

BGE 114 II 279

Bundesgericht (BGE), 1988-06-21, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_114 II 279](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_114_II_279)

FR: ATF 114 II 279

IT: DTF 114 II 279

Regeste

Regeste Art. 20 Abs. 1 OR. Arbeitsvertrag mit einem ausländischen Arbeitnehmer, der keine Arbeitsbewilligung für die Schweiz besitzt. Das Fehlen der vom öffentlichen Recht vorgeschriebenen Arbeitsbewilligung hat für sich allein nicht die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages zur Folge. Die Verweigerung der Bewilligung kann dagegen eine fristlose Auflösung des Vertrages gemäss Art. 337 OR rechtfertigen.

Erwägungen

E. 2

La Chambre d'appel tient le contrat du 20 novembre 1980 pour valable. La défenderesse soutient, en revanche, qu'il est illicite et, partant, frappé de nullité. a) Le contrat est nul en vertu de l'art. 20 al. 1 CO si son contenu est illicite, mais il ne l'est pas si seule la participation subjective d'une partie à ce contrat est interdite (ATF 102 II 404 consid. 2b, ATF 80 II 48 consid. 2a, ATF 62 II 111). Selon la jurisprudence, il n'est pas nécessaire que la nullité soit expressément prévue par la loi; cette conséquence juridique peut aussi découler de l'esprit et du but de BGE 114 II 279 S. 281 la norme violée (ATF 111 II 387 consid. d et les arrêts cités). Pour déterminer si un contrat présente un caractère illicite, il faut se référer à l'ensemble de l'ordre juridique suisse, qu'il s'agisse des dispositions impératives de droit privé ou des règles d'ordre public (art. 19 al. 2 CO ; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, *Partie générale du droit des obligations*, 2e éd. I n. 451-455), notamment des défenses sanctionnées par la menace d'une peine (ATF du 6 avril 1965 en la cause Chaillet c. Garda publié dans SJ 1966, p. 219). Peu importe donc que ni les dispositions du code des obligations régissant le contrat de travail ni la législation de droit public réglant l'emploi des étrangers en Suisse ne frappent expressément de nullité le contrat de travail qui viole cette dernière législation. S'agissant d'une question relevant de l'ordre public suisse, les réponses qui ont pu y être données en droit étranger dans des cas analogues ne sont pas déterminantes. b) La jurisprudence a refusé de déclarer nul un contrat de courtage passé avec des courtiers étrangers ayant exercé leur activité en Suisse sans autorisation de la police des étrangers pour le motif que l'interdiction de cette activité ne touchait pas au contenu du contrat mais à la seule participation subjective d'une des parties (ATF 62 II 111). Dans ce cas, seule la violation par les courtiers de l'interdiction d'exercer leur activité en Suisse sans autorisation était en cause (arrêt cité, consid. 2 in fine). Dans l'arrêt ATF 84 II 425 ss, le Tribunal fédéral n'a pas retenu la nullité d'une convention quant au salaire en considérant qu'il ne ressortait pas du sens et du but de la réglementation de droit public cantonal à laquelle elle contrevenait que telle devait être la conséquence de cette violation. Dans un arrêt du 14 mars 1984 (SJ 1984 p. 572), en revanche, le Tribunal fédéral a jugé que, compte tenu de la fonction assignée à l'autorisation accordée aux étrangers de travailler en Suisse et de son incidence sur le nombre même des travailleurs

étrangers en Suisse, on ne saurait considérer comme arbitraire d'admettre que l' art. 3 al. 3 LSEE (RS 142.20) vise le contenu même du contrat de travail et que son importance est telle qu'elle entraîne la nullité des conventions qui l'enfreignent. c) La doctrine est divisée. Pour certains auteurs, le contrat de travail passé avec un travailleur qui n'est pas au bénéfice d'une autorisation de travailler en Suisse est frappé de nullité (BRÜHWILER, Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, n. 8 ad art. 320, n. 4 ad art. 342; STREIFF, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 4e éd., n. 9 et 13 ad art. 320; A. W. SCHÖNENBERGER, Das BGE 114 II 279 S. 282 Verhältnis des Arbeitnehmerschutzrechts zum Dienstvertrag, in RDS 1933 I p. 1a ss, en part. 39a); apparemment aussi PH. BOIS, L'emploi et les étrangers, RDAF 1981, p. 76 in fine). D'autres auteurs considèrent en revanche le contrat de travail conclu avec un travailleur étranger non autorisé à travailler en Suisse comme valable: ALEXANDER I. DE BEER, Die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages, dans l'ouvrage Mängel des Arbeitsvertrages, édité par les prof. Ekonomi et Rehbinder, p. 29 ss, spéc. p. 44 et n. 33, qui considère que seule la participation subjective d'une partie au contrat de travail est en cause; BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, p. 113, qui se réfère à l' ATF 62 II 111 déjà cité; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, op.cit., 2e éd. I n. 450, auteurs pour qui il n'y a pas illicéité du contenu du contrat au sens strict lorsque la norme violée interdit seulement la participation de telle personne au contrat, par exemple parce qu'elle n'a pas l'autorisation d'exercer sa profession ou de résider dans le pays; BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, p. 233, avec référence à ATF 62 II 111; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, p. 194; VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts t. I, p. 253, avec la même référence; REHBINDER, in Berner Kommentar, n. 25 in fine ad art. 320 CO , pour le motif que le contenu du contrat est en soi licite, ce qui ne serait pas le cas en présence d'une interdiction d'occuper un travailleur à des travaux déterminés (différence entre Abschlussverbote et Beschäftigungsverbote); TERCIER (La partie spéciale du code des obligations, n. 1732/34) distingue selon que l'autorisation est nécessaire à l'exercice de l'activité concernée et édictée dans un but de protection sociale (médecin, dentiste, avocat), hypothèse dans laquelle le contrat serait nul, ou selon qu'elle l'est pour l'exercice de n'importe quelle activité, hypothèse qui ne toucherait pas la validité du contrat, et cite en exemple le cas des permis de travail pour les étrangers (cf. aussi n. 1708). RAPP (Fremdenpolizeiliche Arbeitsbewilligung und Arbeitsvertrag, Basler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, p. 277 ss, notamment p. 285 ss) part de la présomption de la nullité, sur le plan civil, du contrat dont le droit public prohibe la conclusion ou l'exécution. Cette présomption peut toutefois être renversée, notamment en application du principe général de la proportionnalité et lorsque cette conséquence irait à l'encontre du but de prévention générale de la norme de droit public, conditions qui sont précisément réalisées dans le cas du "travail au noir". L'interdiction BGE 114 II 279 S. 283 d'un tel travail étant généralement connue, le travailleur ne peut en principe pas se prévaloir de l' art. 320 al. 3 CO , ce qui rend sa situation très précaire. De son côté, le travailleur de bonne foi ne jouit d'aucune protection en cas de résiliation. L'employeur, au contraire, profite de cette situation. La nullité du contrat porterait ainsi préjudice au seul travailleur, contrairement au but de protection de la partie la plus faible qui est à la base de la législation sur le contrat de travail et, partant, au principe de la proportionnalité. Cette sanction contredirait en outre l'objectif de prévention générale poursuivi par la législation de droit public. d) aa) Les arguments de ce dernier auteur fondés sur la situation du travailleur emportent la

conviction, s'agissant de la nullité d'un contrat de travail conclu avec un étranger sans permis. Compte tenu des avantages que l'employeur peut trouver dans une telle sanction, celle-ci n'apparaît pas appropriée au but poursuivi par l'interdiction légale (ATF 111 II 53 s., 102 II 406 consid. 3b, 408 s. consid. 3d). Elle entre par ailleurs en conflit avec l'impératif de protection de la partie au contrat la plus faible, qui a inspiré de plus en plus fortement la réglementation de droit privé des rapports de travail, au fil des révisions successives du titre Xe du code des obligations. Aussi faut-il réserver cette sanction aux cas où elle est postulée par un intérêt public prépondérant (but de protection sociale notamment), ayant déterminé l'interdiction de l'activité en cause (cf. TERCIER, loc.cit.). Cette condition n'est pas remplie en l'espèce. Le poste de directeur pour lequel le demandeur a été engagé au service de la défenderesse n'exigeait une autorisation officielle qu'en raison de la nationalité étrangère du demandeur. bb) Lorsqu'elles ont conclu le contrat, les parties étaient conscientes de la nécessité dans laquelle se trouvait le demandeur d'obtenir un permis de frontalier. Si elles avaient subordonné leur contrat à la condition de l'obtention de ce permis, sa validité n'aurait pas fait de doute. On ne voit pas pourquoi le contrat devrait être considéré comme nul du fait que cette condition n'a pas été stipulée. La formule de demande d'autorisation de travail pour frontalier produite en justice doit d'ailleurs fournir des indications sur certaines clauses contractuelles, ce qui suppose en tout cas que celles-ci aient fait l'objet d'un accord préalable. L'intervention auprès de l'autorité en vue de l'obtention du permis de travail pour étrangers constitue un acte préparatoire qui incombe à l'employeur et dont l'omission est de nature à entraîner BGE 114 II 279 S. 284 la demeure de celui-ci (art. 91 et 324 CO ; REHBINDER, n. 8 ad art. 324 CO ; STAEHLIN, n. 11 ad art. 324 CO). Or l'admission d'une telle obligation et des conséquences de la demeure de l'employeur qui n'accomplit pas les actes préparatoires lui incombant suppose la validité du contrat de travail. La cour cantonale a dès lors rejeté avec raison le moyen tiré par la défenderesse de la nullité du contrat de travail. cc) La validité du contrat, quant à sa conclusion et son contenu, ne signifie pas qu'il doive continuer à déployer ses effets, nonobstant le défaut de l'autorisation exigée par le droit public. Abstraction faite des cas où l'octroi de ladite autorisation constitue une condition suspensive - souvent implicite - dont l'avènement détermine les effets du contrat, le refus de l'autorisation peut permettre à l'une ou l'autre partie de résilier le contrat avec effet immédiat, selon l' art. 337 CO (RAPP, op.cit., p. 293), le juge étant libre d'apprécier les conséquences pécuniaires de la résiliation en tenant compte des circonstances de ce refus (art. 337b CO).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.