SSPM SMPV

Société Suisse de Pédagogie Musicale
Società Svizzera di Pedagogia Musicale
Schweizerischer Musikpädagogischer Verband

Exemples tirés de la pratique du conseil juridique de la Société suisse de pédagogie musicale SSPM

Table des matières

1. Introduction
2. La période d'essai
3. Les heures supplémentaires de l'employé
4. Droit de l'employeur de donner des instructions
5. Mobbing
6. La fumée sur le lieu de travail
7. La formation continue
8. Le salaire en cas d'empêchement de travailler
9. Résiliation des rapports de travail en cas de maladie
10. Attribution d'un élève à un autre professeur
11. Le congé sous réserve de modifications
12. Droit au chômage en cas de réduction du taux d'occupation
13. La motivation du congé dans les rapports de travail
14. Le droit à un certificat de travail
15. Références
16. École de musique et politique
17. La résiliation du contrat d'un enseignant privé (Freelancer)
18. À partir de quand le fait de s'exercer devient-il une nuisance sonore?
19. Accident sur le chemin du travail - suis-je assuré si j'occupe un poste à temps partiel ?
20. Cotisations aux assurances sociales: suppression de la franchise pour les acteurs culturels
21. Une commission sur la vente d'instruments
22. Leçons de musique dans des appartements locatifs
23. Organiser son remplacement
24. Donner des leçons privées et engagé dans une école de musique
25. Création d'une représentation
26. Réduction taux d'activité peu avant la retraite
27. Musique et droit : dois-je accepter que des représentations musicales soient enregistrées et mises en ligne?
28. Musique et droit : qui est responsable si un spectateur se casse la jambe lors d'une audition?
29. Musique et droit : protection contre les licenciements pendant un congé sabbatique?
30. Musique et droit : Résiliation en cours de semestre d'un contrat d'enseignement privé
31. Enquêtes internes contre des enseignants de l'école de musique
32. Les manifestations musicales en période de coronavirus
33. Groupes à risques et enseignement présentiel
34. Qui assume les conséquences de la pandémie ?

1. Introduction

La Société suisse de pédagogie musicale (SSPM) propose à ses membres un service très apprécié de conseil juridique. De nombreuses questions reviennent régulièrement dans la pratique, bien que les acteurs et les conditions concrètes changent. L'objectif de cette brochure est de présenter à l'aide d'exemples ces problèmes récurrents et les réponses aux questions qu'ils soulèvent. Les membres seront ainsi sensibilises à ces questions et pourront peut-être même trouver une réponse concrète ou prévenir les problèmes s'ils sont confrontés à un cas similaire.

Les questions et les réponses présentées sont très simplifiées et ne remplacent pas la consultation d'un avocat en cas de litige juridique réel. L'objectif de cette brochure est plutôt d'aider à identifier les problèmes posées et d'offrir de premières amorces de solutions. Cela étant, il ne faut jamais perdre de vue que chaque cas est unique et nécessite une solution juridique adéquate.

Toute ressemblance avec des personnes vivantes ou des cas réels serait le pur fruit du hasard. Les questions ont été construites et inventées de toutes pièces à partir d'un grand nombre de cas concrets.

La reproduction même partielle de cette brochure est interdite sans autorisation expresse de l'auteur.

Zurich, octobre 2008

Yvette Kovacs
Avocate, docteure en droit

2. Quels sont mes droits pendant la période d'essai? Question d'un membre de la SSPM :

Mon employeur veut fixer un temps d'essai d'une année et prétend que pendant cette période il peut me licencier sans motifs dans un délai d'une semaine.

Dois-je accepter cela?

Réponse d'Yvette Kovacs :

Le but de la période d'essai est de permettre à l'employeur et au travailleur de faire connaissance avant que le délai de congé n'empêche une résiliation rapide du contrat de travail. L'art. 335 CO (code suisse des obligations) stipule que pendant le temps d'essai, chacune des parties peut résilier le contrat de travail à tout moment moyennant un délai de congé de sept jours; est considéré comme temps d'essai le premier mois de travail. Des dispositions différentes peuvent être prévues par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective, mais le temps d'essai ne peut dépasser trois mois. Lorsque le travail est interrompu par suite de maladie, d'accident ou d'accomplissement d'une obligation légale incombant au travailleur durant le temps d'essai, ce dernier est prolongé d'autant.

Il ressort de ces dispositions que les parties ne peuvent en aucun cas convenir d'un temps d'essai supérieur à trois mois. Même si un délai plus long était prévu dans le contrat, il ne serait pas valable et c'est la durée maximale de trois mois qui ferait foi. Pour toute la période restante s'appliquent les délais de congé normaux. Cette limitation du temps d'essai à trois mois est appliquée de manière très stricte, car pendant cette période, il n'existe aucune protection contre le licenciement, qui peut même intervenir pendant le service militaire, une maladie ou une maternité, etc. On peut même supprimer le délai de congé de sept jours pendant le temps d'essai et prévoir que le contrat de travail cesse dès réception de la dénonciation ou à un autre terme choisi.

Sont considérés comme des congés pendant le temps d'essai ceux qui sont donnés durant cette période, mais le délai de congé peut aussi échoir après le temps d'essai.

La durée normale d'un mois et la durée maximale de trois mois du temps d'essai sont aussi valables pour le travail à temps partiel.

Résumé : La façon de procéder de cet employeur est clairement contraire au droit. Cette règlementation n'est donc pas valable et le temps d'essai doit être ramené à la durée maximale de trois mois.

3. Heures supplémentaires

Suis-je obligé d'être disponible au-delà du temps de travail convenu, et que puis-je recevoir en échange?

Question du membre de la SSPM :

Je travaille dans plusieurs écoles de musique et tout mon temps est pris par les déplacements et les leçons. Une collègue étant subitement tombée malade pour une longue durée, la direction d'une école de musique m'a demandé de la remplacer.

Réponse d'Yvette Kovacs :

On entend par heures supplémentaires le travail accompli au-delà du temps de travail convenu ou usuel. Si la durée maximale de 45, respectivement 50 heures hebdomadaires fixée par la loi sur le travail est dépassée, il s'agit de travail supplémentaire. En application de l'article 321c CO (Code suisse des obligations), le travailleur est tenu d'exécuter des heures supplémentaires à condition qu'il puisse s'en charger, que les règles de la bonne foi permettent de le lui demander et que ce travail soit exigé par les circonstances.

En principe, l'employeur doit rétribuer les heures supplémentaires en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins. Mais il peut aussi être convenu par un accord écrit que celles-ci seront compensées par un congé d'une durée au moins égale.

Résumé : Dans le cas présent, le membre de la SSPM exerce plusieurs activités à temps partiel dans différentes écoles de musique qui l'occupent entièrement. Par conséquent, on ne peut pas raisonnablement exiger qu'il remplace à long terme sa collègue malade. En revanche, on pourra lui demander d'effectuer un remplacement de brève durée jusqu'à ce que le remplacement de sa collègue soit organisé, compte tenu de son devoir de fidélité envers l'école de musique (dans la mesure bien sûr où il ne s'agit pas d'un poste à cent pour cent, mais seulement de quelques heures). Si le travailleur refuse sans raison d'accomplir des heures supplémentaires, il ne respecte pas ses obligations contractuelles et est passible de dommages et intérêts. Les heures supplémentaires accomplies sont compensées par un salaire majoré de 25% ou, s'il en a été convenu ainsi, par un congé d'une durée égale.

4. Droit de l'employeur de donner des instructions

Le directeur de l'école de musique a-t-il le droit de me déplacer dans un autre bâtiment scolaire?

Question d'un membre de la SSPM :

Notre école de musique va subir des transformations. Pendant la durée des travaux, des locaux ont été loués dans une autre commune pour que l'école puisse poursuivre ses activités. Suis-je obligé d'accepter de faire un trajet d'une demi-heure par jour?

Réponse d'Yvette Kovacs :

En application de l'art. 321b CO (Code suisse des obligations), l'employeur peut établir des directives générales sur l'exécution du travail et la conduite des travailleurs dans son exploitation ou son ménage et leur donner des instructions particulières. Le travailleur doit observer selon les règles de la bonne foi les directives générales de l'employeur et les instructions particulières qui lui ont été données. L'art. 321a CO stipule en outre que le travailleur doit exécuter avec soin le travail qui lui est confié et sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur. En contrepartie, l'employeur, en application de l'art. 327a CO, doit lui rembourser tous les frais imposés par l'exécution du travail et, lorsque le travailleur est occupé en dehors de son lieu de travail, les dépenses nécessaires pour son entretien.

Lorsqu'il donne des instructions, l'employeur concrétise unilatéralement la teneur du contrat de travail. Il peut le faire dans les limites de ce qui a été expressément convenu dans le contrat de travail. Son droit de donner des instructions est également limité par des prescriptions de droit public, notamment dans le domaine de la protection des travailleurs, de la réglementation du temps de repos, ou encore de la personnalité du travailleur – dont en particulier le principe d'égalité de traitement qui veut que tous les travailleurs soient traités de façon égale et interdit les discriminations sans motifs objectifs. Les instructions absurdes ou vexatoires violent le droit de la personnalité du travailleur et ne doivent pas être suivies.

Le droit de donner des instructions trouve aussi ses limites dans les clauses particulières du contrat de travail individuel et dans les conventions collectives de travail ou les contrats-types de travail applicables. Par exemple, si le contrat fixe concrètement le lieu, la durée et les modalités de travail, ces dispositions ne peuvent être modifiées unilatéralement par des instructions.

Les exceptions correspondent toujours à des besoins urgents de l'entreprise qui obligent l'employeur à demander à l'employé de changer temporairement de travail ou de lieu de travail. Si celui-ci refuse de suivre ces instructions et que ce changement peut raisonnablement lui être demandé, il viole son devoir de fidélité. Il n'est pas possible de définir strictement ce qui est raisonnablement exigible, car il s'agit d'une question d'appréciation. Dans le cas du déplacement dans un autre lieu de travail, l'élément déterminant sera de savoir si le nouveau trajet est acceptable. On ne pourra en aucun cas demander au travailleur qu'il déménage et quitte contre sa volonté son centre de vie actuel. Si le fonctionnement de l'entreprise nécessite un changement temporaire de lieu de travail ou de certaines modalités, le travailleur est tenu de suivre ces instructions dans la mesure où elles sont raisonnablement exigibles compte tenu des circonstances. Pour en juger, il faut effectuer une pesée entre les intérêts du travailleur et ceux de l'employeur. L'essentiel est que le déplacement ne dure pas trop longtemps, que la vie privée n'en soit pas trop affectée, et que les coûts supplémentaires (par exemple allongement du trajet, moyens de transport) soient remboursés. Ainsi, on a considéré que le déplacement d'une travailleuse d'une filiale de Zurich à Gais ne pouvait être raisonnablement exigé, parce que l'intéressée aurait dû faire un trajet quotidien de quatre heures et qu'elle avait des obligations familiales. De même, un déplacement de Lausanne à Bienne a été jugé inadmissible, car la travailleuse ne pouvait plus rentrer chez elle à midi pour préparer les repas pour sa famille comme auparavant. Dans un autre cas, on a estimé qu'un nouveau trajet de 90 minutes avec les transports publics était encore acceptable, si bien que l'ordre unilatéral y relatif était une instruction valable. Un déplacement à l'étranger dans une zone proche de la frontière a par contre été jugé inacceptable et rejeté.

Les instructions concernant d'autres domaines, comme les horaires de travail ou les tâches et le comportement dans l'entreprise, sont également limitées par le contrat de travail. Ainsi, le temps de travail ne pourra pas être soudainement modifié si des horaires avaient été convenus au préalable et que le changement n'est pas justifié par une nécessité temporaire liée à l'entreprise.

Les règles régissant le comportement sur le lieu de travail sont admissibles dans la mesure où elles sont nécessaires et raisonnables. Exemples : interdiction des appels téléphoniques privés qui bloqueraient la ligne de l'entreprise, obligation de fermer les fenêtres pour éviter les courants d'air, ou encore demande de partager avec des collègues un bureau occupé jusqu'ici individuellement. Lorsqu'il s'agit de postes élevés et très spécialisés, les instructions portant sur des aspects professionnels peuvent être inadmissibles en raison du savoir spécifique du travailleur. Parmi les exemples cités de la pratique figurent les professeurs d'écoles privées dont les compétences dans la branche enseignée peuvent exclure le droit de l'employeur de donner des instructions dans cette branche. A cet égard, il convient de faire une distinction entre les tâches pédagogiques spécifiques à cette branche que le professeur peut assumer seul et sans recevoir d'instructions, et les tâches administratives (comme la rédaction de rapports sur les élèves), pour l'exécution desquelles il peut recevoir des instructions.

Résumé: L'affectation provisoire d'un employé à un autre lieu de travail plus éloigné est possible si un intérêt personnel important du travailleur ne s'y oppose pas et que ce déplacement n'entraîne pas de contrainte excessive sur le plan temporel et géographique. Ainsi, un professeur ne pourra pas s'opposer à un trajet de 30 minutes si les dépenses supplémentaires qui en résultent lui sont remboursées.

5. Suis-je victime de mobbing ?

À qui dois-je m'adresser et que puis-je faire en cas de mobbing?

Question d'un membre de la SSPM :

Notre école de musique dispose d'un local de pause où nous pouvons nous détendre et discuter entre collègues. La semaine dernière, j'ai entendu depuis le couloir les échos de discussions animées. Mais lorsque je suis entré dans le local, tout le monde s'est tu et il y a eu un silence gênant.

Réponse d'Yvette Kovacs :

Le harcèlement psychologique, ou mobbing, est un comportement hostile, répété de manière systématique et gratuite sur une longue durée dans l'intention de brimer et mettre à l'écart une personne, voire de l'éloigner du lieu de travail. Les actes ont ceci de particulier qu'ils paraissent normaux et que leur caractère hostile ou discriminatoire est presque imperceptible: le mobbing peut se manifester par l'interruption de conversations lorsque la personne entre ou veut participer à la discussion, par des critiques subjectives sur des prestations et des comportements, par des intrigues, des vexations, un harcèlement sexuel, des moqueries, des brimades, par le fait d'ignorer la victime ou de ne pas la prendre au sérieux, etc. Le mobbing peut être provoqué par une ou plusieurs personnes, collaborateurs, supérieurs ou subordonnés. Pour que l'on puisse parler de mobbing, les actes doivent présenter un caractère répétitif (p. ex. une fois par semaine) et se prolonger sur une longue période (p. ex. plusieurs mois). Les actes ne sont souvent pas graves en soi, mais ils deviennent insupportables avec le temps et en raison de leur répétition.

Le mobbing se produit la plupart du temps dans le cadre de relations de travail, mais peut aussi survenir dans d'autres rapports de droit. La réglementation du CO (Code suisse des obligations) relative au droit du travail ne renferme pas de disposition expresse sur le mobbing. Cependant, dans le cadre de ses obligations contractuelles, l'employeur est tenu de protéger les travailleurs de tout comportement portant atteinte à leur personnalité, ce qui implique également la protection contre le harcèlement psychologique par des supérieurs, des collaborateurs ou des subordonnés. Si l'employeur ne respecte pas ces devoirs ou qu'il se rend lui-même coupable de mobbing, il s'expose au versement de dommages-intérêts et à une réparation pour tort moral. Les dommages- intérêts visent à compenser la perte financière subie par la victime du harcèlement psychologique (p. ex. dénonciation du contrat de travail et chômage), la réparation vise à compenser le préjudice moral. Pour les cas graves (délits tels qu'injures, diffamation, voies de fait, délits sexuels, harcèlement téléphonique, etc.), il existe aussi des instruments de droit pénal. Si l'atteinte à la personnalité est grave et que l'employeur n'entreprend rien, la personne concernée peut cesser le travail tout en conservant son droit au salaire. Dans ces circonstances, un congé immédiat donné par la victime du mobbing pourra se justifier.

Il est important de savoir que les conflits sur le lieu de travail ou une mauvaise ambiance de travail ne constituent pas forcément du harcèlement psychologique au sens juridique. Ainsi, on ne parlera pas de mobbing si un collaborateur se voit demander d'accomplir ses obligations découlant du droit du travail, qu'un supérieur manque simplement d'un peu de tact ou que certains comportements isolés créent des tensions.

Résumé : Le comportement décrit ci-dessus ne représente pas à lui seul un cas de mobbing. Il manque l'intensité, la régularité et la durée qui caractérisent le harcèlement psychologique. Mais si la situation venait à se répéter continuellement sur plusieurs mois, elle pourrait se transformer en mobbing. La victime doit immédiatement informer son supérieur ou l'employeur et lui demander d'exhorter les auteurs à cesser leur comportement. Si le supérieur ou l'employeur ne réagit pas ou pas suffisamment, il s'expose au versement de dommages-intérêts et d'une indemnité pour tort moral. Le travailleur peut faire valoir ses droits en justice.

6. La fumée sur le lieu de travail

Ces derniers temps, les membres de la SSPM demandent de plus en plus souvent s'ils peuvent exiger d'interdire la fumée sur leur lieu de travail.

Réponse d'Yvette Kovacs :

Sur le plan du droit public, l'ordonnance relative à la loi sur le travail impose déjà à l'employeur de veiller, dans la mesure des possibilités de l'exploitation, à ce que les non-fumeurs ne soient pas incommodés par la fumée d'autres personnes. L'impression subjective d'incommodation est déjà une condition suffisante en soi, de sorte que la mise en danger effective de la santé n'et pas toujours nécessaire.

Sur le plan du droit privé, cette matière est régie par l'art. 328 CO (Code suisse des obligations). Dans un arrêt de principe rendu en février 2006 qui peut servir de guide, le Tribunal fédéral a considéré que l'employeur (p. ex. une école de musique) est tenu, en vertu du droit du travail, de protéger la personnalité du travailleur et de manifester notamment les égards voulus pour sa santé. Il doit s'abstenir lui-même de toute atteinte injustifiée à la santé du travailleur et le protéger contre de telles atteintes de la part de supérieurs, de collaborateurs ou de tiers. Pour protéger la vie et la santé du travailleur, il doit prendre les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique et adaptées aux conditions de l'exploitation, pour autant qu'elles soient raisonnablement

exigibles. Il a notamment l'obligation de veiller à ce que les locaux de travail et les autres locaux à l'usage des travailleurs, comme les ateliers, les escaliers, les sorties de secours, les ascenseurs, les corridors, les locaux de pause, les lavabos, les vestiaires, les toilettes, les cuisines, etc. soient convenablement équipés. Les prescriptions relatives à la protection contre la fumée passive découlent de ce devoir d'assistance.

Il incombe par conséquent à l'employeur de délimiter une zone où la fumée est autorisée (en tenant compte des possibilités d'aération). Si cette mesure ne suffit pas et que des travailleurs non-fumeurs sont encore incommodés, il devra décréter le cas échéant, à leur demande, une interdiction générale de fumer. Ces mesures de protection des non-fumeurs sont limitées par les principes de proportionnalité et de faisabilité. Autrement dit, elles doivent être économiquement supportables pour l'employeur et leurs coûts doivent demeurer dans un rapport raisonnable avec leur efficacité.

Résumé : Si l'employeur ne donne pas suite à la demande d'un travailleur qui souhaite des locaux sans fumée sur le lieu de travail, il enfreint son devoir d'assistance dès lors que cette mesure s'avère techniquement possible et qu'elle peut être raisonnablement exigée compte tenu des circonstances. Le travailleur peut faire valoir son droit à l'assistance en justice si l'employeur ne lui procure pas, dans un délai raisonnable, l'aide qu'il lui réclame.

7. La formation continue, un thème d'actualité:

Existe-t-il une obligation à cet égard, et qui en assume les coûts?
Question d'un membre de la SSPM :

Je suis employé à temps partiel dans différentes écoles de musique. La direction d'une de ces écoles où je travaille à 15% me demande à présent de suivre une formation continue dans la même mesure que mes collègues employés à 100%.

Réponse d'Yvette Kovacs :

La formation professionnelle continue est un thème politique et juridique d'une brûlante actualité. Celui qui veut avancer dans sa carrière ou même simplement conserver son emploi doit toujours tenir à jour ses connaissances. Il est dans l'intérêt de l'employeur comme de l'employé que ce dernier se forme en permanence. Du point de vue juridique, l'employeur doit protéger et respecter la personnalité du travailleur et notamment veiller à ce qu'il puisse suivre des cours de perfectionnement (art. 328 CO, Code suisse des obligations). A cet effet, il doit lui accorder les congés nécessaires à l'accomplissement de la formation continue requise. S'il s'agit d'une initiation à un nouveau travail ou d'une formation continue exigée par l'employeur, le temps consacré à cette formation est réputé temps de travail dû (ordonnance 1 relative à la loi sur le travail, art. 13, al. 4). Les coûts sont alors en totalité à la charge de l'employeur.

En revanche, si la formation continue est souhaitée par le travailleur, l'employeur doit lui accorder le congé correspondant dans la mesure où cela est possible et raisonnable. Dans ce cas, les coûts ne sont à la charge de l'employeur que s'il en a été convenu ainsi (article 327a CO).

Résumé et réponse à la question posée : si la formation continue est ordonnée par l'employeur, elle équivaut à un temps de travail complet qui doit être payé. Si elle dépasse la durée de travail convenue, il s'agit d'un travail supplémentaire qui ne peut être demandé au travailleur que s'il s'avère nécessaire et supportable. Ce travail supplémentaire doit être rémunéré avec un supplément de salaire de 25% au minimum ou être compensé par un congé de même durée. Les coûts de la formation continue doivent être supportés par l'employeur si c'est lui qui l'a ordonnée.

8. Salaire en cas d'empêchement de travailler:

Est-il vrai que je n'ai pas droit à mon salaire en cas de maladie?

Question d'un membre de la SSPM :

Je suis employé depuis plus de dix ans dans une école de musique. L'an passé, j'ai été malade pendant deux mois et l'école de musique a dû engager un remplaçant. Elle m'a informé que pour couvrir les coûts

occasionnés, mon salaire serait versé à ce dernier et qu'en contrepartie je n'aurai pas besoin de rattraper les heures non effectuées.

Dois-je accepter cela?

Réponse d'Yvette Kovacs :

Aux termes de l'art. 324a CO (Code suisse des obligations), si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique, et que les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois, l'employeur doit lui verser son salaire pour un temps limité. Sous réserve de délais plus longs fixés par accord, contrat-type de travail ou convention collective, l'employeur paie pendant la première année de service le salaire de trois semaines et, ensuite, le salaire pour une période plus longue fixée équitablement.

Quelques tribunaux cantonaux ont développé des échelles qui définissent concrètement la durée appropriée du versement du salaire à partir de la deuxième année de service. Trois échelles reconnues, celles de Berne, de Zurich et de Bâle, fixent de manière différente les obligations en la matière pour certains cantons. En principe, tous les cas d'empêchement de travailler survenus pendant une année de service sont additionnés. D'autre part, le salaire dû pendant la maladie équivaut normalement au plein salaire. Il existe une exception lorsque le travailleur est assuré obligatoirement, en vertu d'une disposition légale, contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler qui ne provient pas de sa faute : si les prestations d'assurance couvrent au moins 80 % du salaire, l'employeur n'a pas besoin dans ce cas de verser le salaire.

La protection du travailleur contre le congé donné pendant une période de maladie fait l'objet d'une réglementation spéciale qui doit être distinguée de ces obligations et qui n'est pas traitée ici.

Résumé : Dans ce cas concret, le membre de la SSPM a travaillé pendant plus de dix ans pour l'école de musique. La durée de versement du salaire prévue pour dix année de service est de 17 semaines selon l'échelle bernoise, de 16 semaines selon l'échelle zurichoise, et de 13 semaines selon l'échelle bâloise. Ce qui signifie que pour deux mois de maladie (8 semaines), l'obligation de payer le salaire s'applique sans discussion dans tous les cantons. Le travailleur n'a pas à rattraper ses heures ni à payer le remplacement avec son propre salaire. Il s'agit d'un risque inhérent à l'exploitation qui relève de l'employeur. L'école de musique doit donc verser sans condition la totalité du salaire au membre pendant les deux mois de maladie (sauf si elle dispose d'une assurance dont les prestations couvrent au moins 80 % du salaire). C'est à elle d'organiser le cas échéant un remplacement et ses modalités, et elle ne peut pas imposer de déduction de salaire au travailleur. Il existerait une exception si d'autres absences soumises à l'obligation du paiement du salaire étaient survenues la même année de service. Dans ce cas, toutes les périodes d'absences devraient être additionnées et le paiement obligatoire du salaire serait calculé sur cette base.

9. Résiliation des rapports de travail en cas de maladie

Une employée a dû être hospitalisée en raison de graves problèmes de santé. Une semaine après, l'école de musique lui a donné son congé avec effet immédiat en expliquant qu'il lui était impossible d'attendre sa guérison et qu'elle devait tout de suite engager un nouvel enseignant pour les élèves.

Est-ce admissible?

Réponse d'Yvette Kovacs :

L'art. 336c CO (Code suisse des obligations) stipule en autres qu'après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputables à la faute du travailleur, et cela, durant 30 jours au cours de la première année de service, durant 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service et durant 180 jours à partir de la sixième année de service. Le congé donné pendant une de ces périodes est nul. Les accords contractuels dérogeant à ces prescriptions ne sont admis que s'ils prévoient des conditions plus favorables pour le travailleur.

Après le temps d'essai, le rapport de travail ne peut donc pas être résilié avec effet immédiat, mais seulement après un délai de préavis qui dépend du nombre d'années de service. La résiliation immédiate n'est admise que

dans des cas exceptionnels et s'il existe de justes motifs qui ne permettent pas d'exiger la continuation des rapports de travail.

La question de savoir si et pendant combien de temps l'employeur doit verser le salaire à un employé malade dans l'incapacité de travailler est un autre problème, qui doit être clairement distingué du congé pour cause de maladie. En effet, il est tout à fait possible qu'après un certain temps, le travailleur perde son droit au versement du salaire même s'il ne peut pas être licencié.

L'art. 324a CO prévoit que si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour cause de maladie ou pour une autre raison, et que les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois, l'employeur doit lui verser son salaire pour un temps limité. Sous réserve de délais plus longs fixés par accord, contrat-type de travail ou convention collective, l'employeur paie pendant la première année de service le salaire de trois semaines et, ensuite, le salaire pour une période plus longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières. Ces principes s'appliquent également en cas de grossesse et de maternité de l'employée. La durée de cette « période fixée équitablement » est très différente suivant les régions. C'est ainsi que les tribunaux cantonaux ont développé trois échelles, « l'échelle bernoise », « l'échelle zurichoise » et « l'échelle bâloise », qui précisent le droit au versement du salaire en semaines en fonction des années de service.

Résumé: Un congé donné lors d'une maladie est nul et n'a aucun effet juridique pendant les délais d'interdiction fixés par la loi. La question de la durée du versement du salaire pendant le rapport de travail doit être clarifiée séparément. Celle-ci dépend aussi de la durée des rapports de travail ainsi que des échelles des tribunaux en vigueur au niveau régional. Dans le cas discuté ici, il s'est avéré que le rapport de travail ne pouvait être résilié qu'après 180 jours et avec un délai de préavis de trois mois pour la fin d'un mois. L'emploi a donc encore été maintenu pendant 9 mois environ. En revanche, l'obligation de versement du salaire a déjà cessé après 14 semaines, soit trois mois et demi environ.

Cet exemple montre que la protection contre le congé, si elle peut contribuer à conserver un poste, ne garantit nullement la sécurité financière de l'emploi en cas de perte de salaire.

10. Une école de musique peut-elle changer sans autre l'attribution d'un élève?

Question d'un membre de la SSPM :

La direction de mon école de musique m'a attribué un nouvel élève au début du semestre scolaire. Quelques jours après, elle m'a fait savoir que celui-ci avait été confié à un autre enseignant. Est-ce juridiquement correct ?

Réponse d'Yvette Kovacs :

En principe, les rapports entre le professeur et l'école de musique sont régis par un contrat d'engagement ainsi que par des règlements scolaire/d'engagement/salarial et d'éventuelles directives concernant des domaines spécifiques (assurances, etc.). A cela s'ajoutent, suivant la forme juridique, la réglementation scolaire de droit public correspondante ou, sur le plan du droit privé, le Code civil suisse (CC) et le Code des obligations (CO). Du point de vue juridique, il existe, d'une part, ce que l'on appelle un contrat d'enseignement entre l'élève (ou ses parents) et l'école, et, d'autre part, un rapport de droit public (cas de plus en plus rare aujourd'hui) ou un contrat de travail de droit privé (cas le plus courant) au sens des art. 319 ss CO entre l'école de musique et l'enseignant. Les rapports de travail sont conclus régulièrement pour une durée indéterminée et peuvent être résiliés moyennant le respect d'un délai de préavis et d'un terme de résiliation (généralement la fin d'un semestre). La charge d'enseignement concrète du professeur est fixée à chaque semestre en fonction du nombre d'élèves et de l'offre. Une fois qu'elle a été définie, tout changement est assimilé à une résiliation partielle ou complète du contrat de travail et n'est donc possible qu'en respectant le délai et le terme de résiliation. Si l'employeur ne veut pas utiliser les services du professeur pour des leçons qui lui avaient été attribuées, il se trouve en demeure et est tenu de payer le salaire sans que l'enseignant doive encore fournir son travail (Art. 324 CO).

Dans le cas à juger, un contrat d'engagement stipulait que la charge d'enseignement était à convenir de semestre en semestre. D'autre part, un règlement scolaire précisait que le retrait ou le changement d'attribution d'un élève devait être annoncé par écrit à la direction de l'école locale dans un délai donné et que le professeur de musique

devait en être informé au préalable. En l'absence de demande écrite de retrait ou de changement formulée dans les délais, la durée du contrat et l'obligation de paiement étaient automatiquement prolongées d'un semestre. Le règlement prévoyait en outre que, sur demande justifiée d'un professeur ou d'un élève, la direction de l'école locale pouvait procéder à un changement d'attribution pour le semestre suivant. Il précisait aussi qu'en principe, c'est la direction qui était chargée de répartir les élèves en tenant compte dans la mesure du possible des souhaits exprimés.

Résumé: Dans le cas discuté ici, la direction de l'école de musique a dû reconnaître qu'un changement arbitraire après l'attribution formelle d'un élève n'était pas juridiquement correct. L'école devait bien plutôt soit proposer un élève de remplacement, soit payer le salaire du semestre à l'enseignant sans élève et attendre le semestre suivant pour procéder au changement. Lorsque ces règles ne sont pas respectées, l'enseignant a tout intérêt à protester immédiatement par écrit, en conservant un moyen de preuve (lettre recommandée, fax avec protocole, e-mail avec attestation de lecture) auprès de l'école de musique en lui proposant tout de suite ses services. S'il ne le fait pas, cela signifie qu'il prend acte de la réduction de sa charge d'enseignement et qu'il l'accepte sans objection. Si l'école de musique campe sur sa décision, il restera la voie du tribunal des prud'hommes pour régler le désaccord. Cela dit, il suffit la plupart du temps que l'école de musique reçoive des explications sur la situation juridique pour qu'elle agisse conformément au droit. Les directeurs d'écoles de musique n'ont généralement pas de formation juridique, de sorte qu'une information adéquate peut faire des miracles.

11. Le congé sous réserve de modification:

Dois-je accepter une modification de mon contrat de travail faite sous la menace de licenciement?

Question d'un membre de la SSPM :

L'école de musique où je suis employée depuis 12 ans comme enseignante m'a soumis au milieu d'un semestre un nouveau contrat de travail prévoyant une réduction de 25 % de mon salaire actuel avec effet immédiat. La lettre d'accompagnement précisait que si je n'acceptais pas les termes du nouveau contrat, le rapport de travail ne serait pas reconduit. Comment dois-je réagir?

Réponse d'Yvette Kovacs :

La fin des rapports de travail est réglée par les articles 334 ss. CO (Code suisse des obligations). Selon ceux-ci, le contrat de durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. Sous réserve d'une résiliation abusive ou d'une résiliation en temps inopportun, le congé peut être donné pour n'importe quel motif à condition de respecter les délais réglementaires. Le procédé dit du congé sous réserve de modification, par lequel une partie propose à l'autre de nouvelles conditions contractuelles tout en lui signifiant son congé au cas où elle n'accepterait pas les nouvelles conditions proposées, est juridiquement correct. Cette pratique n'étant pas réglementée par le droit des obligations, ce sont les règles normales pour les congés qui s'appliquent.

Un congé sous réserve de modification n'est toutefois admissible que s'il ne prend pas effet immédiatement au détriment du travailleur, mais seulement à l'échéance du délai de congé contractuel ou légal. Pendant le cours de ce délai, les conditions de travail actuelles restent en vigueur. Si l'employé refuse les termes du nouveau contrat, l'ancienne réglementation reste en vigueur. Si, au moment de soumettre la nouvelle proposition, l'employeur lui a clairement annoncé qu'il serait licencié en cas de refus, le rapport de travail prendra fin à l'échéance du délai de congé. En revanche, s'il ne l'a que menacé de licenciement, les conditions de travail actuelles restent en vigueur jusqu'à ce qu'un congé ordinaire soit donné dans les règles et prenne effet.

Résumé: Le congé sous réserve de modification est en principe admissible, même après de nombreuses années de service. Cependant, les délais et termes de résiliation normaux doivent être respectés. Dans le cas concret discuté ici, une modification immédiate du contrat ne serait donc pas possible. Elle ne pourrait intervenir que pour le prochain terme de résiliation à l'échéance du délai de congé ordinaire. Jusque-là, le membre de la SSPM a donc la possibilité de poursuivre son travail aux conditions actuelles, après quoi il pourra soit accepter les nouvelles conditions contractuelles, soit les rejeter, ce qui entraînera la résiliation des rapports de travail. Il ne faut en aucun cas accepter une modification immédiate des conditions de travail. Le travailleur devrait tout de suite s'y opposer pour ne pas donner l'apparence de l'approuver, et la contester en conservant un moyen de preuve (lettre recommandée, fax avec protocole, e-mail avec attestation de lecture).

12. Droit au chômage en cas de diminution du taux d'occupation

Les professeurs de musique sont confrontés au problème spécifique du chômage rampant. Le taux d'occupation des enseignants employés par des écoles de musique varie d'un semestre à l'autre, et la perte de 1 à 2 heures hebdomadaires par semestre peut finalement entraîner la perte pure et simple de l'emploi. C'est ainsi que de nombreuses personnes se tournent vers le conseil juridique pour savoir si elles ont droit aux indemnités de chômage et s'informer sur les démarches à entreprendre.

Réponse d'Yvette Kovacs :

1. Vous avez droit à l'indemnité de chômage si vous remplissez toutes les sept conditions suivantes:
2. Vous êtes sans emploi ou partiellement sans emploi.
3. Vous avez subi une perte de travail à prendre en considération qui a entraîné une perte de salaire: la perte de travail donne droit à l'indemnité lorsqu'elle dure au moins deux journées de travail consécutives et qu'elle se traduit par un manque à gagner correspondant. La perte de travail des assurés partiellement sans emploi est prise en considération lorsqu'elle s'élève au moins à deux jours entiers de travail en l'espace de deux semaines. Dans ce cas, il suffit que le nombre d'heures perdues sur deux semaines consécutives représente l'équivalent de deux jours entiers de travail. La perte de salaire doit être supérieure à respectivement 20 ou 30 % du gain assuré, sachant que l'indemnité journalière s'élève à respectivement 70 ou 80 % du gain assuré. Cette perte de gain minimale est une condition pour avoir droit à l'indemnité journalière.
4. Vous êtes domicilié en Suisse.
5. Vous avez achevé votre scolarité obligatoire, vous n'avez pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touchez pas de rente de vieillesse de l'AVS.
6. Vous remplissez les conditions relatives à la période de cotisation ou en êtes libéré. L'assuré doit avoir cotisé pendant 12 mois au moins au cours des deux années précédant la première inscription (délai-cadre pour la période de cotisation : 2 ans).
7. Vous êtes apte au placement. Le chômeur doit être disposé à accepter un travail convenable, être apte au travail et disponible. Il doit entreprendre tout ce qu'on peut raisonnablement exiger de lui pour éviter le chômage ou l'abréger. La question de savoir si un travail est convenable est évaluée au cas par cas en fonction des conditions de travail usuelles pour la région et la profession ainsi que des aptitudes, de l'activité précédemment exercée et de la situation personnelle du chômeur.

   Vous satisfaites aux exigences du contrôle. Le chômeur doit se présenter personnellement, participer aux entretiens de conseil et se soumettre aux contrôles. Il n'existe malheureusement pas de réglementation particulière en cas de diminution progressive de la charge de travail. Ce n'est qu'à partir du moment où la perte de travail et de salaire atteint 20 ou 30 % que l'on peut faire valoir son droit à une indemnité de chômage.

   Le calcul de l'indemnité journalière se base sur le dernier salaire mensuel ou, le cas échéant (voir ci-dessus), sur la moyenne des 12 derniers mois. Ce qui provient d'activités antérieures avec des taux d'occupation plus élevés n'est pas pris en considération. Dès que ces sept conditions sont remplies, il faut immédiatement s'inscrire comme chômeur et se présenter à l'ORP ou auprès de la commune de domicile avec les documents suivants:

   - Attestation de domicile;
   - Certificat d'assurance AVS;
   - Lettre de résiliation;
   - Certificats de travail du dernier employeur et d'emplois précédents; diplômes;
   - Attestations de formation et de perfectionnement;

- Preuve des démarches entreprises pour trouver du travail pendant le délai de résiliation; le cas échéant, certificats médicaux et notifications de décisions relatives à des demandes de pension.

13. La motivation du congé dans les rapports de travail: Puis-je me défendre en cas de licenciement non motivé ?

Question d'un membre de la SSPM :

La direction de l'école de musique m'a licencié. Lorsque j'ai voulu connaître les raisons de cette décision, on m'a simplement répondu : « tout le monde sait pourquoi ». Dois-je accepter cela?

Réponse d'Yvette Kovacs :

L'art. 335 CO (Code suisse des obligations) stipule que le contrat de durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. Il en va autrement des contrats de travail à durée déterminée, qui doivent être menés à terme, sauf si de justes motifs ne permettent pas d'exiger la continuation des rapports de travail. La partie qui donne le congé doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande.

Il ressort de ces dispositions que les deux parties au contrat de travail (travailleur et employeur) peuvent faire valoir un droit à la motivation écrite du congé. Celle-ci doit permettre d'évaluer si le congé est abusif ou injustifié. Si la partie qui donne le congé refuse d'indiquer les motifs ou invoque de fausses raisons, il s'agit d'une violation du contrat qui peut donner lieu à des dommages-intérêts, par exemple au cas où il en résulterait des dépenses inutiles pour un procès. La partie qui donne le congé sans le motiver ou en le motivant de manière inexacte peut être poursuivie en justice pour qu'elle fournisse les vrais motifs.

Le contenu de la motivation doit être véridique, complet et communiqué dans les brefs délais usuels. Les raisons du congé doivent aussi être portées à la connaissance de la caisse de chômage.

L'obligation de motiver le congé vaut également durant le temps d'essai et en cas de résiliation immédiate du contrat de travail.

En principe, l'employeur peut donner le congé pour n'importe quelles raisons dès lors qu'elles sont véridiques et objectives. Demeurent réservées les résiliations dites « abusives » au sens de l'art. 336 CO. Le congé est abusif lorsqu'il est donné notamment:

- pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie
- en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel
- seulement afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques de l'autre partie, résultant du contrat de travail
- parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail
- parce que l'autre partie accomplit un service obligatoire, militaire ou dans la protection civile
- en raison de l'appartenance du travailleur à une organisation de travailleurs

Cette énumération n'est pas exhaustive. Il faut toutefois savoir que la résiliation abusive ne donne droit qu'à des dommages-intérêts et non à la poursuite des rapports de travail. Attention : la partie concernée doit faire opposition par écrit auprès de l'autre partie au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé et, si les parties ne s'entendent pas, agir par voie d'action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat, sous peine de péremption (articles 336a et b CO).

En résumé, le refus de donner une motivation écrite ne change rien à la validité du congé. Le fait qu'une motivation soit refusée ou inexacte ne permet pas de demander la poursuite des rapports de travail. En revanche, il est possible de saisir la justice pour faire respecter l'obligation de motiver et, le cas échéant, de réclamer des dommages-intérêts.

Résumé: L'école de musique a manifestement agi de façon illicite, car elle a l'obligation de motiver le congé. Le respect de cette obligation pourra être obtenu d'abord par une demande écrite puis, en cas de refus persistant, par une action en justice.

14. Droit à un certificat de travail

Question d'un membre de la SSPM :

Je suis employé à temps partiel dans une école de musique où j'enseigne un très petit nombre d'heures. J'ai demandé à la direction de me fournir un certificat de travail. Il m'a été répondu qu'en raison de mon taux d'occupation limité, je ne recevrai qu'une attestation sur la nature et la durée des rapports de travail, faute d'avoir pu évaluer mon activité d'enseignement. Dois-je accepter cela?

Réponse d'Yvette Kovacs :

L'art. 330a CO (Code suisse des obligations) énonce ceci:

« Le travailleur peut demander en tout temps à l'employeur un certificat portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite. A la demande expresse du travailleur, le certificat ne porte que sur la nature et la durée des rapports de travail. »

Il ressort de cette disposition que l'employeur est tenu de délivrer un certificat au travailleur qui en fait la demande, et cela en tout temps, c'est à dire aussi bien pendant les rapports de travail (certificat intermédiaire) qu'à la fin de ceux-ci ou ultérieurement (certificat final). Le travailleur peut exiger soit un certificat complet qui renferme des indications non seulement sur la nature et la durée de l'emploi, mais aussi sur la qualité de son travail et sur sa conduite, soit une simple attestation ne portant que sur la nature et la durée des rapports de travail. Si le travailleur souhaite un certificat complet, l'employeur n'a pas le droit de le lui refuser.

Les indications factuelles figurant dans le certificat doivent être conformes à la vérité. En outre, le certificat ne doit pas compliquer inutilement l'avenir économique de l'employé et doit donc en principe être formulé favorablement.

L'employeur a l'obligation d'entreprendre tout ce qui est raisonnablement possible pour se procurer les informations nécessaires à l'établissement d'un certificat complet. S'il n'a pas connaissance de plaintes ou de réclamations, il doit en principe établir un bon certificat. Le fait qu'il n'accomplisse pas son devoir de surveillance et d'information par rapport au travail de son employé ne le dégage pas de ses obligations.

Le droit à un certificat de travail est impératif (art. 362 CO). Ainsi, le travailleur ne pourrait pas renoncer valablement par avance à l'établissement d'un certificat (par exemple dans le contrat de travail), et l'employeur n'a pas le droit de subordonner la délivrance du certificat au règlement préalable de créances quelconques qu'il pourrait avoir envers lui.

En conséquence, le travailleur a la possibilité d'agir en justice pour exiger un certificat ou demander la rectification d'un certificat incorrect dans sa forme ou son contenu (simple attestation de travail au lieu de certificat complet).

L'employeur qui délivre un certificat non conforme à la vérité engage sa responsabilité aussi bien envers le travailleur que vis-à-vis de tiers.

Résumé : Il ne faut pas se contenter d'une simple attestation de travail. On a droit à un certificat complet et on peut faire valoir ce droit devant les tribunaux si nécessaire.

15. Références fournies par un ancien employeur à un nouvel employeur potentiel

Question d'un membre de la SSPM :

J'avais un excellent poste en vue lorsque soudain, l'école de musique a refusé ma candidature. À ma demande, on m'a expliqué que les références fournies par mon ancien employeur étaient insatisfaisantes.

Puis-je faire opposition?

Réponse d'Yvette Kovacs :

Les références sont des renseignements fournis par l'ancien employeur à un nouvel employeur potentiel au sujet d'un travailleur. Elles doivent permettre de préciser l'image qui se dégage du certificat de travail et d'obtenir des renseignements plus détaillés en cas de questions.

Normalement, les références doivent respecter les principes régissant l'établissement d'un certificat de travail au sens de l'art. 330a CO (Code suisse des obligations). Elles doivent donc être conformes à la vérité et se limiter aux qualifications du travailleur pour le poste considéré. Elles ne doivent pas l'empêcher inutilement d'obtenir un nouvel emploi.

La demande et la fourniture de références relèvent du traitement de données personnelles (art. 328 b CO et loi sur la protection des données). Ce qui signifie qu'aujourd'hui, des références ne peuvent être demandées ou fournies qu'avec l'accord du travailleur, car elles servent généralement à évaluer la personnalité de celui-ci et représentent donc des données personnelles à protéger. A partir du moment où le travailleur mentionne une personne de référence dans son dossier de candidature, on considère qu'il accepte que des références soient demandées à cette personne.

Si ces principes ne sont pas respectés, le travailleur peut réclamer des dommages-intérêts et une réparation pour tort moral aux employeurs qui ont échangé des informations. S'il existe un risque que l'ancien employeur porte atteinte à sa personnalité en fournissant des références erronées, le travailleur peut saisir le juge afin qu'il interdise à cet employeur de fournir les références contestées.

Résumé: On ne peut pas apporter de réponse définitive à la question du membre de la SSPM. Pour cela, il faudrait savoir, d'une part, si l'ancien employeur était autorisé à fournir des références (le travailleur l'a-t-il mentionné comme personne de référence?), et s'assurer, d'autre part, que ces références correspondent à la vérité. Si l'un de ces critères fait défaut, la fourniture de références était illicite. Dans ce cas, l'ancien employeur s'expose au paiement de dommages-intérêts et à une interdiction judiciaire de fournir ce genre de références.

16. Les écoles de musique et la politique

Les professeurs de musique ont-ils le droit de distribuer des tracts politiques à leurs élèves pour qu'ils les remettent à leurs parents?

Réponse d'Yvette Kovacs :

1. Une école de musique a-t-elle le droit de prendre position lors d'élections ou de votations?

   Les entreprises publiques subventionnées par l'État sont tenues à la neutralité lors d'élections et de votations, à plus forte raison lorsque leur mandat public est en discussion et que les électeurs doivent pouvoir décider sans être influencés par elles ni par les autorités.
   Les entreprises publiques ne peuvent intervenir dans des votations que dans des circonstances particulières, notamment lorsque l'exécution de leur mandat légal ou statutaire est en cause ou qu'elles défendent leurs intérêts (économiques), étant ainsi touchées de la même façon que le serait une personne privée. Dans de tels cas, elles doivent toutefois exposer leurs intérêts de façon objective et respecter en la matière des exigences plus sévères que celles qui pourraient être imposées à des particuliers. La violation de ces principes peut conduire à l'annulation d'une élection ou d'une votation qui aurait ou pourrait avoir été influencée par l'intervention abusive.
   Dans le cas concret, la possibilité de participer à la campagne précédant la votation dépend de la façon dont le prospectus est conçu: il ne doit contenir que des informations et prises de position factuelles et objectives, et ne doit pas induire en erreur le citoyen dans sa manière de voter.

2. Le professeur de musique a-t-il le droit de distribuer des tracts aux élèves dans l'école de musique?

   Les professeurs de musique sont des travailleurs, au sens des art. 319 ss CO, employés par une école de musique. Dans ce cadre, ils doivent se montrer loyaux et sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur (art. 321a CO).
   Si le professeur veut distribuer des tracts, il peut le faire pour autant que cette activité ne viole pas déjà en soi son devoir de loyauté envers l'école de musique. Or, l'usage abusif d'installations de l'entreprise à des fins privées est expressément qualifié de contraire au devoir de fidélité au sens de l'art. 321a CO. Par conséquent, le fait que le professeur distribue des tracts politiques dans les locaux de l'école peut déjà constituer un abus

de l'école en tant qu'institution, d'autant plus que cela pourrait laisser penser que les tracts proviennent de cette dernière.
L'art. 336 al. 1 let. b CO stipule certes qu'un congé est abusif lorsqu'il est donné en raison de l'exercice par le travailleur d'un droit constitutionnel. Demeure toutefois réservé le cas où l'exercice du droit viole un devoir résultant du rapport de travail ou affecte la collaboration au sein de l'entreprise. Il est difficile de trancher sur la base de la doctrine et de la jurisprudence lorsque le travailleur invoque la liberté d'opinion dans des affaires qui touchent aux intérêts de l'entreprise en tant qu'employeur. La pesée, dans le cas concret, des intérêts de l'employeur d'une part (soutien strict des objectifs de l'entreprise) et du travailleur de l'autre (libre développement de sa personnalité, en particulier liberté d'expression dans le domaine politique), n'est pas chose aisée. Selon les circonstances, l'employeur a le droit de prendre des mesures pour interdire les prises de position publiques du travailleur.
Une violation du devoir de fidélité par la distribution de tracts politiques peut avoir les conséquences juridiques suivantes:

- Possibilité pour l'employeur d'agir en justice contre le travailleur pour obtenir la cessation de la violation de son devoir de fidélité.
- La violation peut constituer un motif de demande de dommages-intérêts et de réparation pour tort moral.
- Le cas échéant, elle peut entraîner la résiliation immédiate du contrat par l'employeur en cas de violations graves.

Résumé: D'une manière générale, il est recommandé aux enseignants de toujours s'assurer préalablement auprès de leur école (employeur) que la distribution de tracts politiques est souhaitée ou autorisée. C'est la seule façon pour eux de se mettre à l'abri de mauvaises surprises.

17. Contrat d'enseignement privé : résiliation immédiate

Question d'un membre de la SSPM :

Je suis professeur de piano et j'enseigne depuis des années à domicile. Un de mes élèves m'a soudain annoncé qu'il avait fait la connaissance d'un nouveau professeur et qu'il cessait dès maintenant de suivre mes cours pour les poursuivre avec lui. En a-t-il le droit? Doit-il respecter un délai de résiliation et pendant combien de temps ai-je droit à mes honoraires?

Réponse d'Yvette Kovacs :

En concluant un contrat d'enseignement privé avec un étudiant, le professeur de musique s'engage à lui apprendre à jouer d'un instrument et à lui transmettre le savoir théorique et pratique nécessaire à cet effet. Le contrat entre le professeur de musique privé et son élève est considéré comme un mandat au sens des art. 394 ss CO (Code suisse des obligations). Quant au contrat entre une école de musique, le professeur engagé par cette dernière et l'étudiant ou ses parents, il obéit à d'autres règles qui ne seront pas discutées ici.

Peuvent également s'ajouter des éléments du contrat de vente si le professeur propose des moyens d'enseignement et des outils techniques, et des dispositions régissant le paiement par acomptes lorsque les honoraires de l'enseignement sont réglés sous cette forme.

L'art. 404 CO stipule que le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps. Celle des parties qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun doit toutefois indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause. La loi ne prévoit ni délai, ni terme de résiliation ni obligation de motiver celle-ci. Selon la jurisprudence dominante du Tribunal fédéral, ce droit de libre résiliation est impératif: les parties ne peuvent s'y soustraire, et elles ne peuvent pas non plus convenir d'autres réglementations par contrat.

Cette particularité du droit du mandat (une caractéristique des autres types de contrats est que l'engagement contractuel empêche précisément la libre résiliation) est très controversée et soulève de nombreuses critiques. Car souvent un contrat peut ainsi être résilié sans avertissement préalable et sans justification, ce qui entraîne l'extinction immédiate des prétentions réciproques, le droit aux honoraires du professeur se limitant dès lors aux leçons déjà données.

Demeure réservée la résiliation en temps inopportun, c'est-à-dire la résiliation faite sans justification matérielle à un moment défavorable, qui entraîne des désavantages particuliers pour l'autre partie. Aux honoraires pour les leçons données peuvent s'ajouter dans ce cas des prétentions en dommages-intérêts. Cela suppose toutefois que la partie touchée n'ait pas elle- même violé d'obligations contractuelles et qu'elle n'ait pas fourni de motif justifiant objectivement la résiliation du contrat. Les dommages-intérêts sont exigibles indépendamment de toute faute et correspondent à l'intérêt dit négatif à l'exécution du contrat. Autrement dit, le professeur doit être mis dans la situation où il se trouverait s'il n'avait pas conclu le contrat avec son élève: l'intérêt négatif comprend les frais occasionnés par la conclusion du contrat, les dispositions devenues inutiles en raison de la résiliation (location de locaux et d'appareils), les frais généraux pour les préparatifs techniques et, exceptionnellement, le manque à gagner s'il est prouvé que d'autres mandats rémunérés ont été refusés et qu'ils ne peuvent être compensés par de nouveaux mandats (refus d'autres élèves pour garder la place de l'étudiant qui a résilié le contrat). Le manque à gagner découle donc de l'impossibilité de compenser les leçons perdues.

Résumé: L'élève peut résilier en tout temps le contrat d'enseignement privé avec son professeur. Le professeur n'a droit qu'aux honoraires pour les leçons déjà données. D'éventuels délais ou termes de résiliation qui auraient été convenus ne sont pas valables, car ils violent une disposition légale de droit impérative. Le professeur n'a droit à des dommages-intérêts qu'en cas de résiliation en temps inopportun.

18. À partir de quand le fait de s'exercer devient-il une nuisance sonore?

Question d'un membre de la SSPM :

Je fais de la musique environ deux heures par jour en respectant les heures de repos durant la journée et la nuit. Est-ce une immission excessive vis-à-vis des autres locataires? Telle est la question posée par un membre de la SSPM à la conseillère juridique de la SSPM, Mme Yvette Kovacs. Voici sa réponse.

Réponse d'Yvette Kovacs :

L'art. 257 f al. 2 CO (Code suisse des obligations) stipule que dans un immeuble, le locataire est tenu d'avoir pour les personnes habitant la maison et les voisins les égards qui leur sont dus. Lorsque le maintien du bail est devenu insupportable pour le bailleur ou les personnes habitant la maison parce que le locataire, nonobstant une protestation écrite du bailleur, persiste à enfreindre son devoir de diligence ou à manquer d'égards envers les voisins, le bailleur peut résilier le contrat avec effet immédiat; les baux d'habitations et de locaux commerciaux peuvent être résiliés moyennant un délai de congé minimum de 30 jours pour la fin d'un mois.

L'étendue de cette obligation de comportement imposée aux locataires découle en outre généralement des dispositions particulières figurant dans le contrat de bail ainsi que des règlements d'immeuble, pour autant que ceux-ci soient devenus partie intégrante dudit contrat.

N'importe quel désagrément occasionné aux autres locataires ne constitue pas forcément une violation de cette obligation. Au contraire, les locataires d'un immeuble comprenant plusieurs familles doivent se montrer tolérants et s'accommoder des dérangements et restrictions découlant de l'usage normal de la chose louée par les locataires. Pour que le locataire enfreigne ses obligations, il faut un dérangement qui aille au-delà de la normale. Si l'appartement est utilisé de façon conforme au contrat, les désagréments qui en résultent pour les autres sont inévitables et doivent donc être tolérés. C'est ainsi que la pratique de la musique à un niveau sonore modéré aux heures autorisées par le contrat de bail et le règlement d'immeuble représente un bruit admissible.

Ces notions (atteinte excessive, niveau sonore modéré, etc.) ne sont pas clairement définies et laissent toujours une marge d'appréciation. On ne peut donc pas donner de réponse universelle chiffrée à la question de savoir quand la pratique musicale est admissible ou non. En principe, on prend comme référence un locataire normal ayant des besoins normaux et vivant dans une maison normale. Ensuite, l'appréciation tient compte des spécificités telles qu'un type de construction particulièrement sonore ou une sensibilité particulière des voisins. Les usages locaux et le niveau général de pollution sonore sont également des critères qui entrent en ligne de compte.

Conclusion: En règle générale, on peut considérer que faire de la musique ou travailler son instrument une heure le matin et une heure l'après-midi en dehors des périodes de repos est certainement admissible. Si la durée des exercices est nettement plus longue, que le musicien travaille un morceau assez long avec des collègues, que son instrument est particulièrement strident et pénétrant ou la maison particulièrement sonore,

le musicien doit alors chercher un local de répétition spécifique. Il peut aussi se mettre en contact avec ses voisins et convenir avec eux d'heures adéquates pour répéter (pendant leur absence ou selon leurs désirs). Le plus important est de chercher une solution à l'amiable selon la devise « vivre et laisser vivre sous un même toit », avant que les désaccords ne s'aggravent et surtout avant qu'un locataire ne se tourne vers le bailleur ou vers les tribunaux.

19. Accident sur le chemin du travail – suis-je assuré si j'occupe un poste à temps partiel?

Question d'un membre de la SSPM :

Employée à temps partiel comme professeur de flûte dans plusieurs écoles de musique, j'ai eu un accident de vélo en me rendant à mon travail. A présent l'école de musique prétend que les collaborateurs à temps partiel ne sont pas assurés contre les accidents et qu'ils n'ont pas droit à des prestations en cas d'accident, encore moins s'ils surviennent hors de l'école de musique.

Comment la situation se présent-elle du point de vue juridique? Ai-je quand même droit à des prestations?

Réponse d'Yvette Kovacs :

Le nombre de professeurs de musique exerçant plusieurs emplois à temps partiel ne cesse d'augmenter. C'est pourquoi les cas d'accidents où se pose ce genre de questions sont de plus en plus fréquents.

Les employés à temps partiels sont assurés contre les accidents professionnels. Ils le sont aussi contre les accidents non professionnels dès que la durée de travail hebdomadaire auprès d'un employeur atteint au moins 8 heures. En revanche, si le collaborateur a deux emplois de moins de 8 heures chacun, il n'est pas obligatoirement assuré contre les accidents non professionnels, même si la durée totale dépasse 8 heures par semaine. En effet, les emplois auprès de plusieurs employeurs ne sont pas additionnés pour le décompte du nombre minimal d'heures exigées. Si le temps de travail minimal par employeur n'est pas atteint, ces derniers ne paient pas de prime pour les accidents non professionnels, et le travailleur n'est pas soumis à la LAA dans ce domaine. Il ne peut s'assurer qu'à titre privé. A l'inverse, il suffit qu'un rapport de travail atteigne au moins 8 heures par semaine pour que le travailleur soit obligatoirement assuré contre les accidents non professionnels et cela pour toutes les pertes de salaire additionnées.

En cas d'accident sur le chemin du travail, il se pose la question de savoir si celui-ci constitue un accident professionnel ou un accident non professionnel. Est considéré comme chemin du travail, le trajet que l'assuré doit emprunter pour se rendre de son domicile à son lieu de travail. En principe, il doit s'agir du chemin le plus court parcouru sans interruption. Aujourd'hui, la jurisprudence tolère toutefois une interruption insignifiante d'une heure au maximum pour régler de petites affaires en chemin sans que le trajet soit fondamentalement modifié. Mais si le détour modifie ou rallonge considérablement le trajet, l'accident n'est plus considéré comme un accident du travail, car la personne a quitté le chemin du travail. Le travailleur n'est alors couvert que s'il est aussi assuré contre les accidents non professionnels.

Dans le cas concret qui nous intéresse, il s'agit d'un accident de vélo qui s'est produit sur le chemin menant directement du domicile du membre de la SSPM à l'école de musique où il travaille. La direction de cette dernière doit donc faire valoir le dommage auprès de l'assurance-accidents dans le cadre de l'assurance sur les accidents professionnels. En même temps, l'école de musique doit verser son salaire à l'enseignante accidentée pour cause d'empêchement de travailler sans faute de sa part, comme en cas de maladie. Dans la mesure où l'employeur verse cette prestation, il est en droit de recourir aux prestations de l'assurance sur les accidents-professionnels. Ce système est ainsi conçu pour éviter que le salaire ne soit versé à double à l'employé.

Si le travailleur avait fait un détour considérable et que le cas aurait dû être traité comme un accident non professionnel, il n'aurait été assuré que s'il travaillait plus de 8 heures par semaine chez l'un de ses employeurs. S'il n'était pas couvert, c'est l'obligation limitée de poursuivre le versement du salaire qui entrerait en ligne de compte: lorsqu'un employé est empêché de travailler sans faute de sa part, chaque employeur est tenu de lui verser son salaire intégral pour une durée limitée dépendant du nombre d'années de service.

Résumé et réponse à la question posée: Lorsqu'un accident survient sur le chemin direct du travail, il est considéré comme un accident professionnel. Le professeur de musique est donc couvert par l'assurance sur

les accidents professionnels de l'école de musique même si l'accident ne s'est pas produit dans le bâtiment de cette dernière.

20. Cotisations aux assurances sociales: suppression de la franchise pour les acteurs culturels

Question d'un membre de la SSPM :

Je ne gagne qu'environ 2000 francs à mon école de musique. J'ai entendu dire que l'employeur n'est pas tenu de cotiser à la caisse de compensation pour des salaires aussi minimes et que ceux-ci sont donc exemptés des déductions sociales. Est-ce exact ?

Réponse d'Yvette Kovacs :

Cette présentation des faits était correcte jusqu'au 31 décembre 2009. Cependant, une nouvelle réglementation est entrée en vigueur le 1er janvier 2010 :

En principe, le système des déductions sociales volontaires pour les salaires de minime importance (jusqu'à CHF 2'200.-) reste en applicable, c'est-à-dire que les cotisations à la caisse de compensation ne sont prélevées qu'à la demande du travailleur.

Cependant, depuis le 1er janvier 2010, cette réglementation n'est plus valable pour la branche des acteurs artistiques et culturels. En effet, afin d'améliorer la sécurité sociale de ces derniers, la franchise a été supprimée. Désormais, tous les revenus des collaborateurs de théâtres, de télévisions, de radios ou d'écoles du domaine artistique doivent être décomptés avec la caisse de compensation. Les employeurs de cette branche doivent donc déclarer tous les travailleurs à la caisse de compensation AVS, y compris ceux ne touchant qu'un salaire de minime importance, et indiquer leurs salaires dans le décompte annuel.

Grâce à cette nouvelle réglementation, les acteurs artistiques et culturels ne passeront plus à travers les mailles de la législation sur l'AVS et pourront constituer un capital-vieillesse. Par conséquent, à partir du 1.1.2010 vérifiez sur votre fiche de paie que l'employeur a effectué correctement les déductions sociales, afin que vous soyez mieux assuré pour votre vieillesse.

21. Les professeurs de musique ont-ils le droit de toucher une commission sur la vente d'instruments à leurs élèves?

Question d'un membre de la SSPM :

Nous avons acheté un instrument d'une valeur de 10'000 francs pour notre enfant dans un magasin spécialisé. Son professeur de musique nous a conseillés. Par la suite, nous avons constaté que le magasin lui avait versé une commission de 10 % de la valeur de l'instrument, ce qui représente 1000 francs pour moins d'une heure de conseil. Est-ce légal?

Réponse d'Yvette Kovacs :

1. Conseiller son élève lors de l'achat d'un instrument fait partie des tâches du professeur de musique. En règle générale, ni l'élève ni ses parents ne possèdent les connaissances requises pour pouvoir évaluer la qualité et la valeur d'un instrument. Ils ne savent pas non plus quel type d'instrument est nécessaire et adapté à l'élève. Par conséquent, ils sont généralement heureux que le professeur les accompagne pour acheter l'instrument. Beaucoup le font gratuitement dans le cadre de leur mandat d'enseignement, d'autres reçoivent un dédommagement sur la base d'un tarif horaire pour leur service de conseil lors de l'achat.
2. Il est également courant que des magasins spécialisés versent une commission au professeur de musique ayant servi d'intermédiaire. En règle générale, celle-ci est calculée en pour cent du prix de l'instrument.
3. Dans ces circonstances, il peut arriver que le professeur ne soit plus neutre dans son conseil mais qu'il ait au contraire un intérêt personnel à proposer des instruments plutôt chers et à les faire acheter dans les magasins offrant une commission élevée. Dans ce cas, le conflit d'intérêts entre l'élève, qui veut acquérir

un instrument de qualité mais aux conditions les plus avantageuses possible, et le professeur, qui souhaite toucher une commission la plus élevée possible, est inévitable.

4. Du point de vue légal, le professeur de musique est considéré, dans sa fonction de conseiller, comme le mandataire de l'élève et de ses parents. A ce titre, il est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat qui lui est confié et est lié à ses instructions. Si le professeur de musique est aussi chargé de servir d'intermédiaire pour la conclusion du contrat d'achat de l'instrument, il agit juridiquement comme un courtier.

En principe, il n'est pas interdit à un professeur agissant comme courtier de servir les deux parties – l'élève et le magasin – et de se faire promettre par toutes deux une rémunération.

Par contre, il est interdit d'être au service des deux parties s'il peut en résulter un conflit d'intérêts. C'est le cas par exemple lorsque l'activité d'intermédiaire consiste également à définir la qualité et le prix. L'élève attend de son professeur qu'il obtienne le prix le plus avantageux pour lui. Alors que le magasin et le professeur ont avantage à ce que le prix soit le plus élevé possible. Le conflit d'intérêts est évident.

Dans une telle situation, le professeur mandaté doit informer le plus tôt possible son élève de sa double fonction. Autrement dit, il doit signaler à l'élève et à ses parents qu'il touchera une commission du magasin pour son rôle d'intermédiaire dans l'achat de l'instrument, et préciser comment celle-ci est calculée. L'élève saura ainsi qu'il est accompagné par un conseiller certes compétent, mais qui a aussi un intérêt personnel à la conclusion et aux modalités de l'affaire. S'il souhaite malgré tout recevoir les conseils du professeur, il le fait en sachant que celui-ci a un intérêt personnel à ce que l'affaire soit conclue, et il n'est donc pas trompé.

Si le professeur de musique viole son devoir de loyauté en agissant pour les deux parties sans signaler le conflit d'intérêts, il perd son droit à la commission et au remboursement de ses dépenses. Il est également tenu de réparer le dommage du mandant si celui-ci dépasse le montant de la commission et du remboursement des dépenses. Il doit en outre s'attendre à perdre la confiance de son élève et même son mandat d'enseignement. Ce type de comportement déloyal justifie en effet une résiliation immédiate du mandat d'enseignement.

22. Leçons de musique dans des appartements locatifs

Question d'un membre de la SSPM :

J'ai reçu par lettre recommandée un avis de ma régie me menaçant de résilier mon bail si je continue de donner des leçons de musique dans mon appartement locatif. Pourtant, mes leçons sont totalement silencieuses car je travaille avec un piano électrique et des écouteurs, de sorte que je ne gêne personne. Dois-je prendre au sérieux cet avertissement ?

Réponse de Mme Kovacs :

D'une manière générale, toute déclaration du bailleur d'un appartement locatif (ou de la régie) doit être prise au sérieux.

À travers le contrat de bail, le locataire se voit mettre à disposition des locaux pour un usage spécifique moyennant le paiement d'un loyer. Une distinction est faite entre utilisation comme habitation et/ou comme local commercial. Les possibilités d'utilisation des locaux diffèrent en fonction du but du loyer.

Si les locaux sont loués en tant qu'habitation, le locataire peut jouer pour lui en privé, s'exercer, écouter de la musique etc., pour autant qu'il respecte les périodes de repos fixées par la loi et dans le contrat (voir l'article « À partir de quand le fait de s'exercer devient-il une nuisance sonore? » publié dans la brochure « Exemples tirés de la pratique du conseil juridique de la Société suisse de pédagogie musicale SSPM », chiffre 18, page 23). Par contre, ni le bailleur ni le voisinage ne doivent tolérer que des leçons de musique soient données dans l'appartement. Si le locataire le fait malgré tout, il court le risque de recevoir une interdiction d'enseigner sous menace de résiliation pour cause de changement d'affectation non autorisé, et de se voir signifier son congé s'il ne respecte pas cette interdiction. Cette possibilité existe même si aucun bruit n'est émis durant les leçons, car l'affectation en tant que logement a été fixée par contrat et peut donc être imposée par le bailleur.

À cette problématique de droit privé s'ajoute une autre de droit public: selon la législation sur les constructions, l'utilisation d'habitations comme locaux commerciaux est un important changement d'affectation. Elle doit par

conséquent être conforme à la zone (autrement dit, il faut que le règlement sur les constructions et l'aménagement autorise une activité commerciale). D'un point de vue strictement juridique, le changement d'affectation nécessiterait même une autorisation du service de la construction.

En résumé, donner des leçons dans des locaux loués en tant qu'habitation est illicite et par conséquent interdit par le bailleur, et peut être sanctionné par un congé. Pour s'en protéger, il est vivement recommandé à l'enseignant, dès qu'il emménage, de louer son appartement à la fois comme habitation et local commercial.

23. Organiser son remplacement

Question d'un membre de la SSPM :

Je travaille depuis dix ans dans une école de musique. Il y a une semaine, j'ai subi une fracture complexe de la jambe qui m'empêchera de travailler ces prochaines semaines. L'école de musique m'a appelé pour me dire que je devais organiser un remplacement jusqu'à mon retour et en assumer les frais. J'ai trouvé une collègue qui a accepté de me remplacer. Mais suis-je vraiment obligé d'organiser et de payer mon remplacement?

Réponse d'Yvette Kovacs :

Non, en l'occurrence, c'est l'école de musique qui est dans son tort. Vous entretenez un rapport d'employé vis-à-vis de l'école de musique, ce qui est considéré juridiquement comme un contrat de travail régi par les dispositions légales correspondantes du code des obligations (CO). Celui-ci précise que si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes telles que maladie, accident ou accomplissement d'une obligation légale, l'employeur doit lui verser le salaire pour un temps limité, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois. Il est tenu de protéger et respecter, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur et de manifester les égards voulus pour sa santé.

Il s'ensuit qu'après un accident, vous pouvez rester à la maison pour une période limitée, qui varie selon la durée de vos rapports de travail et les dispositions cantonales, en continuant de recevoir votre salaire et en étant protégé pendant un certain temps contre un licenciement. L'organisation du travail incombe à l'employeur, et c'est donc à lui d'organiser et de payer le remplacement du travailleur durant son absence. Si ce n'était pas le cas, l'obligation de chercher un remplaçant constituerait une violation de la personnalité du travailleur malade, et l'obligation de payer le remplaçant viderait de son sens le devoir de l'employeur de verser le salaire, étant donné que le travailleur malade devrait reverser directement son salaire à son remplaçant et qu'il ne toucherait donc rien pendant sa maladie.

Votre école de musique s'est ainsi comportée de manière illicite. Par conséquent, je vous recommande d'en informer le directeur de l'école, d'exiger le versement de votre salaire pendant votre maladie et de demander que le remplacement soit directement payé par l'école de musique.

24. Donner des leçons privées et être engagé dans une école de musique

Question d'un membre de la SSPM :
Un professeur de musique engagé dans une école peut-il enseigner à titre privé?

Réponse de Mme Kovacs :

Le principe de la liberté économique inscrit dans la Constitution fédérale vaut aussi pour les professeurs de musique. Il peut toutefois faire l'objet de restrictions légales. Celles-ci diffèrent selon que l'école où est engagé l'enseignant est réglementée par le droit public ou organisée sous le régime du droit privé. Les écoles de droit public sont soumises aux lois et ordonnances cantonales et communales pertinentes. Etant donné qu'en Suisse, celles-ci peuvent donner lieu à des réglementations complètement différentes d'une collectivité à l'autre, il n'est pas possible de donner ici une réponse générale pour ce type d'établissement.

Dans les écoles de droit privé, les conditions d'engagement sont les suivantes:

En principe, les réglementations contractuelles, y compris les règlements qui y sont intégrés, prévalent sur les réglementations légales non contraignantes. Par conséquent, il convient tout d'abord d'analyser le contrat et les

règlements du professeur de musique. En l'absence de réglementation, ce sont les dispositions du CO (code des obligations) qui s'appliquent. L'art. 321a du CO précise que le travailleur doit exécuter avec soin le travail qui lui est confié, et sauvegarder les intérêts légitimes de l'employeur. Pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas accomplir du travail rémunéré pour un tiers dans la mesure où il lèse son devoir de fidélité et, notamment, fait concurrence à l'employeur.

Les commentaires et la pratique juridiques permettent de tirer les conclusions suivantes : cette interdiction ne s'applique pas à tous les travaux rémunérés pour des tiers, mais seulement à ceux qui lèsent le devoir de fidélité. L'exemple le plus important est la concurrence faite à l'employeur, autrement dit le fait d'offrir des prestations similaires qui couvrent de mêmes besoins des clients et s'adressent au moins partiellement à une même clientèle. À partir du moment où un employeur accepte de conclure un contrat à temps partiel et qu'il doit donc s'attendre, suivant les circonstances, à ce que l'employé travaille aussi avec la même clientèle chez ou pour des concurrents, il consent tacitement à une restriction du devoir de fidélité. Cependant, la pratique en la matière est très restrictive et ce type de concurrence n'est accepté que si tout conflit d'intérêt notable peut être exclu. Une violation du devoir de fidélité, suivant sa gravité, peut donner lieu à un avis formel ou à une résiliation ordinaire, voire immédiate. A cela peuvent s'ajouter des dommages-intérêts pouvant conduire à la restitution de l'ensemble des gains provenant des activités concurrentielles.

Concrètement, cette situation juridique permet de donner la réponse suivante :

Un professeur de musique employé à plein temps (100%) dans une école privée ne peut en aucun cas enseigner parallèlement à titre privé. S'il est engagé à temps partiel, on peut partir du principe que l'employeur sait ou devrait savoir que le professeur doit aussi travailler ailleurs pour compléter son revenu, et cela d'autant plus que son taux d'activité est réduit. Cette possibilité est en principe autorisée.

Cependant, le devoir de fidélité lui interdit d'accomplir des travaux qui pourraient faire concurrence à l'employeur, comme proposer un enseignement privé à une même clientèle (p. ex. donner des cours privés à des adultes tout en occupant un poste de professeur de musique dont l'enseignement est aussi suivi par des adultes). C'est pourquoi je recommande instamment aux personnes qui souhaiteraient donner des cours privés parallèlement à un emploi dans une école de musique, d'en discuter avec le directeur de l'école et de conclure un accord écrit attestant que le directeur a été informé de l'activité d'enseignement privé et qu'il l'a autorisée. Si la personne est engagée dans une école de musique fréquentée exclusivement par des enfants et des jeunes gens et que ses cours privés ne sont proposés qu'à des adultes, la situation est différente. Dans ce cas, son activité d'enseignement privé ne fait pas concurrence à celle de l'école de musique et est donc permise. Il va de soi que l'enseignement privé doit se faire dans des locaux privés, autrement dit que les locaux de l'école ne doivent jamais être utilisés à cet effet sans autorisation spéciale de l'école (p. ex. contrat de location). De même, il est interdit de faire de la publicité dans l'école pour sa propre activité d'enseignement privé sans une autorisation de la direction de l'établissement.

25. Création d'une représentation

Question d'un membre de la SSPM :
Peut-on exiger d'une école de musique la création d'une représentation du corps enseignant?

Réponse de Mme Kovacs :

Les écoles de musique organisées selon le droit public sont soumises aux réglementations cantonales et communales spécifiques. Celles-ci étant très nombreuses et diversifiées en Suisse, il n'est pas possible de donner ici une réponse générale et il faudrait étudier chaque cas concret.

En revanche, les écoles de musique régies par le droit privé sont soumises à la réglementation fédérale du droit privé.

La loi sur la participation (Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17. 12. 1993, RS 822.14) renferme les dispositions suivantes : cette loi s'applique à toutes les entreprises privées qui, en Suisse, occupent des travailleurs en permanence. L'art. 3 dispose que dans les entreprises occupant au moins cinquante travailleurs, ceux-ci peuvent élire parmi eux des représentants, regroupés en une ou plusieurs représentations. L'art. 5 précise que lorsque un cinquième des travailleurs le demandent, il y a lieu de déterminer,

par un vote secret, si la majorité des votants souhaite la formation d'une représentation. Si c'est le cas, l'élection doit être impérativement effectuée, et elle est organisée en commun par l'employeur et les travailleurs. Le nombre des représentants des travailleurs est déterminé conjointement par l'employeur et les travailleurs. La taille et la structure de l'entreprise doivent être équitablement prises en compte. La représentation compte trois membres au moins (loi sur la participation, art. 7). La représentation des travailleurs défend, envers l'employeur, les intérêts communs des travailleurs. Elle les informe régulièrement sur son activité (loi sur la participation, art. 8). La représentation des travailleurs a le droit d'être informée en temps opportun et de manière complète sur toutes les affaires dont la connaissance lui est nécessaire pour s'acquitter convenablement de ses tâches. L'employeur est tenu d'informer la représentation des travailleurs au moins une fois par an sur les conséquences de la marche des affaires sur l'emploi et pour le personnel (loi sur la participation, art. 9). La collaboration entre l'employeur et la représentation des travailleurs dans le domaine de l'exploitation de l'entreprise repose sur le principe de la bonne foi. L'employeur doit soutenir la représentation des travailleurs dans l'exercice de ses activités. Il met à sa disposition les locaux, les moyens matériels et les services administratifs nécessaires (loi sur la participation, art. 11).

Il ressort de ce qui précède qu'en vertu de la loi sur la participation, la formation d'une représentation des travailleurs peut être exigée dans les écoles de musique occupant au moins cinquante travailleurs (art. 3 en relation avec art. 2 de la loi sur la participation).

26. Dois-je accepter une réduction de mon taux d'activité peu avant mon départ à la retraite?

Question d'un membre de la SSPM :

Je travaille depuis de nombreuses années dans mon école de musique et arrive bientôt à la retraite. L'école de musique a-t-elle le droit de déjà engager un nouvel enseignant et lui attribuer toutes les nouvelles inscriptions?

Réponse d'Yvette Kovacs :

1. En premier lieu se pose la question de savoir si, d'après votre contrat de travail ou en vertu du droit coutumier, vous aviez droit jusqu'ici à l'attribution de toutes les nouvelles inscriptions. Il convient de vous en assurer en contrôlant votre contrat de travail, les règlements éventuels et la façon dont les nouvelles inscriptions ont été attribuées concrètement jusqu'ici.
2. Si vous n'avez pas de droit ni contractuel ni coutumier sur les nouvelles inscriptions, il est tout à fait licite que celles-ci soient attribuées à un nouvel enseignant avant votre départ à la retraite.
3. Si vous avez un droit sur les nouvelles inscriptions, les principes suivants s'appliquent:
    - L'attribution d'un élève à un nouvel enseignant est à considérer comme une résiliation partielle de votre contrat de travail. Celle-ci doit se faire dans la forme et dans les délais prévus par le contrat. Si c'est le cas, la résiliation par l'employeur n'est soumise à aucune restriction, notamment quant à sa motivation.
    - L'employeur est toutefois tenu, en vertu de son devoir d'assistance à l'égard de l'employé, de ne pas prononcer de licenciement abusif. Un licenciement abusif peut se présenter si un employé a travaillé de manière irréprochable pendant des dizaines d'années pour son employeur et qu'il est licencié quelques mois avant son départ à la retraite ordinaire. L'employeur doit permettre à l'employé d'achever son activité professionnelle sans subir de préjudice financier, dans la mesure où aucun motif impérieux ne justifie une résiliation du contrat de travail. Le cas échéant, il faut procéder à une pesée des intérêts, sachant que l'intérêt de l'employé âgé, qui ne trouvera plus d'emploi peu avant son départ à la retraite, pèse beaucoup dans la balance. En revanche, si un comportement fautif peut être reproché à l'employé, l'intérêt légitime de l'employeur à le licencier peut se révéler prédominant. Des raisons factuelles, comme la mise au courant en temps voulu du nouvel enseignant, peuvent aussi justifier une résiliation partielle.

- Dans le cas présent, il convient donc de peser les intérêts des personnes concernées. Votre intérêt en tant qu'enseignant ayant travaillé de manière irréprochable pendant de très nombreuses années pèse beaucoup. L'intérêt des nouveaux élèves à bénéficier d'une continuité dans l'enseignement est certes lui aussi considérable, mais d'un autre côté il peut être judicieux pour eux de « passer » par plusieurs enseignants et apprendre ainsi à connaître différentes techniques. C'est pourquoi j'estime pour ma part que votre intérêt l'emporte, en sachant toutefois qu'un tribunal pourrait porter un jugement différent. Il s'agit en l'occurrence d'une question d'appréciation dont le résultat est difficile à prévoir.
- Compte tenu de ce qui précède, je vous recommande la solution de compromis suivante, qui ne s'appuie pas sur une prétention, mais nécessite un accord entre l'employeur et l'employé: en principe toutes les nouvelles inscriptions devraient être attribuées à l'enseignant actuel accomplissant un travail irréprochable. Si toutefois un nouvel élève exprime expressément le souhait d'être affecté au futur enseignant, ce désir doit être respecté. De même, si l'enseignant en place souhaite qu'un élève soit attribué à son futur remplaçant, il convient aussi d'en tenir compte. L'enseignant qui va bientôt prendre sa retraite et qui a travaillé pendant de nombreuses années de manière irréprochable, devrait cependant se voir garantir durant sa dernière année de travail un taux d'activité dans la moyenne de celui des trois dernières années, afin d'éviter des pertes de gain subites qui ne pourraient plus être compensées.
- Si une solution à l'amiable ne peut pas être trouvée, l'employé a le choix soit d'accepter la décision de son employeur, soit de s'y opposer. Il doit pour cela protester par écrit contre cette décision pendant le délai de congé, et réclamer une indemnisation auprès du tribunal des prud'hommes dans un délai de 180 jours après la fin des rapports de travail. Le tribunal ne peut pas annuler rétroactivement le congé, mais il peut fixer une indemnité appropriée, représentant au maximum six mois de salaire, à la charge de l'employeur. L'intérêt financier de l'employé serait ainsi garanti.

27. Dois-je accepter que des représentations musicales soient enregistrées et mises en ligne?

Question d'un membre de la SSPM :

Lors d'une audition donnée à une école de musique, une mère a filmé l'ensemble de la représentation avec son smartphone et l'a mise en ligne sur YouTube. En a-t-elle le droit?

Réponse d'Yvette Kovacs:

Cette question juridique qui se pose quotidiennement dans notre monde dominé par Internet soulève différents aspects. Ceux-ci sont brièvement exposés ci-après:

1. Le **droit de la personnalité** prévoit que toute utilisation d'une personnalité, que ce soit sous forme d'images, de son ou de quelque autre manière, est illicite sauf si l'intéressé a donné son accord, qu'un intérêt supérieur prédomine ou que la loi le justifie. Font exception les enregistrements montrant une foule dans laquelle les individus ne sont pas identifiables. Rapporté au cas présent, cela signifie que les enregistrements audiovisuels d'un concert effectués sans l'accord des interprètes sont illicites ne serait-ce que pour des raisons de respect du droit de la personnalité, et peuvent donc être interdits. Si l'enregistrement est déjà effectué, sa suppression du smartphone et de YouTube peut être exigée. Si cette suppression ne peut pas être obtenue à l'amiable, elle peut être imposée par la voie des tribunaux.
2. Le **droit d'auteur** protège notamment l'auteur et les interprètes d'œuvres d'art. Cette protection se fonde sur le principe voulant que seul l'auteur, respectivement l'interprète a le droit de déterminer si, quand et comment une œuvre peut être utilisée, et notamment interprétée, diffusée ou donnée à voir ou à entendre de quelque autre manière. A partir du moment où des contenus sont mis en ligne, par exemple sur une chaîne YouTube, ils peuvent être consultés par des tiers, de sorte que cette décision relève du droit exclusif de l'auteur, respectivement de l'interprète de l'œuvre. Si plusieurs personnes ont participé en tant qu'artistes à une production, elles jouissent collectivement de ce droit de protection, ce qui signifie que chacune doit approuver l'enregistrement et sa mise en ligne. Cependant, pour une prestation chorale, orchestrale ou scénique, seule l'autorisation des solistes, du chef d'orchestre, du metteur en scène et de

la représentation ou du chef des groupes d'artistes interprètes (chef de chœur ou d'orchestre) est nécessaire. En plus, s'agissant des œuvres interprétées, l'autorisation de l'auteur et/ou d'un éditeur, respectivement de l'arrangeur ou adaptateur est requise pour les personnes vivantes ou décédées depuis moins de 70 ans. Celles-ci sont souvent représentées par la SUISA, qui est donc l'instance auprès de laquelle il faut d'abord se renseigner.

Conclusion : l'enregistrement et le téléchargement vers une chaîne YouTube requièrent l'autorisation de tous les participants à l'exécution. Même s'il s'agit d'une vidéo destinée à un usage privé en non à être mise en ligne, l'autorisation de toutes les personnes reconnaissables est nécessaire pour des raisons de droits de la personnalité.

C'est pourquoi il est très utile en cas de représentation de conclure un accord réglant explicitement les éventuels enregistrements et leur mise en ligne, sachant qu'il est difficile d'obtenir l'accord de tous les participants. Je recommande donc instamment de prévoir une clause contractuelle, à signer par tous les participants à une exécution lors de leur entrée dans un chœur ou un orchestre ou lors de leur engagement comme soliste, chef d'orchestre ou metteur en scène, stipulant que les intéressés déclarent accepter que les représentations soient enregistrées et mises en ligne sur Internet avec l'accord du chef du groupe. Dans l'idéal, il conviendrait aussi de fixer certaines normes de qualité ainsi que les sites vers lequel les enregistrements seront téléchargés, ou alors d'exclure expressément les téléchargements indésirables vers certains médias ou certaines chaînes. C'est une solution simple qui permet d'éviter les malentendus, voire les plaintes.

Par ailleurs, il appartient aussi à l'organisateur des représentations de signaler à tous les participants, et surtout au public, que les prises de vue et les enregistrements sonores et audiovisuels sont interdits, sous peine d'expulsion immédiate de la salle et d'éventuelles poursuites judiciaires. Ces interdictions doivent être systématiquement mises à exécution, car le public ne les respecte que si elles sont appliquées à tout le monde. Si quelqu'un commence à filmer une représentation, il arrive souvent que d'autres lui emboîtent le pas, et il est très courant que des concerts soient enregistrés avec un smartphone et immédiatement diffusés sur Internet, « parce que tout le monde fait ainsi ». Il est donc important, avant toute exécution publique, d'aborder cette question pour savoir quelle attitude adopter et déterminer s'il y a lieu de décider et appliquer une interdiction, ou pour s'assurer que les participants ne seraient pas dérangés voire apprécieraient d'apparaître sur Internet.

Enfin, il faut tenir compte du fait que si les ayants droit ont connaissance de l'utilisation du smartphone et du téléchargement vers Internet mais n'entreprennent rien pour s'y opposer, ce genre de violation du droit est considéré à un moment donné comme approuvé. Par conséquent, les enregistrements et téléchargements indésirables doivent être éliminés le plus rapidement possible, pour ne pas donner l'impression qu'ils sont tolérés, voire souhaités.

28. Qui est responsable si un spectateur se casse la jambe lors d'une audition?

Question d'un membre de la SSPM :

En tant que professeur privé, j'organise régulièrement des auditions pour mes élèves. Nous invitons bien sûr le plus grand nombre possible de personnes afin de créer une ambiance de concert. Mais lors de la dernière audition, un spectateur s'est cassé la jambe en chutant dans les escaliers. À présent, il veut me faire porter la responsabilité de cet accident en tant qu'organisateur. En a-t-il le droit?

Réponse de Mme Kovacs :

1. Les auditions visent à soutenir le plaisir de faire de la musique tout en présentant de façon attrayante les prestations des interprètes et les capacités pédagogiques des enseignants. L'accent est mis sur les aspects musicaux et sociaux ainsi que sur la publicité offerte par ce genre de manifestations. Les risques potentiels de ces événements et leurs conséquences sont malheureusement souvent négligés lors de la planification, et les organisateurs n'en prennent conscience qu'au moment où un accident se produit. Par conséquent, il convient de relever les points suivants :
2. Principe : la personne qui subit un dommage en assume en principe elle-même les conséquences.

3. Exceptions : pour des raisons juridiques particulières, la responsabilité financière d'un dommage peut être reportée sur des tiers. Ces derniers sont ainsi responsables si les exigences découlant d'un contrat ou si les conditions d'un délit sont remplies.

4. La responsabilité contractuelle : En gros, on peut distinguer deux catégories de personnes participant à une audition :

   - Les interprètes
   - Les spectateurs

   Les deux catégories sont liées par des contrats avec l'organisateur/le professeur. La responsabilité contractuelle est réglée à l'art. 97 du code suisse des obligations (CO), qui dispose qu'en cas d'inexécution ou d'exécution incomplète d'une obligation, le responsable est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

5. La responsabilité non contractuelle (responsabilité délictuelle) est réglée à l'art. 41 ss. du CO, lequel précise que celui qui cause, d'une manière illicite et par sa faute, un dommage à autrui, est tenu de le réparer.

6. Hormis les cas où une personne accepte explicitement un dommage (p. ex. lors d'interventions médicales), les atteintes aux personnes et aux biens sont régulièrement illicites et celui qui les a causées a l'obligation de réparer le préjudice.

Conclusion : en cas de dommage causé par une faute du professeur lors d'une audition (responsabilité contractuelle ou délictuelle), celui-ci a l'obligation de réparer le préjudice.

Dans le cas présent, la question est de savoir si le professeur s'est acquitté de toutes ses obligations de diligence, ou s'il porte au contraire une responsabilité pour la jambe cassée du spectateur. L'appréciation ne peut se faire que d'après les circonstances concrètes. Il s'agit notamment de savoir si le spectateur est lui-même responsable de l'accident du fait de son inattention (p. ex. parce qu'il n'a pas fait attention à l'escalier ou a utilisé son téléphone portable en montant l'escalier, etc.), ou si c'est au contraire le professeur qui est responsable (p. ex. salle insuffisamment éclairée, escalier dépourvu de rampe, délai trop court entre la sonnerie de la pause et le commencement du concert, etc.). Dans le cas présent, le professeur de musique a heureusement pu prouver que le spectateur accidenté était occupé avec son portable pendant qu'il montait l'escalier menant à la salle de concert. Par conséquent, il a causé cet accident par une faute manifeste de sa part, et l'organisateur de l'événement ne peut pas en être tenu responsable.

7. De quoi faut-il tenir compte lors de manifestations pour éviter d'engager sa responsabilité civile?

   Le professeur vérifie les dangers potentiels de la manifestation. Il convient de prévenir les dangers potentiels : locaux spécialement prévus pour des manifestations et aménagés de façon professionnelle, tribunes de spectateurs et scènes montées de façon professionnelle, restauration assurée par des professionnels.

8. Les conditions dans lesquelles se déroulera la manifestation ont-elles été clarifiées? Les tâches et les compétences respectives des participants et des auxiliaires doivent être clairement réglées.

   Dans la mesure du possible, des assurances responsabilité civile devraient être conclues pour les manifestations individuelles ou pour l'activité professionnelle en général du professeur.

   Le cas échéant, il faudra vérifier si la personne accidentée n'est pas déjà couverte par sa propre assurance accidents.

9. Une exclusion de responsabilité unilatérale au moyen d'une affiche ou d'un panneau « Nous déclinons toute responsabilité en cas d'accident » n'est pas valable juridiquement.

   Dans le cas présent, le professeur de musique a eu de la chance et n'a pas dû verser de dédommagement. Il faut toutefois savoir que ce genre de manifestation devrait être organisé avec tout le soin voulu et que, pour des raisons juridiques, le respect des obligations de diligence (clarification du risque de dommage et adoption de toutes les mesures raisonnablement exigibles pour éviter un dommage) devrait être attesté avec des documents à l'appui. En cas de dommage, c'est seulement ainsi que l'organisateur pourra prouver de façon juridiquement valable qu'il n'est pas responsable et qu'il n'est donc pas tenu de verser un dédommagement.

29. Protection contre les licenciements pendant un congé sabbatique?

Question d'un membre de la SSPM :

Je me suis accordé une année sabbatique que j'ai consacrée à de grands voyages en Asie. À mon retour, j'ai été stupéfait d'apprendre que mon école de musique m'avait licencié et que mon poste avait déjà été repourvu pendant mon absence. Puis-je m'opposer à ce licenciement ?

Réponse d'Yvette Kovacs :

Beaucoup d'employés s'accordent un congé sabbatique pour suivre une longue formation continue ou simplement pour se reposer. Ils partent du principe qu'ils retrouveront leur poste à leur retour. La question ci-dessus soulevée par un membre montre qu'il convient d'être prudent en la matière.

D'un point de vue juridique, un congé sabbatique est assimilé à un congé non payé. Les rapports de travail se poursuivent pendant le congé, mais de nombreux droits et devoirs des deux parties sont suspendus, notamment ceux relatifs à l'obligation de payer le salaire et à l'obligation de travailler.

À défaut d'autres conventions, les dispositions relatives au licenciement sont les mêmes que s'il n'y avait pas de congé non payé. Ce qui signifie qu'un licenciement pendant un congé non payé n'est pas exclu. Une protection limitée n'existe que pendant les absences pour cause de maladie, accidents, grossesse, service militaire, etc. Une protection plus étendue, notamment pendant toute la durée d'un congé payé, peut être assurée au travers d'une convention collective de travail, d'un règlement de service, d'un contrat individuel de travail ou d'un accord spécial. Si ce n'est pas le cas, un licenciement pendant un congé non payé est en principe valable.

Cela étant, les formalités d'un licenciement ordinaire doivent être respectées. Les délais et dates de licenciement doivent notamment être respectés. En l'occurrence, il faut tenir compte du fait que le délai de licenciement ne court qu'à partir du jour où le travailleur prend connaissance de son licenciement. S'il se trouve à son domicile et qu'il reçoit normalement son courrier, ses e-mails, etc., le licenciement lui est parvenu normalement et est effectif. En revanche, s'il est en déplacement, par exemple en voyage en Asie, la réception du licenciement n'est possible qu'à son retour. Il convient de noter à ce propos que les licenciements informels par e-mail, par sms voire par téléphone sont aussi valables, sauf si le contrat de travail en dispose autrement.

Il est par ailleurs admis que le délai de résiliation est censé servir à la recherche d'un emploi. Par conséquent, si le travailleur n'est pas chez lui et qu'il n'a pas la possibilité de chercher un nouvel emploi pendant le délai de résiliation en cours, le caractère abusif de la notification pendant son absence est admis. Pour cette raison, un tribunal cantonal a considéré que la notification d'un licenciement pendant un congé non payé ne prenait effet qu'à partir du premier jour ouvrable après le congé non payé et que le délai de préavis débutait à partir de cette date. Il n'en demeure pas moins que comme il n'existe pas de disposition légale ni de jurisprudence fédérale claire en la matière, il est indispensable et très important de fixer concrètement des règles démontrables avec l'employeur, en précisant expressément qu'un licenciement ne peut être prononcé qu'après le retour du travailleur et que le délai de licenciement ne commence qu'à partir de ce moment.

Au-delà de la question du licenciement, il est important en cas de congé non payé de savoir si les cotisations AVS peuvent être payées, si les prestations de la caisse de pension sont maintenues, si la protection de l'assurance-accidents et de l'assurance maladie est assurée, s'il existe un droit aux indemnités journalières de chômage et si les vacances seront réduites en raison du congé non payé. Toutes ces questions doivent être clarifiées spécifiquement avec le partenaire contractuel et réglées impérativement par écrit pour la durée du congé non payé.

Dans ce cas concret, le travailleur était en déplacement en Asie lorsque le licenciement lui a été communiqué et ne pouvait pas recevoir l'avis de licenciement. En conséquence, la date de réception a été fixée au retour du travailleur et le délai de licenciement a commencé à partir de cette date. Le travailleur a donc eu de la chance dans son malheur. Il a certes reçu son licenciement, mais il a pu continuer à percevoir son salaire pendant le délai de licenciement et chercher tranquillement un nouvel emploi, qu'il a d'ailleurs trouvé.

30. Résiliation en cours de semestre d'un contrat d'enseignement privé

Question d'un membre de la SSPM :

J'organise mon enseignement de manière semestrielle. Il est donc important pour moi que les élèves ne se désinscrivent pas pendant le semestre. Puis-je m'assurer qu'il n'aura pas d'annulations imprévues en prévoyant une peine conventionnelle ?

Réponse d'Yvette Kovacs :

1. Nous vous renvoyons tout d'abord à la publication « Exemples tirés de la pratique du conseil juridique de la Société suisse de pédagogie musicale SSPM », cas n° 17, où les principes de la résiliation d'un contrat d'enseignement privé sont présentés de manière détaillée.
2. Entre-temps, le Tribunal fédéral suisse a prononcé plusieurs nouveaux arrêts en rapport avec le contrat d'enseignement privé. Ceux-ci confirment expressément que ces contrats peuvent être résiliés en tout temps et sans motifs tant par l'enseignant que par l'élève. Mais il est également précisé qu'une résiliation en cours de semestre est considérée comme une résiliation en temps inopportun et que les honoraires pour le semestre en cours restent dus. Cela signifie qu'après la résiliation du contrat, ceux-ci doivent continuer d'être payés jusqu'à la fin du semestre indépendamment du nombre de leçons effectivement suivies, respectivement que les honoraires d'enseignement déjà versés pour le semestre ne doivent pas être remboursés.
3. Du point de vue juridique, il s'agit d'une peine conventionnelle. Il s'ensuit que le professeur n'a pas besoin d'apporter au cas par cas la preuve du dommage causé par la résiliation en temps inopportun, et qu'il peut exiger le paiement forfaitaire de la totalité des honoraires dus pour le semestre, indépendamment du dommage concret qu'il a subi. Cela suppose évidemment qu'on ne puisse pas lui reprocher d'avoir fourni un motif fondé de résiliation du contrat, et qu'il ait subi un dommage compte tenu du moment de la résiliation et des dispositions qu'il avait prises. Dans le cas d'un contrat d'enseignement, le Tribunal fédéral estime qu'en règle générale, il y a révocation en temps inopportun lorsque celle-ci intervient au milieu d'un semestre. Selon la nouvelle jurisprudence, ce principe s'applique également lorsque la résiliation est faite avant le début du nouveau semestre, mais après l'expiration du délai de résiliation ou d'inscription fixé en commun.
4. La situation juridique en soi défavorable découlant de la possibilité de résiliation en tout temps reste présente, mais ses conséquences financières sont ainsi fortement atténuées. C'est pourquoi je recommande d'intégrer expressément cette jurisprudence dans le contrat d'enseignement privé, par exemple de la manière suivante :

Les contrats pour l'enseignement privé établis sur la base d'honoraires pour des leçons individuelles ou d'honoraires forfaitaires devraient être adaptés en y intégrant la disposition suivante :

Ce contrat peut être résilié par les deux parties pour le début de chaque semestre moyennant un délai de résiliation d'un mois. Durant le semestre, il peut être résilié d'un commun accord pour des motifs particuliers. Si la résiliation du contrat intervient unilatéralement sans respecter les délais et termes contractuels et qu'elle ne fait pas suite à un manquement à un devoir du professeur, elle est considérée comme une résiliation en temps inopportun. Les honoraires semestriels forfaitaires restent entièrement dus, indépendamment du nombre de leçons qui n'ont pas été suivies et de la résiliation du contrat.

5. Les modèles de contrats figurant sous la rubrique téléchargements du site internet de la SSPM et dans l'Agenda Musique seront également adaptés dès que possible à cette nouvelle jurisprudence et deviendront ainsi nettement plus favorables aux professeurs privés.
6. Pour que cette nouvelle situation juridique soit signalée de manière transparente, je recommande de discuter rapidement de cette modification contractuelle avec les élèves privés et de leur faire signer dès que possible le nouveau contrat. Il est important de souligner que dans le cas du contrat pour des leçons individuelles, cette disposition n'introduit pas de changement, mais indique expressément la situation juridique en vigueur. En revanche, un changement est effectivement apporté au contrat basé sur des

honoraires forfaitaires, de sorte qu'en cas de désaccord de l'élève, l'introduction de ce changement nécessite de résilier l'ancien contrat et d'en conclure un nouveau pour le prochain semestre.

31. Enquêtes internes contre des enseignants de l'école de musique

Question d'un membre de la SSPM :

Certains collègues ont manifestement formulé des reproches à mon encontre auprès du directeur de l'école. Une enquête interne sera menée dans l'école de musique afin de clarifier ces accusations et de déterminer et corriger les dysfonctionnements éventuels. Pour ma part, je considère qu'il s'agit de brimades, voire de mobbing et qu'il n'existe aucun fondement valable à ces reproches. Suis-je vraiment tenu de participer à ces enquêtes ? Si oui, comment puis-je demander que cette procédure soit menée avec toute l'équité requise ?

Réponse d'Yvette Kovacs :

1. La direction de l'école a le droit et le devoir de procéder à des clarifications en rapport avec le poste de travail. C'est une conséquence de son droit légal de donner des instructions (art. 321d, al. 1, CO) et de son devoir d'assistance envers tous les travailleurs de l'entreprise (art. 328 CO). Conformément à son devoir de fidélité, le travailleur est tenu de donner en temps voulu des renseignements complets et véridiques sur tous les aspects pertinents de son activité (art. 321a CO). A condition naturellement que les intérêts légitimes de l'employeur et de l'entreprise soient concernés, ce qui est généralement le cas lorsqu'il s'agit de clarifier des dysfonctionnements internes et des accusations de mobbing.
2. Dans ce cadre donné, le travailleur a l'obligation de participer aux enquêtes ordonnées, faute de quoi il commettrait une violation du contrat. Un refus est passible d'un avertissement, voire d'un licenciement.
3. Dans le cadre de son devoir d'assistance, l'employeur doit mener une procédure équitable. Il doit notamment renseigner au préalable le travailleur au sujet de l'objet de l'enquête et des principaux reproches formulés. Il doit en outre l'informer dans les grandes lignes sur les personnes ayant porté des accusations et leurs déclarations, y compris leurs moyens de preuve. Il ne peut être dérogé à cette règle que si des intérêts prépondérants s'y opposent (art. 9, al. 4, LPD, loi fédérale sur la protection des données). La direction de l'école doit donner au travailleur la possibilité de s'exprimer sur les accusations et d'indiquer et présenter ses propres moyens de preuve.
4. La question de savoir si un avocat, un représentant des travailleurs ou une autre personne de confiance peut assister aux actes d'enquête est juridiquement controversée. Il n'est guère possible de faire valoir un droit légal en la matière. Cependant, dans de nombreux cas, l'employeur a intérêt à accepter volontairement la présence de ces personnes. Notamment parce que les discussions deviennent ainsi souvent plus calmes et objectives.

Il va de soi que les deux parties peuvent faire appel en tout temps, à leurs propres frais, aux conseils de ces personnes.

5. Le temps que le travailleur consacre à la participation à l'enquête est rétribué comme temps de travail, y compris le temps supplémentaire consacré à l'examen des matériaux mis à disposition par l'employeur. Par contre, la préparation et le conseil personnels ainsi que les coûts qui en découlent sont à la charge du travailleur.
6. Le rapport de l'enquête doit être porté dans son intégralité à la connaissance du travailleur (art. 8 en lien avec art. 3, let. a, LPD, loi fédérale sur la protection des données), dans la mesure où il se réfère à sa personne. Outre la possibilité de consultation sur place, un original ou une copie du rapport doit lui être remis gratuitement. Les intérêts prépondérants d'autres personnes concernées, par exemple de travailleuses harcelées, peuvent justifier un masquage ponctuel.
7. Si l'employeur ne respecte pas ces règles d'équité procédurale, cela a des conséquences. Dans de tels cas, il est important que le travailleur critique en détail les manquements en conservant un moyen de preuve (lettre recommandée) et qu'il avertisse des conséquences qu'un nouveau refus pourrait avoir :

- Le travailleur peut refuser de participer à l'enquête tant que les garanties minimales d'équité ne sont pas respectées ;
- il peut demander des dommages-intérêts et une réparation du tort moral et même démissionner prématurément. A cela s'ajoute la possibilité, dans des cas graves, d'engager des poursuites pénales contre les collègues fautifs et la direction de l'école.
- Un licenciement ordinaire ou immédiat prononcé sur la base d'accusations et d'enquêtes déloyales peut être considéré comme un licenciement abusif et donner lieu à des dommages-intérêts et à une réparation du tort moral en faveur du travailleur (art. 336 et 336 a CO).

32. Les manifestations musicales en période de coronavirus

Question d'un membre de la SSPM :

J'organise périodiquement des manifestations pour les écoles de musique dont je suis employé afin de faire connaître et promouvoir notre activité. Or l'école a annulé la manifestation prévue pour fin mars en raison du coronavirus. J'avais déjà commandé les installations techniques, la restauration, etc. et consacré de nombreuses heures supplémentaires à la préparation. Que va-t-il se passer avec ces dépenses et toute la manifestation ?

Réponse d'Yvette Kovacs :

1. L'apparition d'un virus n'a rien d'extraordinaire du point de vue juridique. Nous connaissons notamment cette situation avec les épidémies de grippe qui nous frappent chaque année. L'apparition d'un virus particulièrement contagieux, contre lequel il n'existe pas encore de vaccin ni de traitement spécifique, nous est également connu du temps de la grippe porcine, de la grippe aviaire, etc. Ce qui est inhabituel aujourd'hui, c'est la dimension planétaire de l'épidémie qui paralyse de plus en plus l'économie mondiale. Cela non seulement en raison des cas de maladie proprement dits, mais aussi à cause de la peur suscitée par la progression constante de l'épidémie, et en raison des mesures de quarantaine volontaires ou ordonnées par l'État à la population.
2. Sur le plan juridique, il convient tout d'abord de vérifier si le contrat conclu entre les parties règle ce type de problème. Si c'est le cas, c'est la solution prévue dans le contrat qui s'applique.
3. Si rien n'est prévu dans le contrat, c'est la réglementation légale qui s'applique. Celle-ci dispose que : L'obligation s'éteint lorsque l'exécution en devient impossible par suite de circonstances non imputables au débiteur. Dans les contrats bilatéraux, le débiteur ainsi libéré est tenu de restituer, selon les règles de l'enrichissement illégitime, ce qu'il a déjà reçu et il ne peut plus réclamer ce qui lui restait dû. Demeurent réservées les réglementations spéciales applicables à certains contrats et prévoyant une autre répartition légale du risque.

   Ce qui signifie qu'en cas d'impossibilité objective subséquente (en d'autres termes, si la prestation était encore possible à la conclusion du contrat et qu'elle est devenue impossible par la suite), les deux parties contractantes sont libérées. Les dépenses prévues pour la manifestation ne doivent pas être effectuées et le paiement, lui non plus, n'est pas dû.
4. La question qui se pose est de savoir si l'on est aujourd'hui en présence d'une impossibilité objective et si la clause pour cas de force majeure s'applique à la situation actuelle. En l'occurrence, la doctrine dominante peut être résumée comme suit :

   Si l'État interdit la tenue de la manifestation, cette décision entraîne une impossibilité objective subséquente de la prestation, et il s'agit donc d'un cas de force majeure.
   Jusqu'au 16 mars 2020, la situation était la suivante : les manifestations rassemblant plus de 100 personnes étaient interdites dans toute la Suisse et ne pouvaient pas être réalisées. Pour les manifestations devant rassembler de 2 à 99 personnes ou présentant un autre risque particulier (p. ex. celles s'adressant surtout à des personnes de plus de 65 ans), l'organisateur devait effectuer une évaluation du risque avec le médecin cantonal. Si la manifestation était interdite, il s'agissait d'un cas de force majeure. En revanche, si elle était autorisée par le canton, il ne s'agissait juridiquement pas d'un cas de force majeure ou

d'impossibilité. L'annulation ou le report éventuels auraient donc dû être qualifiés ici de rupture fautive du contrat. Les partenaires contractuels auraient pu prétendre à la totalité de la prestation en espèces même si l'événement n'avait pas eu lieu, sous déduction des frais économisés.
Depuis le 17 mars 2020, un nouveau droit de nécessité est en vigueur et toutes les manifestations sont interdites. Celles-ci sont donc objectivement impossibles pour des raisons de force majeure.

5. Pour les employés, la situation est plus favorable, car la répartition générale du risque décrite ci-dessus est régie par une autre réglementation légale : si le travailleur tombe malade, à savoir qu'il est atteint du coronavirus, il a droit à son salaire pendant une durée déterminée, variable selon le contrat et les années de services, et bénéficie d'un protection contre le licenciement pendant la maladie. Il en va de même pour une durée de 3 à 5 jours si ses enfants sont malades et qu'il doit organiser leur prise en charge. En revanche, cette règle ne s'applique pas pour une simple quarantaine. Dans ce cas, l'école de musique n'est pas tenue de payer, car celle-ci ne relève pas de son risque d'exploitation.

6. Si vous avez pu ou dû réaliser une manifestation avant le 17 mars 2020, vous étiez responsable d'assurer la meilleure protection possible des participants. Il fallait en particulier démontrer que les règles suivantes étaient respectées :

   - Vérifier au moins une fois par jour dans les sources officielles l'évolution de la menace et les instructions des autorités sanitaires ;
   - Signaler qu'une annulation ou un report pourraient être décidés à court terme en fonction de la menace et des prescriptions des autorités sanitaires ;
   - Établir un plan d'urgence précisant quelles mesures doivent être prises et à quel moment, quand la manifestation doit être reportée, respectivement annulée, qui doit informer quelles personnes en cas d'annulation, et qui doit entreprendre d'autres démarches ;
   - Afficher de façon bien visible à l'entrée les consignes de comportement et d'hygiène en vigueur de l'OFSP ;
   - Prévoir suffisamment de possibilités de se laver et désinfecter les mains ;
   - Indiquer aux participants et intervenants que les personnes venant de régions à risque et souffrant de symptômes doivent rester chez elles ;
   - Vérifier les contrats conclus avec les participants et les spectateurs et essayer de trouver avant la tenue de la manifestation un complément valable régissant les obligations et les conséquences financières supplémentaires ;
   - Vérifier les assurances ;
   - Communiquer les mesures par différents canaux, en particulier en cas de nécessité de reporter ou d'annuler au dernier moment la manifestation ;
   - Éviter les coûts inutiles, vous avez l'obligation de limiter le préjudice.

Documentez tout ce que vous avez vérifié et entrepris, car vous pourriez devoir prouver beaucoup plus tard dans un procès que vous avez respecté votre obligation de diligence.

7. L'apparition de l'épidémie de coronavirus et ses graves conséquences n'étaient naturellement pas réglées dans les anciens contrats. C'est pourquoi beaucoup d'incertitudes demeurent aujourd'hui quant aux conséquences juridiques pour les particuliers et pour l'économie. Mais le problème est désormais connu et il est clair qu'il se prolongera encore pendant une durée inconnue. C'est pourquoi je recommande instamment de discuter et régler expressément les questions suivantes pour les futurs contrats de manifestations, ou d'essayer de compléter en conséquence d'un commun accord les contrats existants :

   - Quelles circonstances peuvent empêcher le déroulement de la manifestation ?
   - Quelle sera la conséquence : annulation ou report ?
   - Qu'adviendra-t-il des frais de préparation et des cachets en cas d'annulation ou de report ?

- Qu'adviendra-t-il des billets d'entrée des spectateurs ? Resteront-ils valables pour la date du report ? Ou seront-ils entièrement ou partiellement remboursés ?
- Est-il possible/nécessaire de conclure une assurance pour les conséquences économiques ? Qui doit le faire et sous quelles conditions ?

  Suivant le risque et la capacité économique, ces clauses peuvent être très variables. Mais compte tenu des graves problèmes actuels, elles doivent dans tous les cas être rédigées avec beaucoup de soin.

8. Réponse à la question concrète du membre de la SSPM : En tant qu'employé, vous avez droit pour toutes vos activités au salaire prévu dans votre contrat de travail, y compris les indemnisations des heures supplémentaires. Le droit à un dédommagement de tiers tels que techniciens et traiteurs dépend du contrat concret. Si celui-ci ne renferme pas de clause correspondante et que la manifestation a été interdite par l'État, ils n'obtiennent pas dédommagement. Si la manifestation n'avait pas été officiellement interdite, ils ont droit en revanche à l'indemnisation complète prévue par le contrat, sous déduction des frais économisés.
   Je vous recommande de proposer à l'école de musique d'éviter dans la mesure du possible d'annuler la manifestation, mais de la reporter de manière qu'ensuite toutes les prestations puissent être fournies réciproquement par les participants conformément au contrat.
   Il a été annoncé que des indemnisations et des prêts seront accordés aux personnes ayant subi un préjudice en raison de ces règles d'urgences. La forme concrète de ces indemnisations et les conditions d'octroi ne sont toutefois pas encore connues.

33. Groupes à risques et enseignement présentiel

À plusieurs reprises, des membres de la SSPM se sont informés au sujet de la signification juridique d'une disposition figurant dans un plan de protection d'une école de musique. Celle-ci prévoit que les professeurs vulnérables peuvent reprendre l'enseignement présentiel s'ils déclarent le faire en étant conscients des risques encourus. Les questions posées étaient les suivantes :

Lorsqu'une personnes appartenant à un groupe à risque annonce à la direction de l'école qu'elle souhaite assurer un enseignement présentiel à ses propres risques, quelles en sont les conséquences juridiques ? L'école peut-elle tout simplement ne pas être tenue responsable d'une infection ; et en cas de situation grave, l'enseignant risque-t-il de perdre sa couverture d'assurance, voire d'être considéré comme responsable de conséquences éventuelles ?

Réponse d'Yvette Kovacs :

1. En principe, cette situation est régie par la version la plus récente de l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le Coronavirus (actuellement, état au 11 mai 2020). Au chapitre 5, article 10b, celle-ci donne au sujet des personnes vulnérables (personnes à risque) les précisions suivantes :

   « 1. Les personnes vulnérables sont appelées à rester chez elles et à éviter les regroupements de personnes. Si elles quittent leur domicile, elles prennent des précautions particulières pour respecter les recommandations de l'OFSP en matière d'hygiène et d'éloignement social.
   2. Par personnes vulnérables, on entend les personnes de 65 ans et plus et les personnes qui souffrent notamment des pathologies suivantes: hypertension artérielle, diabète, maladies cardiovasculaires, maladies respiratoires chroniques, faiblesse immunitaire due à une maladie ou à une thérapie, cancer.
   3. Les catégories visées à l'al. 2 sont précisées à l'annexe 6 à l'aide de critères médicaux. La liste est non exhaustive. Une évaluation clinique de la vulnérabilité dans le cas d'espèce est réservée ».

   L'article 10c définit ensuite les obligations de l'employeur concernant la protection de la santé des employés vulnérables :

   « 1. L'employeur permet à ses employés vulnérables de remplir leurs obligations professionnelles depuis leur domicile. À cette fin, il prend les mesures organisationnelles et techniques qui s'imposent.
   2. Si l'employé ne peut pas remplir ses obligations professionnelles habituelles depuis son domicile, son employeur lui attribue des tâches de substitution équivalentes qu'il peut effectuer depuis son domicile et

les rétribue au même salaire, même si elles divergent du contrat de travail. À cette fin, il prend les mesures organisationnelles et techniques qui s'imposent.
3. Si, pour des raisons d'exploitation, la présence d'employés vulnérables sur place est indispensable en tout ou partie, ces derniers peuvent exercer leur activité habituelle sur place, pour autant que les conditions suivantes soient remplies:
   a) la place de travail est aménagée de sorte que tout contact étroit avec d'autres personnes soit exclu, notamment en mettant à disposition un bureau individuel ou une zone clairement délimitée où la distance minimale de deux mètres est respectée;
   b) dans les cas où un contact étroit s'avère parfois inévitable, des mesures de protection appropriées sont prises, selon le principe STOP (substitution, mesures techniques, mesures organisationnelles, équipement de protection individuelle).
4. S'il ne peut pas occuper les employés concernés conformément aux al. 1 à 3, l'employeur leur attribue sur place des tâches de substitution équivalentes respectant les prescriptions visées à l'al. 3, let. a et b, et les rétribue au même salaire, même si elles divergent du contrat de travail.
5. L'employeur consulte les employés concernés avant de prendre les mesures prévues.
6. L'employé concerné peut refuser d'accomplir une tâche qui lui a été attribuée si l'employeur ne remplit pas les conditions visées aux al. 1 à 4 ou si, pour des raisons particulières, il estime que le risque d'infection au coronavirus est trop élevé malgré les mesures prises par l'employeur au sens des al. 3 et 4. L'employeur peut exiger un certificat médical.
7. s'il n'est pas possible d'occuper les employés concernés conformément aux al. 1 à 4, ou dans le cas d'un refus visé à l'al. 6, l'employeur les dispense avec maintien du paiement de leur salaire.
8. Les employés font valoir leur vulnérabilité moyennant une déclaration personnelle. L'employeur peut exiger un certificat médical. »

2. Le Conseil fédéral a publié un rapport explicatif sur cette ordonnance (Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 2 COVID-19), version actuelle à la clôture de la rédaction : 29 avril 2020). Une analyse détaillée des passages concernant les groupes de personnes à risque y figure.

3. Il ressort de l'Ordonnance 2 COVID-19 et de son rapport explicatif que les personnes faisant partie de groupes à risque doivent rester à la maison, et qu'il n'appartient pas à l'employeur ou à l'employé de décider du respect ou non de cette règle. Car cette disposition ne vise pas seulement à protéger les employés, mais plutôt à protéger la santé publique et éviter une surcharge du système de santé :

   «Les personnes appartenant à ces groupes doivent être protégées contre les infections afin de prévenir les cas graves de COVID-19 et d'éviter la congestion des services de soins. » Le rapport précise en outre qu'il importe de garantir une réglementation nationale uniforme de la gestion de ces groupes à risque (rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 COVID-19, 2ème version du 29 avril 2020).

   Il s'ensuit qu'un employé ne peut pas décider par lui-même d'assurer un enseignement présentiel s'il fait partie d'un groupe à risque et qu'il a la possibilité d'éviter d'être présent. A mon avis, la réglementation du plan de protection mentionnée au début de cet article n'est donc pas correcte juridiquement. Il faut suivre l'ordonnance et son rapport explicatif, et non se baser sur une déclaration du professeur.

   Du reste, même si les enseignants avaient la possibilité de décider individuellement, une disposition de ce genre dans un plan de protection serait extrêmement hostile aux intérêts des salariés : en effet, une disposition laissant aux employés le choix de renoncer à leur protection personnelle dans une situation à risque, peut exercer une certaine pression sur les membres du corps enseignant et les pousser à participer à l'enseignement présentiel malgré leur profil de risque, ce qui saperait l'efficacité des règles de protection.

   La renonciation générale d'un professeur à un travail qui pourrait en principe être exécuté depuis son domicile ne me paraît pas licite. Selon l'ordonnance 2 COVID-19, ce cas de figure est envisageable uniquement si des raisons d'exploitation l'exigent, ce qui ne peut pas être affirmé d'une manière générale pour l'enseignement de la musique.

   Si certains élèves refusent l'enseignement par vidéo et exigent un enseignement présentiel, il faudrait envisager la possibilité d'un échange interne pendant la pandémie, ou sinon de procéder selon le chif. 10c, al. 3 de l'ordonnance COVID-19 (protection spéciale de l'enseignant seulement pour ces cas particuliers).

Si cela se révèle impossible et que le professeur ne peut pas obtenir des tâches de substitution, il doit être dispensé avec maintien du paiement de l'intégralité de son salaire, indépendamment du nombre de leçons non données. Il ne subit donc aucune perte de salaire.

Si un enseignement présentiel est envisagé avec des mesures de protection appropriées au sens du chif. 10 c, al. 3 de l'ordonnance 2 COVID-19 pour certaines leçons qui ne peuvent être données autrement, l'ordonnance de toute façon prévoit que le professeur soit consulté.

D'un autre côté, il est évident que le principe « pas de plainte, pas de procès » vaut aussi dans cette situation : si tout le monde est d'accord, personne ne se manifestera pour critiquer une procédure non conforme au droit (enseignement présentiel malgré le risque). Des problèmes ne se poseront qu'à partir du moment où un professeur tombe malade et qu'il faudra répercuter le cas échéant les éventuelles conséquences financières.

1. Il faut par ailleurs tenir compte du fait que l'employeur a un devoir d'assistance envers le travailleur : il lui incombe d'éviter tout ce qui pourrait nuire à l'employé, et de prévenir en particulier les risques pour sa santé. Dans le cas présent, il doit donc agir conformément à l'ordonnance COVID-19, et non sur la base d'une déclaration de professeurs contraire à celle-ci. Si l'employeur sait qu'un employé fait partie des personnes à risque et qu'il le charge d'un enseignement présentiel bien que d'autres possibilités existeraient, il se rend responsable. L'employé porterait aussi une part de responsabilité, mais l'employeur ne serait probablement pas totalement déchargé pour autant.
2. En outre, toute assurance qui aurait connaissance d'une telle situation ferait valoir une faute (grossière) de l'employé de même qu'une faute de l'employeur, sachant que l'employé aurait le droit de rester éloigné et qu'il effectue l'enseignement présentiel à ses propres risques.
3. On peut en conclure que la disposition du plan de protection décrite au début de cet article est en contradiction avec l'ordonnance COVID-19 et doit donc être supprimée, respectivement ne doit pas être suivie. Il faut au contraire mettre en pratique les mesures de protection selon l'ordre hiérarchique prévu par cette ordonnance (cf. rapport explicatif concernant l'ordonnance COVID-19, version du 29 avril 2020).

Cela d'autant plus qu'il y a sans doute déjà suffisamment de personnes qui, par crainte de perdre leur emploi ou pour d'autres raisons extérieures, ne signalent pas qu'elles font partie d'un groupe à risque et enseignent sur place bien qu'elles devraient se protéger. En cas de problème, la question qui si posera alors sera de savoir si le professeur est seul responsable et assume donc seul les conséquences en matière de responsabilité civile et d'assurances, ou si l'employeur était au courant, voire a proposé et encouragé cette pratique, et porte donc aussi une part de responsabilité.

Étant donné que les plans de protection ne sont actuellement ni vérifiés ni approuvés par un service de l'État, ces questions juridiques ne se poseront que si un cas concret se produit. Les conséquences juridiques de ce genre de dispositions sont donc difficiles à évaluer. En cas de litige, il faudra se référer à la jurisprudence. Rappelons aussi que ces explications ne sont valables qu'aussi longtemps que l'ordonnance COVID-19 n'est pas modifiée. Leur validité doit être régulièrement vérifiée en fonction des modifications éventuelles.

Compte tenu de ce qui précède, je déconseille aussi bien l'inscription dans des plans de protection de formulations comme celle mentionnée plus haut ou comparables, que l'acceptation ou la remise de déclarations correspondantes de professeurs. Celles-ci étant diamétralement opposées à l'ordonnance COVID-19, les personnes fautives concernées (direction, enseignant, auteur du plan de protection) devront répondre de leur responsabilité au regard du droit de la responsabilité civile et des assurances en cas de dommage.

L'ordonnance COVID-19 et les plans de protection peuvent changer rapidement. C'est pourquoi nous vous renvoyons également aux publications officielles de l'OFSP et du Conseil fédéral.

34. Qui assume les conséquences de la pandémie ?

Question d'un membre de la SSPM :

Durant le confinement pendant la pandémie, l'école de musique m'a demandé de ne pas enseigner sur place, mais de travailler depuis mon domicile avec Zoom. A cet effet, j'ai aménagé une pièce de manière qu'elle se prête à l'enseignement avec Zoom et soit présentable pour les personnes de l'extérieur. J'ai placé mon instrument et mon ordinateur à un endroit approprié et enlevé les objets privés tels que meubles et photographies. Cela signifie en fait que je ne peux plus utiliser cette pièce à d'autres fins, parce qu'elle doit être disponible pour mon travail. Ne sachant pas si un nouveau confinement arrivera, je garde pour l'instant cette pièce ainsi aménagée.

D'autre part, j'ai dû préparer de nombreux exercices et devoirs destinés à l'utilisation en ligne, ce qui m'a occasionné un grand nombre d'heures supplémentaires, car je n'ai pas l'habitude de travailler à l'ordinateur.

Faut-il que j'assume moi-même toutes ces conséquences de la pandémie, ou mon employeur doit-il participer d'une manière ou d'une autre ?

Réponse d'Yvette Kovacs :

1. Comme toutes les institutions de formation, les écoles de musique ont été confrontées au printemps 2020 à un défi totalement inédit. En raison du confinement imposé par la pandémie, elles ont dû interrompre subitement leur programme ou passer à l'enseignement à distance. Il a fallu trouver de nombreuses solutions adaptées individuellement. Les écoles de musique ont rendu hommage au travail remarquable des enseignantes et des enseignants par des lettres de remerciement. Cependant, il est légitime de se demander si ces remerciements suffisent à indemniser le temps et les dépenses supplémentaires occasionnés aux enseignants, ou si l'employeur doit aller plus loin.

2. Dans de nombreuses branches, les possibilités techniques actuelles permettent de travailler hors des locaux de l'employeur. Le travail depuis le domicile (télétravail), en particulier, est très répandu et a connu une forte progression en raison de la situation pandémique. La forme du télétravail n'est explicitement mentionnée ni dans le droit des obligations ni dans la loi sur le travail du droit public. Les dispositions relatives au travail à domicile ne sont pas adaptées au cas de figure tel qu'il se présente aujourd'hui. Ce sont donc les réglementations générales du droit du travail et les éclaircissements progressifs des décisions judiciaires qui permettront de déterminer quelles dispositions seront à prendre en considération pour le télétravail. Le SECO (Secrétariat d'Etat à l'économie) a publié une brochure sur ce thème qui est disponible sur Internet.

3. En principe, il n'existe aucun droit pour l'employé à travailler depuis son domicile. Au contraire, il ne peut et ne doit le faire que sur instruction de son employeur. Les situations de confinement pendant la pandémie et les instructions de l'OFSP fondées sur le droit relatif à la pandémie qui imposent aux personnes à risque de travailler depuis leur domicile constituent toutefois une exception. En l'absence d'instructions de l'employeur ou de l'OFSP ordonnant le télétravail, l'employé est donc tenu de travailler dans les locaux de son employeur.

4. Si l'employeur ou les autorités ordonnent le télétravail, ou s'il n'y a plus de places de travail disponibles chez l'employeur et que l'employé doit continuer de travailler, l'employeur est tenu d'indemniser les coûts qui en résultent. En application de l'art. 327a, al. 1, CO, l'employeur doit ainsi rembourser au travailleur tous les frais imposés par l'exécution du travail. En application de l'art. 327a, al. 3 par rapport à l'art. 362 CO, il ne peut être dérogé à ces dispositions au détriment du travailleur.

   Dans un jugement rendu en 2018, le Tribunal fédéral a expressément précisé qu'il incombait à l'employeur de payer une pièce qu'un employé utilisait comme bureau et archives pour son travail. Que cette pièce ait dû être spécialement louée pour le télétravail ou était déjà à disposition ne jouait en l'occurrence aucun rôle. Seul comptait le fait que l'employé n'avait pas de bureau approprié à disposition chez son employeur et qu'il avait reçu l'instruction de travailler depuis son domicile.

5. Ces considérations valent également pour les frais et le temps engagés dans l'organisation et l'introduction de l'enseignement à distance depuis le domicile. Lorsque de nouveaux logiciels doivent être achetés, qu'une pièce doit être aménagée pour être présentable, qu'il faut transporter un piano à queue ou que l'employé doit se familiariser avec l'enseignement à distance et s'initier aux programmes correspondants, il s'agit de dépenses et d'heures supplémentaires qui doivent être indemnisées par l'employeur, car elles se font exclusivement dans l'intérêt de ce dernier.
6. En revanche, lorsque le confinement ou les exigences du droit sur la pandémie sont levés, il n'y a plus de nécessité de travailler depuis le domicile. Si le travailleur conserve la pièce telle qu'il l'avait aménagée dans l'hypothèse probable d'un nouveau confinement, il le fait à ses propres coûts et risques. Dans ce cas, l'employeur n'a pas à fournir de contribution financière supplémentaire. Il en va autrement si l'employeur et l'employé estiment que le déroulement de la situation pandémique conduira probablement de nouveau au télétravail et s'accordent sur le fait que le maintien de la pièce prévue à cet effet pourrait même permettre d'économiser des coûts. Dans ce cas, l'employeur doit participer financièrement.

En conclusion : il est recommandé, avant ou au début d'une phase de télétravail, d'obtenir un accord avec l'employeur. Cet accord devrait régler l'étendue des activités en télétravail, les heures de permanence et les délais de réponse, le mode de saisie des heures de travail, l'aménagement et la prise en charge des frais du télétravail, l'acquisition et l'indemnisation de l'utilisation d'appareils et de matériel, les conséquences de pannes (problèmes d'Internet pendant l'enseignement) et la responsabilité concernant les activités accomplies en télétravail. L'obligation de dédommager l'utilisation des locaux et du matériel personnels de l'employé ainsi que les heures supplémentaires occasionnées par l'introduction et la garantie du télétravail devraient également y être réglées.

S'il n'est pas possible d'obtenir une réglementation conventionnelle, c'est la situation juridique décrite ci-dessus qui s'applique, et l'employeur doit donc rembourser la totalité des frais et du temps que l'employé investit dans l'intérêt de l'employeur.

Yvette Kovacs, docteure en droit, conseillère juridique de la SSPM et avocate à Zurich

Traduction française: André Carruzzo, Genève