives, qui en principe sont toutes celles qui ne sont pas mentionnées aux art. 361 et 362, à moins que leur caractère impératif ne ressorte de leur teneur même. Mais le fait qu'une disposition revête un caractère impératif ne suffit pas toujours à assurer une protection parfaite à la partie la plus faible au contrat, à celle qui est placée sous la dépendance économique de l'autre partie. Il peut se faire qu'une disposition que le législateur a entendu rendre impérative n'ait pas d'efficacité réelle, parce que la partie la plus faible au contrat ne fera pas valoir ses droits, notamment, s'il s'agit du travailleur, parce qu'il craint de perdre son emploi en insistant pour l'obtention d'un avantage que le législateur a voulu lui accorder. C'est la raison pour laquelle, reprenant la règle de l'ancien art. 323 al. 3 CO introduite en 1956 dans le domaine de la convention collective, le législateur a prévu à l'art. 341 al. 1 que le travailleur «ne peut pas renoncer (lisez: la renonciation donnée par lui n'aura pas d'effet juridique), pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective». Avec l'effet impératif ordinaire, on se borne à prévoir la nullité des conventions dérogeant à la règle de droit rendue impérative et intervenues avant l'échéance de la créance. La créance étant échue, le créancier peut en principe y renoncer. Mais avec l'effet impératif renforcé, tel qu'il découle de l'art. 341, la renonciation du créancier aux droits qu'il tient d'une disposition impérative de la loi n'est valable que si elle intervient une fois le contrat expiré, alors que le créancier n'est plus sous la dépendance économique du débiteur – ou, plus exactement, un mois après cette expiration. Dans ces conditions, le travailleur pourra faire valoir ses droits alors même qu'il aurait accepté sans réserve les paiements que lui aurait faits l'employeur, ou alors même qu'il aurait signé une quittance pour solde de

compte par laquelle il renoncerait auxdits droits. Cette règle qui, à nouveau, tient compte de la spécificité du contrat de travail, était nécessaire pour assurer l'application effective des dispositions impératives protégeant le travailleur.

L'art. 342 al. 2 clôt une longue controverse. Il s'agit de savoir quels sont les effets des obligations de droit public sur les rapports de droit privé. Conformément à la jurisprudence inaugurée par le Tribunal fédéral dans son arrêt *Association suisse des maîtres relieurs* du 25 septembre 1947 (ATF 73 I 228), le législateur a admis que l'exécution des obligations de droit public liées au contrat de travail peut être requise par la voie d'une action civile. Cela vaut non seulement pour les obligations qui sont fondées sur le droit public fédéral, mais aussi pour celles qui découlent du droit public cantonal. Dans son arrêt précité relatif à la loi genevoise sur les vacances payées, le Tribunal fédéral a considéré que, lorsqu'une institution cantonale se conciliait avec le droit privé fédéral, la légitimité des moyens mis en œuvre ne devait pas s'apprécier selon des critères purement formels. En d'autres termes, des dispositions de droit public cantonal peuvent créer directement des obligations de droit civil. Cependant, pendant longtemps, la majorité de la doctrine avait douté de la possibilité pour le droit public cantonal d'influer sur des obligations régies par le droit civil fédéral. De tels doutes sont, en vertu de la nouvelle disposition légale, désormais écartés dans le domaine du contrat de travail.

VII. Les règles de procédure

Alors même qu'en vertu de l'art. 64 de la Constitution, le droit de procédure est en principe du ressort des cantons, le législateur fédéral a, dès l'entrée en vigueur de la loi de 1914 sur le travail dans les fabriques, imposé aux cantons l'observation de certaines règles particulières en la matière, dont l'adoption a été jugée nécessaire en vue d'assurer l'efficacité du droit civil fédéral. Dans l'art. 343 CO, les Chambres fédérales ont repris la plupart des principes qui étaient inscrits dans les dispositions antérieures et les ont, tout en fixant un plafond à la valeur litigieuse, étendus à toutes les catégories de conflits individuels de travail.

Cependant, la loi nouvelle a abandonné l'interdiction faite aux avocats de représenter les parties dans certains conflits nés du contrat de travail. Mais l'abrogation de la disposition figurant à l'art. 29 al. 3 de la loi sur le travail dans les fabriques ne signifie pas que, dans tous les cantons, les avocats puissent désormais, dans ce domaine, représenter les parties devant les tribunaux, notamment devant les tribunaux de prud'hommes, les *Gewerbegerichte*. Beaucoup de cantons ont maintenu à cet égard les dispositions restrictives qui étaient en

vigueur antérieurement, et qui ne sont évidemment pas contraires au droit fédéral.

La première règle posée par l'art.343 CO concerne le for. Dans les litiges relevant du contrat de travail (précisons qu'il s'agit uniquement des litiges nés du «contrat *individuel* de travail»; le texte allemand parle de *Arbeitsverhältnis*, c'est-à-dire de la relation de travail, et non de *Arbeitsvertrag*), le demandeur, qu'il soit employeur ou travailleur, ou encore ayant cause de l'un ou l'autre, peut agir à son choix au for du défendeur ou à celui de l'exploitation.

Les autres règles contenues dans l'art.343, al.2 à 4, ne s'appliquent pas à tous les litiges nés du contrat de travail, mais seulement à certains d'entre eux, ceux dans lesquels la valeur litigieuse ne dépasse pas 5000 fr., le montant de la demande déterminant la valeur litigieuse sans égard à des conclusions reconventionnelles. Ces litiges doivent être soumis à une procédure simple et rapide; le juge doit établir d'office les faits et apprécier librement les preuves. La procédure est en principe gratuite, c'est-à-dire que les parties n'ont à supporter ni émoluments ni frais judiciaires, sauf en cas de procédés téméraires; en revanche, la loi n'exclut pas la faculté pour le législateur cantonal de prévoir l'allocation de dépens en faveur de la partie qui obtient gain de cause. Il convient d'ajouter que le principe de la gratuité du procès s'étend aussi, d'après la jurisprudence, à l'instance fédérale (ATF 98 Ia 567).

La loi a cependant, dans le domaine de la procédure, laissé un problème sans solution. Ce problème est précisément celui de la juridiction fédérale en la matière. Conformément à l'art.114 de la Constitution, l'une des fonctions essentielles du Tribunal fédéral devrait consister à assurer l'application uniforme des lois prévues à l'art.64, c'est-à-dire du droit civil. La loi fédérale d'organisation judiciaire a institué à cet effet le recours en réforme. Mais ce recours n'est ouvert en principe, lorsqu'il s'agit d'affaires portant sur un droit de nature pécuniaire, que dans le cas où la valeur litigieuse atteint au moins le montant de 8000 fr. (art.46 OJ). Il est fait exception à cette règle pour les contestations relatives à la propriété industrielle, littéraire ou artistique, ainsi que dans les procédures relatives à l'annulation de titres, où le recours est recevable sans égard à la valeur litigieuse (art.45 OJ). Dans les litiges nés du contrat de travail, la valeur litigieuse atteint rarement 8000 fr., sauf dans quelques cas spéciaux, comme ceux où est en cause la responsabilité de l'employeur en cas d'accident. Il en résulte qu'en cette matière, le nombre des recours en réforme est fort peu important et que, par voie de conséquence, le Tribunal fédéral n'est pas à même d'assurer vraiment l'application uniforme de la loi. Certes, un certain nombre de procès sont portés devant le Tribunal fédéral par le moyen du recours de droit public pour violation de droits constitutionnels, c'est-à-dire par la porte étroite, ce qui ne permet au Tribunal fédéral, dans la plupart des cas,

de ne se prononcer que sur le grief d'arbitraire. Pour cette raison, déjà sous le régime des anciennes dispositions du code, la loi était dans ce domaine appliquée de façon souvent différente dans les différents cantons, à défaut d'une jurisprudence fédérale permettant de donner à ces dispositions une interprétation uniforme. Les nouvelles dispositions du code risquent d'être interprétées d'une manière plus diverse encore que les anciennes. Aussi serait-il opportun d'examiner, dans le cadre d'une révision globale des dispositions de la loi d'organisation judiciaire, la possibilité de remédier à cette lacune. Sans doute ne pourrait-on pas, dans la situation de surcharge qui est actuellement celle du Tribunal fédéral, ouvrir toutes grandes les portes, mais le maintien de la barrière de 8000 fr. constitue un obstacle quasiment infranchissable à l'application uniforme de la loi en cette matière. Le contrat de travail, étant donné la situation particulière que je viens de rappeler, mérite une exception au principe général, tout autant que la propriété industrielle. Ce serait le seul moyen qui pourrait permettre d'établir une jurisprudence cohérente dans le domaine du contrat de travail. Tel est le vœu que je me permets, à titre personnel, de formuler.

En terminant cet exposé, dans lequel j'ai tenté de montrer les ombres et les lumières qui se dégagent de la loi de 1971, je tiens à souligner que la jurisprudence, jusqu'ici – peut-être en partie pour les raisons que j'ai exposées – n'a guère eu l'occasion de poser d'importants principes touchant l'application de cette loi. Mais c'est en définitive à cette jurisprudence, avec l'appui de la doctrine, qu'il appartiendra, par l'interprétation des dispositions ambiguës ou peu claires de la loi, de donner à celle-ci son visage réel dans la vie de tous les jours.