

2 *Appréciation*

2.1 La formation pour justifier les contrats à durée déterminée

- 49 Dans la pratique, le prétexte de la formation sert régulièrement à justifier un engagement à durée déterminée. Cette argumentation repose sur de nombreux arrêts relevant du droit du personnel⁵⁵. Il n'est toutefois **admissible** de convenir d'un engagement **à durée déterminée** qu'à condition que celui-ci soit **nécessaire à des fins de formation**. Si la durée déterminée du contrat a parallèlement pour effet, intentionnel ou non, de priver les employés des dispositions protectrices du droit du travail, il faut examiner s'il existe des alternatives à un contrat à durée déterminée ou s'il faut limiter le **nombre et la durée des contrats à durée déterminée**.
- 50 Les **contrats à durée déterminée à des fins de formation** sont particulièrement **problématiques** s'ils sont combinés **au temps d'essai et au délai de résiliation**. Le motif en principe admissible pour un contrat à durée déterminée, à savoir la formation, peut ainsi être **compromis** par l'une ou l'autre partie par une **résiliation**. Eu égard au **déséquilibre structurel du rapport de forces** entre l'employé et l'employeur, la **possibilité de la résiliation** constitue en premier lieu un **avantage pour l'employeur**.
- 51 Au lieu d'un engagement à durée déterminée avec un temps d'essai et une possibilité de résiliation (en fait un contrat à durée indéterminée avec un délai maximal)⁵⁶, il est plus judicieux de conclure des **contrats à durée déterminée avec une durée minimale**⁵⁷. Un tel contrat durerait au moins aussi longtemps que l'exige le but de la formation (p. ex. une ou deux années); **ensuite le contrat pourrait être résilié par les deux parties**. Cette solution serait appropriée (garantie du but de la formation) et tiendrait compte des intérêts légitimes des employeurs et des employés.
- 52 Pour les contrats à durée déterminée avec une durée minimale et une possibilité de résiliation subséquente, la question est de savoir que faire lorsque des conflits éclatent pendant la durée minimale du contrat et que l'une ou l'autre partie souhaite une résiliation anticipée du contrat. Dans cette situation, on peut avoir recours au modèle de la **convention de résiliation** qui a fait ses preuves dans la pratique. Celle-ci requiert un consensus entre les parties contractuelles et est valable dans la mesure où l'employé ne renonce pas à des droits découlant de la loi.
- 53 Si la poursuite des rapports de travail n'est plus envisageable pour l'employeur ou l'employé dans le cadre du contrat à durée déterminée, il est possible de le résilier avec effet immédiat (art. 337 CO pour les rapports de travail de droit privé, réglementations similaires dans le droit du personnel du secteur public).
- 54 Au terme de la durée minimale, le contrat peut être résilié par les deux parties. Notamment dans les hôpitaux, où les **engagements de droit privé** sont en augmentation, un contrat de travail peut aussi être résilié sans formalités particulières ou motif objectif (principe de la liberté de résiliation). S'il existe par contre des besoins de protection particuliers, notamment en cas de grossesse/maternité ou de maladie, les périodes prévues à l'art. 336c CO offrent aux **employés**

55 voir plus haut, Rz 38 f.

56 voir plus haut, Rz 11

57 voir plus haut, Rz 10.

concernés une protection limitée dans le temps. Ainsi, les femmes médecins ne perdent pas leurs droits en cas de grossesse/maternité en conséquence des contrats à durée déterminée.

55 La question se pose aussi de savoir si, et dans quelles circonstances, les **contrats à durée déterminée** sont admissibles **pour les chef(fe)s de clinique**. Le tribunal administratif de Zurich s'est exprimé sur le sujet dans un jugement du 12.01.2011⁵⁸. Dans le canton de Zurich, d'après les art. 13 al. 1 et 2 du règlement du personnel (PG)⁵⁹, les contrats à durée déterminée peuvent en règle générale n'être conclus que pour une année au maximum. L'art. 13 al. 2 phrase 3 PG permet toutefois des contrats à durée déterminée de plus longue durée pour des rapports de travail à des fins de formation. La directive du gouvernement cantonal relative à la loi sur le personnel compte expressément les rapports de travail des chef(fe)s de clinique parmi ces contrats de formation⁶⁰. Par ailleurs, l'art. 31 al. 2 de l'ordonnance sur les hôpitaux cantonaux, entre-temps supprimée, disposait que l'engagement des chef(fe)s de clinique ne devait en principe pas dépasser sept ans. Le tribunal administratif de Zurich est parvenu à la conclusion que les réglementations mentionnées constituent une base légale spéciale pour la recevabilité de contrats à durée déterminée à répétition. Cela vaut également pour la nouvelle réglementation légale (art. 6 du règlement du personnel de l'Hôpital universitaire de Zurich (PR-USZ))⁶¹.

56 Le tribunal administratif a par ailleurs précisé que l'autorité d'engagement disposait d'un **pouvoir d'appréciation** pour décider si, et pour quelle durée, des contrats à durée déterminée sont conclus. Dans le cas concret, le tribunal a estimé qu'il était licite de conclure **deux contrats à durée déterminée renouvelables** pour une **durée totale de quatre ans** et qu'il ne s'agissait pas d'un contrat de travail en chaîne illégal⁶².

57 Ce jugement du tribunal administratif de Zurich ne permet cependant **pas de conclure que la formation puisse d'une manière générale justifier un contrat de travail à durée déterminée** pour les chef(fe)s de clinique. Il faut plutôt se demander si la cheffe de clinique ou le chef de clinique veut acquérir un titre de spécialiste supplémentaire ou pas. Dans le premier cas de figure, la durée de la formation postgraduée correspondante peut être un motif justifiant un engagement à durée déterminée. S'il s'agit toutefois d'une formation continue et non pas de la formation postgraduée, la «formation» n'entre plus en considération pour justifier l'engagement à durée déterminée.

58 Jugement du tribunal administratif de Zurich du 12.01.2011, PB.2010.0005.

59 Canton de Zurich, loi sur le personnel du 27 septembre 1998 (PG), SR 177.10.

60 Directive relative à la loi sur le personnel du 22 mai 1996, ABI 1996, 1131 ff.

61 Jugement du tribunal administratif de Zurich du 12.01.2011, PB.2010.0005, E. 4.3.4. § 6 Le PR-USZ prévoit des contrats à durée déterminée plus longs. Quant à savoir si cette réglementation enfreint le droit de rang supérieur, il n'est pas possible d'y répondre dans le cadre de cette expertise succincte. La prolongation à une durée totale de sept ans avec une option de prolongation jusqu'à un total de dix ans (art. 6, al.3 PR-USZ) semble très longue et n'est donc probablement pas sans poser un problème. Le règlement ne prévoit d'ailleurs pas de contrats à durée déterminée avec temps d'essai et possibilité de résiliation. Seuls les contrats à durée indéterminée peuvent être résiliés (art. 6 al. 1 PR-USZ)

62 Jugement du tribunal administratif de Zurich du 12.01.2011, PB.2010.0005, E. 4.3.3. Le tribunal administratif rend attentif au fait qu'avec seulement deux contrats à durée déterminée consécutifs, une violation de la loi est de toute manière exclue. D'après la position présentement défendue, c'est pourtant faux. Un seul contrat à durée déterminée est déjà abusif si le seul but de ce contrat est d'empêcher la naissance de droits de protection de l'employé ou de faire indûment supporter à l'employé le risque de l'entreprise. Voir plus haut, Rz 9.

58 **En résumé**, la conclusion d'un contrat à durée déterminée est justifiée par le motif de la «formation». Seule la formation postgraduée pour devenir médecin spécialiste est à considérer comme formation. Par contre, **il n'est pas permis de combiner un engagement à durée déterminée avec un temps d'essai et une possibilité de résiliation pendant**

la durée du contrat à durée déterminée. L'objectif légitime poursuivi par l'engagement à durée déterminée (c'est-à-dire le fait de ne pas pouvoir résilier le contrat pendant la durée de la formation) est ainsi compromis. Or, il est toutefois possible de **conclure un contrat de travail avec une durée minimale et une possibilité de résiliation subséquente**. Cette solution tient compte du motif de la «formation» et prend en considération de manière appropriée les intérêts de l'employeur et de l'employé⁶³.

2.2 Grossesse/maternité et contrat à durée déterminée

59 Comme déjà plusieurs fois mentionné dans cette expertise, les engagements à durée déterminée de médecins-assistantes (et cheffes de clinique) posent problème au regard de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes⁶⁴. C'est notamment le cas lorsque des contrats à durée déterminée d'une année sont combinés avec un temps d'essai de trois mois et un délai de résiliation⁶⁵. Comme de tels **contrats** conduisent de fait à la suppression des dispositions relatives à la grossesse et à la maternité, ils sont **indirectement discriminatoires** (art. 3 LEg) et donc illicites.

2.3 Autres réflexions

60 Dans sa thèse, ERTL se réfère à une étude de l'Observatoire suisse de la santé (OBSAN)⁶⁶ et rend attentif au lien historique entre l'augmentation du nombre d'engagements à durée déterminée de médecins-assistant(e)s et chef(fe)s de clinique et les dispositions concernant le droit des étrangers. Jusqu'en 2007, on octroyait aux médecins étrangers (aussi pour l'UE/AELE) des autorisations de séjour de courte durée jusqu'à une année qui pouvaient, si nécessaire, être renouvelées. Dans ce contexte, il y avait donc un motif supplémentaire justifiant la limitation à une année de la durée des contrats. Aujourd'hui, ce motif n'a plus lieu d'être pour les étrangers de l'UE/AELE, car ceux-ci profitent de la liberté totale de circulation. Le motif de «l'autorisation à durée déterminée» n'entre donc plus en considération. ERTL suppose que cette pratique des contrats de courte durée est malgré tout poursuivie par les hôpitaux⁶⁷.

61 Dès lors, un motif «obstacles à l'autorisation régie par le droit des étrangers» ne vaut pas pour les médecins étrangers originaires de l'UE/AELE.

IV) Réponse récapitulative des questions concernant l'expertise

62 L'ASMAC souhaite premièrement savoir si les contrats à durée déterminée à répétition, comme p. ex. pour une durée d'engagement de deux fois trois ans ou de deux à trois contrats d'une année, sont admissibles pour les chef(fe)s de clinique.

- D'après les documents en ma possession, de tels contrats à durée déterminée sont régulièrement combinés avec un temps d'essai et un délai de résiliation. La flexibilité accrue qui en résulte pour les deux parties s'avère généralement préjudiciable pour les employés⁶⁸.

63 voir Rz 10 et Rz 52 à 54.

64 voir Rz 14, 14 ss., 59.

65 voir Rz 14

66 Obsan, Immigration du personnel étranger vers la Suisse, Obsan Rapport 39, 2010.

67 ERTL (Fn 3), p. 32.

68 voir Rz 13

- Au regard des explications de cette expertise, les contrats à durée déterminée ne sont admissibles que dans la mesure où ils peuvent être justifiés par le motif de la «formation». Il s'agit de la formation d'un chef de clinique ou d'une cheffe de clinique lorsque le médecin veut obtenir un titre de spécialiste supplémentaire et que le contrat de travail est en conséquence limité à cette durée⁶⁹. Les contrats à durée déterminée à répétition avec des chef(fe)s de clinique sans le motif «formation ou formation postgraduée» sont illicites.
- Les aspects liés à la gestion de l'entreprise ne constituent pas des motifs justifiant un contrat à durée déterminée, car le risque d'entreprise ne doit pas être répercuté sur les employés⁷⁰.
- L'argumentation des hôpitaux selon laquelle on ne peut pas rester chef de clinique pendant tout son parcours professionnel est erronée dans la mesure où il sert à justifier des contrats à durée déterminée. La caractéristique des contrats à durée indéterminée est précisément qu'ils peuvent être résiliés. Cela signifie par conséquent que les dispositions en matière de protection contre les licenciements s'appliquent dans le cas concret.

63 La deuxième question de l'ASMAC se réfère aux contrats d'une année pour les médecins-assistant(e)s qui sont aussi justifiés avec l'argument de la formation ou de la formation postgraduée.

- Si pour le titre de spécialiste visé, une phase de formation de deux ans est nécessaire dans un certain domaine, il faut de justes motifs pour limiter la durée de l'engagement à seulement une année. Cette justification doit être liée à la formation⁷¹.
- Les engagements à durée déterminée d'une année avec temps d'essai et délai de résiliation sont particulièrement préjudiciables aux médecins-assistantes en cas de grossesse/maternité⁷². Eu égard aux réels inconvénients pour les femmes concernées, cette forme d'engagement est indirectement discriminatoire et donc illicite⁷³.

64 Toutes les explications dans cette expertise mènent au constat suivant (pour les médecins-assistant(e)s et chef(fe)s de clinique):

- La formation ou la formation postgraduée (médecin spécialiste) est un motif justifiant un contrat à durée déterminée. Si toutefois le contrat à durée déterminée est combiné à un temps d'essai et un délai de résiliation, cela implique un inconvénient majeur pour l'employé. Le but de la formation peut aussi être atteint avec un contrat pouvant être résilié après échéance d'une durée minimale. Cette solution tient à la fois compte des intérêts des employeurs et des employés et doit donc être préférée à la variante «Contrat à durée déterminée avec temps d'essai et délai de résiliation»⁷⁴.

⁶⁹ voir Rz 46s. 55

⁷⁰ voir Rz 23 ss.

⁷¹ voir Rz 21 ss, 21 ss.

⁷² voir Rz 14

⁷³ voir Rz

⁷⁴ voir Rz 10, 52 à 54 et 58.