

DROIT DU TRAVAIL

«Les entreprises ont de la peine à s'y retrouver»

La législation évolue sans cesse avec un risque accru de situations illégales. La juriste lausannoise Marianne Favre Moreillon publie un ouvrage pour éclaircir les principales zones d'ombre.

BRIGITTE KELLER

Avant d'ouvrir le cabinet DroitActif à Lausanne, Marianne Favre Moreillon a travaillé dans une étude d'avocats. Cette expérience lui a permis de constater qu'il existait une véritable demande de la part des entreprises en matière de conseils juridiques. Aujourd'hui, elle publie chez Helbling & Lichtenhahn un guide tiré de son expérience. Sobrement intitulé *Droit du travail*, l'ouvrage met en lumière les difficultés rencontrées par les entreprises en matière de droit du travail et peu développées à ce jour. Par exemple, il arrive que le contrat de travail soit, d'un commun accord, résilié sans respecter le délai de congé. Un tel accord peut s'avérer nul, s'il ne respecte pas des conditions restrictives! Autre sujet sensible: la gratification. «Les entreprises accordent des gratifications à leurs employés, explique Marianne Favre Moreillon. Or, lorsqu'une gratification est versée plusieurs années de suite, sans réserve écrite de la part de l'employeur, elle devient une partie intégrante du salaire. L'employeur est dès lors tenu de la verser alors qu'il voulait accorder une prestation à bien plaisir pour remercier ses employés!»

Dans votre ouvrage, vous abordez notamment la question du congé-modification. L'employé se voit proposer de nouvelles conditions de travail, généralement revues à la baisse telles qu'une diminution de salaire, assortie d'un licenciement en cas de refus. Or, si l'employeur oublie de préciser qu'une absence de réaction de la part de l'employé équivaut à une acceptation du



Les rapports de travail sont sujets à interprétation. Toute situation mal réglementée risque d'entraîner des abus.

nouveau contrat, il risque de devoir prouver que la baisse du salaire est effective. Les employeurs et les employés le savent-ils?

En effet, dans le cadre du congé-modification, le silence du travailleur ne vaut en principe pas acceptation. C'est pourquoi je recommande vivement aux employeurs d'indiquer clairement qu'à défaut d'une acceptation écrite expresse de la part du travailleur, les rapports de travail prendront fin à l'échéance du délai de congé. Cela supprime toute ambiguïté. Malheureusement, ces détails ne sont généralement pas connus des intéressés. Le congé-modification n'est abordé que de façon lacunaire par la doctrine. Je suis souvent consultée à ce sujet, car les entreprises ne savent pas quelles conditions doivent être respectées.

Le travail occasionnel, en progression avec l'installation durable du chômage, est défini par la législation de manière assez floue. On considère qu'il doit être assimilé au contrat de durée indéterminée «lorsqu'il se répète périodiquement». Ces imprécisions ne favorisent-elles pas le travail au noir?

Le travail occasionnel est licite tant qu'il ne constitue pas des contrats en chaîne, qui sont, eux, interdits. Pour cela, il doit respecter plusieurs conditions: chaque rapport de travail doit être nettement différencié des précédents; la succession des contrats doit être motivée par des circonstances qui doivent correspondre à un besoin objectivement justifiable. Faute de quoi, il ne s'agit plus de travail occasionnel mais d'un seul et même contrat de durée indéterminée. Cela dit, ni les tribunaux ni la doctrine n'ont précisé de manière détaillée les contours du travail occasionnel. Cela soulève des problèmes d'interprétation. Il est clair que toute situation mal réglementée risque d'engendrer des cas de figure abusifs. Pour assurer une meilleure sécurité du droit, il serait nécessaire de réglementer et de délimiter clairement les contours de certaines formes de travail comme le travail occasionnel et le travail sur appel.

La réglementation sur les licenciements collectifs peut être contournée en faisant des charrettes de neuf employés au lieu de dix, afin de rester au-dessous de la limite fixée par la loi. Ce procédé est connu des autorités compétentes. Les limites du législateur sont-elles atteintes? Non, à partir de dix licenciements pour une entreprise occupant habituellement entre



MARIANNE FAVRE MOREILLON. Elle est partie des questions les plus fréquentes qu'on lui pose en consultation.

21 et 99 employés, il y a licenciement collectif. Les licenciements moins nombreux relèvent de la liberté contractuelle; il s'agit d'un choix politique de la part du législateur. Il en résulte que l'employeur qui occupe habituellement entre 21 et 99 employés et qui doit procéder à un certain nombre de licenciements aura tendance à licencier 8 ou 9 employés plutôt que 10 de telle manière à ne pas avoir à respecter la procédure de licenciement collectif.

Toutefois, le fait pour un employeur d'échelonner les licenciements de manière à éluder la procédure de licenciement collectif pourrait être constitutif d'un abus de droit. Dans une telle hypothèse, les employés pourraient ouvrir une action en justice. Cette question est particulièrement délicate et n'a à ce jour pas encore été tranchée par le Tribunal fédéral.

La protection de la sphère privée du travailleur, qui a focalisé l'attention du législateur pendant des années avec l'avènement des fichiers informatiques, pose également des problèmes. L'employé doit être averti en cas de surveillance téléphonique, mais la loi ne précise pas combien de temps à l'avance. Il n'est pas précisé non plus si le nombre de jours pendant lesquels la surveillance est auto-

risée se calcule par mois ou par année.

Comment s'y retrouver?

Si l'employeur veut effectuer des contrôles, il est tenu d'établir un règlement de surveillance de l'utilisation du téléphone. Celui-ci doit mentionner tous les détails de la procédure de surveillance. Quant à la fréquence des contrôles, elle doit respecter le principe de proportionnalité, c'est-à-dire qu'une petite entreprise ne peut pas en effectuer aussi souvent qu'une multinationale, par exemple. L'employeur devra déterminer la fréquence des contrôles en fonction de la taille et de la structure de sa société. Cette fréquence devra ensuite être précisée dans le règlement de surveillance.

Pourquoi avoir choisi de traiter dans votre livre certaines questions plutôt que d'autres ? Quel est le « plus » par rapport aux autres ouvrages?

J'ai accordé la priorité aux questions que nous rencontrons au sein du cabinet. Et c'est précisément par son contenu varié et actuel que mon ouvrage apporte un « plus ». Des sujets comme le congé non payé, par exemple, sont peu développés par la doctrine. Il s'agissait de combler ces lacunes. Je voulais présenter les opinions minoritaires, les questions non tranchées par les tribunaux. La clause de prohibition de faire

concurrence a fait l'objet d'une jurisprudence vaste, abondante et restrictive. Il était nécessaire de faire une synthèse de cette jurisprudence pour faciliter la rédaction et l'interprétation de telles clauses. La doctrine aborde souvent la question des inventions, designs et logiciels d'employés uniquement sous l'angle du droit du travail ou de la propriété intellectuelle. Il m'a semblé judicieux de faire le lien entre ces deux domaines du droit et d'offrir aux entreprises concernées une vision d'ensemble sur cette question qui touche leur avenir technologique et économique.

La distinction entre l'avance sur salaire et le prêt de l'employeur peut s'avérer délicate. Les critères utilisés pour les différencier – par exemple, le fait que l'employeur «renonce pendant une longue période à la compensation» – ne sont-ils pas un peu flous?

L'employeur est dans l'obligation d'accorder une avance lorsque le travailleur est dans le besoin et que les finances de l'entreprise le permettent. L'avance vient en déduction du prochain salaire, sans escompte ni intérêt. Le prêt, lui, est un contrat qui ne relève pas du droit du travail: l'employeur est libre de l'accorder ou non; le remboursement se fait en principe par compensation avec la partie saisissable du salaire. La distinction entre les deux devient difficile lorsque l'employeur avance un salaire entier au milieu du mois, par exemple, c'est-à-dire lorsque le montant accordé dépasse le salaire effectivement gagné par le travailleur.

Le Tribunal fédéral n'a jamais tranché la question. Il en résulte une certaine incertitude. Pour éviter une interprétation délicate, lorsque l'employeur avance une somme d'argent à son employé, il est impératif de qualifier par accord écrit cette avance et de fixer les modalités de remboursement. Si les parties décident de conclure un contrat de prêt, elles devront s'entendre par écrit sur les modalités du prêt, son échéance, sa compensation durant les rapports de travail, le montant qui sera compensé chaque mois jusqu'au remboursement total du prêt. Cela s'avère très utile lorsque l'employé quitte l'entreprise avant la compensation complète de la créance! **PME**