

L'Incapacité de travail dans tous ses états!

Mes Sarah Nathalie Halpérin et Selina Müller
Spécialistes FSA en droit du travail
20 Février 2017

LE CONTRAT DE TRAVAIL

Nathalia et Stratégix SA

Durée	Indéterminée
Entrée en service	1 ^{er} janvier 2014
Temps d'essai	3 mois (7 jours de délai de congé)
Délai de congé après temps d'essai	Art. 335c CO
Vacances	24 jours par année de service

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

1. Pendant le temps d'essai

Cas 1

Nathalia tombe malade (grippe) du mardi 3 au jeudi 5 mars 2014.

Quid du salaire dû pour le mois de mars 2014?

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

1. Pendant le temps d'essai

Art. 324a al. 1 CO

Salaire en cas d'empêchement du travailleur

*« Le salaire en cas d'incapacité de travail n'est dû, pour une durée limitée, que pour autant que les rapports de travail **aient duré ou aient été conclus pour plus de trois mois** ».*

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

1. Pendant le temps d'essai

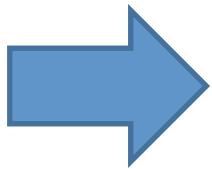
ATF 131 III 623 c. 2.1

CONTRAT DE DUREE DETERMINEE	CONTRAT DE DUREE INDETERMINEE
<p><u>Durée inférieure ou égale à trois mois</u></p> <p>L'employeur n'a pas à rémunérer le travailleur pendant l'incapacité de travail non fautive</p>	<p><u>Délai de congé inférieur ou égal à trois mois</u></p> <p>le droit au salaire en cas d'incapacité non fautive prend naissance dès le premier jour du quatrième mois</p>
<p><u>Durée supérieure à trois mois</u></p> <p>le droit au salaire en cas d'incapacité non fautive prend naissance dès le premier jour de travail</p>	<p><u>Délai de congé supérieur à trois mois</u></p> <p>le droit au salaire en cas d'incapacité de travail non fautive prend naissance dès le premier jour de travail</p>

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

1. Pendant le temps d'essai

Résolution du Cas 1



Les 3 jours d'incapacité n'ont pas à être rémunérés.

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

1. Pendant le temps d'essai

Cas 2

Nathalia a obtenu 3 jours de vacances pour le mariage de sa cousine (mardi 24 au jeudi 26 mars 2014).

Le contrat de travail de Nathalia est résilié le 6 avril 2014. Elle est rémunérée jusqu'au 13 avril 2014.

Nathalia vous consulte.

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

1. Pendant le temps d'essai

art. 335b al. 1 et 3 CO

Délai de congé pendant le temps d'essai

*« 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. (a. 1)*

*Lorsque, pendant le temps d'essai, le travail est interrompu par suite de **maladie, d'accident ou d'accomplissement d'une obligation légale** incombant au travailleur sans qu'il ait demandé de l'assumer, le temps d'essai est prolongé d'autant. (al. 3) ».*

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

1. Pendant le temps d'essai

ATF 136 III 562, c. 3 = JdT 2011 II 209 = SJ 2011 I 1

Énumération précise des causes d'incapacité entraînant une prolongation du temps d'essai.

a contrario les autres causes d'incapacité ne prolongent pas le temps d'essai

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

1. Pendant le temps d'essai

Résolution du Cas 2

Afin d'être effectué pendant le temps d'essai, le licenciement aurait dû être signifié le 3 avril 2014 au plus tard (*prolongation de 3 jours pour cause de maladie*).

La résiliation est ainsi intervenue après temps d'essai. Le délai de congé est dès lors d'un mois pour la fin d'un mois (*fin mai 2014*).

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

1. Pendant le temps d'essai

Cas 3

Le contrat de travail de Nathalia est résilié le 2 avril 2014.

Nathalia reproche à Stratégix SA de l'avoir licenciée en raison de son arrêt maladie. Elle qualifie le licenciement d'abusif.

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

1. Pendant le temps d'essai

Art. 336 al. 1 lit. a CO

Protection contre les congés

Résiliation abusive

*« Le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie pour une raison **inhérente à la personnalité** de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise. »*

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

1. Pendant le temps d'essai

ATF 130 III 699, c. 4.1 = JdT 2006 I 193 = SJ 2005 I 152

Constituent, par exemple, des raisons inhérentes à la personnalité, la race, la nationalité, l'âge, l'homosexualité, les antécédents judiciaires ou encore la **maladie**, la séropositivité, ainsi que la religion.

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

1. Pendant le temps d'essai

ATF 134 III 108, c. 7, JdT 2009 I 51 (trad.), SJ 2008 I 298 (trad.).

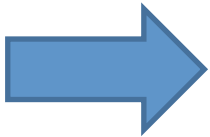
Possibilité d'invoquer les dispositions sur le congé abusif pendant le temps d'essai.

Dans la mesure cependant où le temps d'essai comporte nécessairement une part d'arbitraire, l'application des articles 336 ss CO doit rester exceptionnelle.

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

1. Pendant le temps d'essai

Résolution du Cas 3



Peu de chances d'aboutir en l'occurrence.

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

2. Après le temps d'essai

2.1 *Le certificat médical*

Cas 4

Le vendredi 31 mai 2014, Nathalia ne se présente pas à son poste. Elle appelle son employeur pour indiquer qu'elle se trouve en incapacité en raison de douleurs dorsales.

Le certificat médical est établi par un médecin généraliste et prévoit une incapacité de travail jusqu'au 30 juin 2014.

Stratégix SA a des doutes et vous demande conseil.

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

2. Après le temps d'essai

2.1 *Le certificat médical*

L'employé a le **fardeau de la preuve** de l'incapacité non fautive (8 CC). Généralement un certificat médical (8C_838/2009).

Appréciation par les Tribunaux:

- a) Rétroactivité (4F_16/2010)
- b) Domaine de spécialisation (4P.250/2004)
- c) Déclarations du patient (8C_116/2014)
- d) Proche d'un licenciement (4A_227/2009)
- e) Circonstances

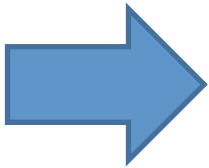
Médecin conseil

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

2. Après le temps d'essai

2.1 *Le certificat médical*

Résolution du Cas 4



Médecin conseil

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

2. Après le temps d'essai

2.1 *Le certificat médical (vacances)*

Cas 5

Nathalia part en vacances en Suède du 13 juillet au 29 juillet 2014. Le lundi 27 juillet 2014 Nathalia adresse un courriel à Stratégix SA et annexe un certificat médical d'un médecin consulté en Suède, lequel indique qu'elle a été en incapacité de travail du 21 au 25 juillet.

Nathalia réclame donc que ces 5 jours soient ajoutés à son solde de vacances. Quid ?

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

2. Après le temps d'essai

2.1 *Le certificat médical (vacances)*

L'affection a-t-elle **entravé** de manière importante la **récupération de la fatigue** (but des vacances)?

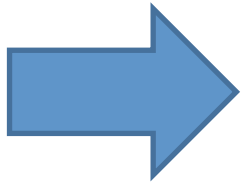
L'employé n'avait-il **plus la maîtrise de son emploi du temps** pendant la période de vacances (choix des occupations (lieux, activités))?

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

2. Après le temps d'essai

2.1 *Le certificat médical (vacances)*

Résolution du Cas 5



Le certificat médical n'atteste pas d'une incapacité de jouir de son temps libre.

A discuter

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

2. Après le temps d'essai

2.2 Réduction du droit aux vacances

Cas 6

Nathalia, rencontrant quelques complications avec sa grossesse, doit rester alitée du 1^{er} octobre 2014 au 30 novembre 2014.

Pour mémoire, Nathalia avait été absente pour maladie en 2014, comme suit:

Cause de l'incapacité de travail	Durée de l'absence
Grippe 03.03.14 au 05.03.14	3 jours
Douleurs dorsales 31.05.14 au 30.06.14	32 jours
Maladie pendant les vacances 21.07.14 au 25.07.14	5 jours
Maladie pendant la grossesse 01.10.14 au 30.11.14	61 jours

En fin d'année 2014, Nathalia demande à pouvoir bénéficier des 12 jours de vacances non pris.

Strategix SA vous demande conseil, quid?

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

2. Après le temps d'essai

2.2 Réduction du droit aux vacances

Art. 329b CO

Réduction

« 1. Lorsqu'au cours d'une année de service, le travailleur est, par sa propre faute, empêché de travailler pendant plus d'un mois au total, l'employeur peut réduire la durée de ses vacances d'un douzième par mois complet d'absence.

2. Si la durée de l'empêchement n'est pas supérieure à un mois au cours d'une année de service, et si elle est provoquée, sans qu'il y ait faute de sa part, par des causes inhérentes à la personne du travailleur, telles que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale, exercice d'une fonction publique ou prise d'un congé-jeunesse, l'employeur n'a pas le droit de réduire la durée des vacances.

3. L'employeur ne peut pas non plus diminuer les vacances d'une travailleuse si, en raison d'une grossesse, elle est empêchée de travailler pendant deux mois au plus, ou si elle a bénéficié des allocations de maternité au sens de la loi du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain (LAPG).

4. Un contrat-type de travail ou une convention collective peut déroger aux al. 2 et 3, à la condition d'offrir, dans l'ensemble, une réglementation au moins équivalente pour les travailleurs. »

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

2. Après le temps d'essai

2.2 Réduction du droit aux vacances

Il faut impérativement distinguer les raisons de l'absence:

329b al. 1 CO:

Réduction du droit aux vacances d'un douzième si le travailleur est empêché de travailler par sa propre faute, dès le 1^{er} mois complet d'absence, ainsi que pour chaque mois complet ensuite.

Pas de délai de grâce.

329b al. 2 CO:

Lorsque le travailleur est empêché de travailler, sans faute de sa part, pour des causes inhérentes à sa personne, réduction des vacances possible d'un douzième par mois complet d'absence **après un délai de grâce d'un mois** pendant lequel l'employeur ne peut opérer aucune réduction.

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

2. Après le temps d'essai

2.2 Réduction du droit aux vacances

329b al. 3 CO

La réduction du droit aux vacances est possible d'un douzième par mois complet d'absence, après un **délai de grâce de deux mois** pour les périodes d'empêchements de travailler au cours de la grossesse et jusqu'à l'accouchement. Ainsi c'est à partir du 3^{ème} mois complet d'absence que la réduction peut commencer.

Le congé maternité est toujours écarté du calcul (pas de réduction possible pour le congé maternité).

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

2. Après le temps d'essai

2.2 Réduction du droit aux vacances

Remarques générales:

- Les délais de grâce sont **afférents à l'année de service** (ou à l'année civile, selon le contrat de travail).
- Les absences non utilisées pour une réduction durant une année de service **ne peuvent pas être reportées pour l'année de service suivante.**
- Les absences pour plusieurs raisons (al.2 et al.3) s'additionnent et **on applique le délai de grâce le plus favorable** (2 mois).

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

2. Après le temps d'essai

2.2 Réduction du droit aux vacances

Résolution Cas 6

Cause de l'incapacité de travail	Durée de l'absence	329b CO
Grippe 03.03.14 au 05.03.14	3 jours	3 jours
Douleurs dorsales 31.05.14 au 30.06.14	32 jours	1 mois complet d'absence
Maladie pendant les vacances 21.07.14 au 25.07.14	5 jours	5 jours
Maladie pendant la grossesse 01.10.14 au 30.11.14	61 jours	2 mois complets d'absence
Total		3 mois complets d'absence
Délai de grâce le plus long 329b al.3 CO		- 2 mois de délai de grâce
Réduction du droit aux vacances		1 mois

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

2. Après le temps d'essai

2.2 Réduction du droit aux vacances

Résolution du Cas 6 (suite)

Le droit aux vacances annuel 2014 de 24 jours de Nathalia peut ainsi être réduit d'un douzième, soit de 2 jours.

Nathalia a ainsi droit à 22 jours pour l'année 2014.

Elle a déjà pris 12 jours de vacances en 2014.

Strategix SA pourra, si elle le souhaite, réduire le solde de vacances de Nathalia et informer cette dernière que son solde de vacances est de 10 jours.

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

2. Après le temps d'essai

2.3 Absence pour responsabilités familiales

Cas 7

Le lundi 2 février 2015 , Nathalia envoie un courriel à son employeur indiquant que sa fille de 5 ans est malade et qu'elle doit rester la garder, n'ayant personne à qui la confier. Elle revient au travail le jeudi 5 février 2015.

Son employeur souhaite décompter ces 3 jours d'absence de son solde vacances.

Nathalia vous demande conseil. Quid?

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

2. Après le temps d'essai

2.3 *Absence pour responsabilités familiales*

Art. 36 LTr

« 1. Lorsqu'il fixe les heures de travail et de repos, l'employeur doit tenir compte notamment des responsabilités familiales des travailleurs. Sont réputées responsabilités familiales l'éducation des enfants jusqu'à l'âge de quinze ans ainsi que la prise en charge de membres de la parenté ou de proches exigeant des soins.

2. Ces travailleurs ne peuvent être affectés à un travail supplémentaire sans leur consentement. A leur demande, une pause de midi d'au moins une heure et demie doit leur être accordée.

3. L'employeur doit, sur présentation d'un certificat médical, donner congé aux travailleurs ayant des responsabilités familiales, pour le temps nécessaire à la garde d'un enfant malade, jusqu'à concurrence de trois jours. »

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

2. Après le temps d'essai

2.3 Absence pour responsabilités familiales

Selon le SECO, le parent dont l'enfant est malade a le droit dans une certaine mesure de rester à la maison s'occuper de son enfant malade et ce sans prendre de jours de vacances.

Cette règle s'applique **par cas de maladie**.

Sur présentation d'un **certificat médical**, l'employeur doit accorder au travailleur qui assume des obligations familiales le temps requis pour prendre soin de son enfant malade (**jusqu'à trois jours**, selon l'âge et l'état de santé de l'enfant).

Cependant, le parent est tenu de s'efforcer de trouver des solutions de remplacement adéquates (p. ex. concours de membres de la famille ou de proches pour soigner l'enfant).

SECO, Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2 , 036-2.

I. DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

2. Après le temps d'essai

2.3 Absence pour responsabilités familiales

Résolution du Cas 7

Nathalia devra fournir le certificat médical du médecin de sa fille et, si tel est le cas, son absence de 3 jours sera justifiée.

II. RESILIATION DES RAPPORTS DE TRAVAIL

Cas 8

Nathalia a été absente de son travail pour les raisons et aux dates suivantes:

- Grippe du 03.03.14 au 05.03.14
- Douleurs dorsales du 31.05.14 au 30.06.14
- Maladie pendant les vacances: 21.07.14 au 25.07.14
- Maladie pendant la grossesse de Nathalia: 01.10.14 au 30.11.14
- Maladie de son enfant: 01.02.15 au 08.02.15
- Dépression 01.03.15 au 28.04.15: Incapacité à 75%. Elle vient tous les matins quelques heures.
- Accouchement le 01.05.15, congé maternité jusqu'au 21.08.15
- Dépression depuis le 15.04.16

Alors qu'elle se trouve toujours en incapacité de travail, Nathalia reçoit un courrier de licenciement le 28.04.16 pour le 30.06.16.

Nathalia estime que le licenciement est nul et vous demande conseil. Quid?

II. RESILIATION DES RAPPORTS DE TRAVAIL

1. Cas de protection 336c CO

Art. 336c CO

Résiliation en temps inopportun

Par l'employeur

« 1 Après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat:

a. pendant que le travailleur accomplit un service obligatoire, militaire ou dans la protection civile, ou un service civil, en vertu de la législation fédérale, ou encore pendant les quatre semaines qui précèdent et qui suivent ce service pour autant qu'il ait duré plus de onze jours;

b. 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;

c. pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement;

d. pendant que le travailleur participe, avec l'accord de l'employeur, à un service d'aide à l'étranger ordonné par l'autorité fédérale.

(...)»

II. RESILIATION DES RAPPORTS DE TRAVAIL

1. Cas de protection 336c CO

- **Let. a** : Service obligatoire 4 semaines avant et 4 semaines après si service a duré plus de onze jours
(art. 3 LAAM: valable aussi pour les femmes)

- **Let. b** : Maladie ou Accident
30 jours la 1ère année de service
90 jours de la 2ème à la 5ème année de service
180 jours dès la 6ème année de service

En cas d'empiètement de la maladie sur 2 années de services, le délai plus long est applicable sauf pour la prolongation supplémentaire de 336c al. 3 CO (ATF 133 III 517)

Dies a quo = le 1^{er} jour de l'incapacité de travail

Une fois le délai de protection échu, le travailleur peut être licencié même s'il se trouve toujours en incapacité de travail.

II. RESILIATION DES RAPPORTS DE TRAVAIL

1. Cas de protection 336c CO

Incapacité de travail « partiel »

Si le travailleur est au bénéfice d'un certificat médical attestant d'une incapacité de travail partiel, la protection (en jours) de l'art. 336c al.1 let. b CO est décomptée **en jours complets**, que ce soit une absence à plein temps ou à temps partiel n'y change rien.

(Berner Kommentar, 1992, N 3 ad. art. 336c CO, p. 111 et STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl Zürich 1992)

II. RESILIATION DES RAPPORTS DE TRAVAIL

1. Cas de protection 336c CO

- **Let. c** : Grossesse et seize semaines qui suivent l'accouchement

ATF 135 III 349 : La protection de l'art. 336c al. 1 let. c n'est pas subordonnée à l'annonce de la grossesse (in casu un mois après la fin des rapports de travail). De plus, aucune mention n'est faite d'un quelconque délai pour faire valoir le droit à la protection.

Sous réserve de l'abus de droit.

Pour qu'il y ait abus de droit: Il faut des circonstances exceptionnelles. Car si tel n'était pas le cas, la protection assurée au travailleur serait illusoire (ATF 135 III 349; ATF 129 III 493, consid. 5.1 et ATF 129 III 622, consid. 5.2)

- **Let. d** : Service d'aide à l'étranger (avec l'accord de l'Employeur)

II. RESILIATION DES RAPPORTS DE TRAVAIL

2. Cumul intralittéral et interlittéral

Cumul intralittéral

A l'intérieur d'une éventualité prévue par l'une des lettres de 336c al. 1 CO, chaque nouvelle situation constitue le point de départ d'une période de protection. Il faut par contre être en présence d'un nouveau cas et pas de la rechute d'une situation ayant déjà donné lieu à une protection.

(ex: Une grippe puis une dépression suivie d'une opération du cœur)

Cumul interlittéral

Les éventualités prévues par les différentes lettres de l'art. 336c al.1 CO font chacune courir une nouvelle période de protection, indépendante l'une de l'autre.

(ex: Un accident, puis une maladie suivie d'un service militaire obligatoire)

Les deux cumuls sont admis par le TF et peuvent se chevaucher et se cumuler (ATF 120 II 124 c. 3; 4A_ 117/2007 c. 5.1)

II. RESILIATION DES RAPPORTS DE TRAVAIL

Résolution du Cas 8

Cause de l'incapacité de travail	Durée de l'absence	Délai de protection
Grippe 03.03.14 au 05.03.14	3 jours	336c I Pas de protection durant le temps d'essai
Douleurs dorsales 31.05.14 au 30.06.14	32 jours	336c I let. b 32 jours utilisés/30 jours de protection (1 ^{ère} année de service) Pas de licenciement envisagé
Maladie pendant les vacances 21.07.14 au 25.07.14	5 jours	336c I let. b Si la maladie n'est pas une suite des douleurs dorsales, nouveau délai de protection de 30 jours (1 ^{ère} année de service)
Maladie pendant la grossesse 01.10.14 au 30.11.14	61 jours	336c al.1 let. c Protection en raison de la grossesse
Dépression 05.02.15 au 28.04.15 Incapacité à 75%	83 jours	336c I let. b 83 jours utilisés/ 90 jours de protection (2 ^{ème} année de service)
Accouchement le 01.05.15	16 semaines	336c al.1 let. c Protection au cours des 16 semaines qui suivent l'accouchement
Dépression 15.04.16 à durée indéterminée	Dès le 15.04.16	336c I let. b Même maladie qui se poursuit depuis 2015 90 ^{ème} jour utilisé le 21.04.16/ 90 jours de protection Fin du délai de protection Possible de licencier Nathalia dès le 22.04.16

II. RESILIATION DES RAPPORTS DE TRAVAIL

Résolution du Cas 8 (suite)

La résiliation des rapports de travail a valablement été signifiée le 28 avril 2016. En effet, elle est intervenue après la période de protection de 90 jours pour la maladie (dépression) de Nathalia. En outre, le délai de congé de deux mois pour la fin d'un mois, soit pour le 30 juin 2016, a été respecté.

III. DURANT LE DELAI DE CONGE

1. Suspension et report du délai de congé

Cas 9

Le 16 mai 2016, soit pendant son délai de congé, Nathalia tombe malade (pneumonie) , ce qui entraîne une incapacité de travail jusqu'au 30 juin 2016.

Par la suite, le 20 août 2016 Nathalia est blessé suite à un accident de voiture, ce qui entraîne une incapacité de travail d'une durée d'un mois. Elle appelle immédiatement son employeur afin de l'informer.

Strategix SA vous demande conseil. Quid?

III. DURANT LE DELAI DE CONGE

1. Suspension et report du délai de congé

Art. 336c CO

Résiliation en temps inopportun

Par l'employeur

« (...) 2 Le congé donné pendant une des périodes prévues à l'alinéa précédent est nul; si le congé a été donné avant l'une de ces périodes et si le délai de congé n'a pas expiré avant cette période, ce délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de la période.

«3 Lorsque les rapports de travail doivent cesser à un terme, tel que la fin d'un mois ou d'une semaine de travail, et que ce terme ne coïncide pas avec la fin du délai de congé qui a recommencé à courir, ce délai est prolongé jusqu'au prochain terme. »

III. DURANT LE DELAI DE CONGE

1. Suspension et report du délai de congé

ATF 134 III 354 = SJ 2008 I 333

Le calcul du délai de congé se fait rétroactivement depuis la date de la fin du contrat.

III. DURANT LE DELAI DE CONGE

1. Suspension et report du délai de congé

Si une incapacité de travail, quelle qu'en soit la cause, intervient pendant le temps supplémentaire accordé par l'article 336c al.3 CO pour faire coïncider le terme et la fin du délai de congé (**délai reporté**) alors il n'y a pas de protection, pas de nouvelle suspension du délai de congé (ATF 124 III 474).

Il est toujours possible de prévoir **un délai de congé net**, auquel cas il n'y aura pas de prolongation pour la fin d'un mois, mais il faut le faire impérativement **par écrit**.

III. DURANT LE DELAI DE CONGE

1. Suspension et report du délai de congé

Résolution du Cas 9

Le délai de congé de **deux mois pour la fin d'un mois** a commencé à courir le 1^{er} mai 2016 jusqu'au 15 mai 2016, soit **15 jours**.

Le délai de résiliation est suspendu par la maladie (pneumonie) du 16 mai 2016 au 30 juin 2016 (on ne dépasse pas les 90 jours de protection de 336c CO donc toute la période de maladie est prise en compte dans la suspension).

Délai de congé non couru: 1 mois et demi

Le délai de congé recommence à courir le 1^{er} juillet 2016 jusqu'au 15 août 2016, soit **1 mois et demi**.

III. DURANT LE DELAI DE CONGE

1. Suspension et report du délai de congé

En l'occurrence, le délai de congé de Nathalia arrivait à terme le 15 août 2016.

Le 15 août 2016 ne coïncide pas avec le terme «à la fin d'un mois» prévu par les rapports de travail.

Les rapports de travail sont donc prolongés jusqu'au prochain terme, soit du 16 août 2016 au 31 août 2016, c'est le **délai reporté**.

III. DURANT LE DELAI DE CONGE

1. Suspension et report du délai de congé

Or, Nathalia est blessé dans un accident de voiture le 20 août.

Aucune protection n'interviendra pendant ce délai reporté, et l'accident de voiture du **20 août 2016** n'entraînera aucune nouvelle suspension. Les rapports de travail prendront fin comme prévu **le 31 août 2016**.

III. DURANT LE DELAI DE CONGE

2. Accord de résiliation

Accord de résiliation

L'art. 336c CO n'interdit pas aux parties de rompre **en tout temps** le contrat de travail d'un commun accord pour autant qu'elles ne cherchent pas, par ce biais, à détourner une disposition impérative de la loi. En particulier, l'acceptation, par l'employé, d'une résiliation proposée par l'employeur ne suffit pas, à elle seule, pour déduire l'existence d'une résiliation conventionnelle et, par là-même, une volonté implicite du travailleur de renoncer à la protection accordée par les art. 336 ss CO.

TF 4C.127/2005 du 02.11.2005 (consid. 4)

TF 4A_362/2015

III. DURANT LE DELAI DE CONGE

2. Licenciement abusif

Cas 10

Nathalia vous indique que les motifs fondant le licenciement sont ses longues incapacités de travail.

Elle vous indique que ses incapacités pour dépression sont liées à un harcèlement psychologique (*mobbing*) subi sur son lieu de travail.

Que lui conseillez-vous?

III. DURANT LE DELAI DE CONGE

2. Licenciement abusif

Principe: Abusif, si le congé est motivé par la maladie.

Exception: Si lien avec le rapport de travail, **lorsque la maladie porte atteinte à la capacité de travail de l'employé**. L'employeur est alors en droit, suivant les circonstances, de résilier le contrat de travail d'un employé malade, après l'écoulement du délai de protection contre le congé donné en temps inopportun (not. arrêt du Tribunal fédéral 4C.174/2004 du 5 août 2004 consid. 2.2.2).

Exception à l'exception: L'employeur est juridiquement **responsable** de l'empêchement du travailleur.

« La résiliation du contrat de travail d'un employé qui a été harcelé sera considérée comme abusive lorsque le mobbing a provoqué chez le travailleur une baisse de rendement ou une période de maladie dont l'employeur se prévaut lors de la résiliation » (arrêt du Tribunal fédéral 4C.320/2005 du 20 mars 2006 consid. 3.2) .

III. DURANT LE DELAI DE CONGE

2. Licenciement abusif

Résolution du Cas 10

- Période de protection (licenciement en temps inopportun) échue
- Preuve du harcèlement psychologique (faisceaux d'indices convergents)
- Responsabilité de l'employeur

III. DURANT LE DELAI DE CONGE

3. Certificat de travail

Cas 11

Stratégix SA vous demande si elle peut faire mention des nombreuses absences de Nathalia dans le certificat de travail.

III. DURANT LE DELAI DE CONGE

3. Certificat de travail

Principes:

- Bienveillant
- Exact
- Complet

III. DURANT LE DELAI DE CONGE

3. Certificat de travail

ATF136 III 510; TF 4A_601/2008

Selon le TF, l'employeur est tenu de mentionner, dans le certificat de travail, une maladie qui aurait eu une **influence décisive sur les prestations ou le comportement** d'un collaborateur.

L'employeur est également tenu de mentionner les éventuels problèmes de santé **peu compatibles avec l'exercice de telle ou telle profession**.

Le certificat doit aussi mentionner les **absences prolongées**, notamment quand leur durée était d'une certaine importance en comparaison avec la longueur des rapports de travail.

Cette condition est remplie lorsque l'employé ne pouvait plus, à la suite d'une maladie, exercer son activité **pendant plus d'une année** et qu'il n'était pas possible de prévoir si et quand il serait à même de le faire à nouveau.

Par contre, l'employeur n'a pas le droit de mentionner des **problèmes de santé restés sans conséquence**, le but étant toujours de **refléter de manière réelle l'expérience acquise** par l'employé pendant la durée du contrat.

III. DURANT LE DELAI DE CONGE

3. Certificat de travail

Résolution Cas 11

- Cas limite
- Eventuelle responsabilité de l'employeur

Merci de votre attention!

Me Sarah Halpérin, avocate, spécialiste FSA en droit du travail
BOREL & BARBEY, Genève, Suisse
Email sarah.halperin@borel-barbey.ch
Tél +41 22 707 1800
Fax +41 22 707 1811



Me Selina Müller, associée, spécialiste FSA en droit du travail
MING HALPERIN BURGER & INAUDI, Genève, Suisse
Email smuller@avocats.ch
Tél +41 22 839 7000
Fax +41 22 839 7007

