

# DROIT DU TRAVAIL

JUIN 2020  
NEWSLETTER 06

JURISPRUDENCES COMMENTÉES – EXEMPLES PRATIQUES – ACTUALITÉS & PERSPECTIVES



## Chère lectrice, cher lecteur,

L'ombre sinistre du coronavirus plane encore sur ce numéro de la Newsletter.

Directement d'abord, car les employeurs devront se pencher sur les rémunérations variables et sur la monnaie de paiement du salaire dans l'examen des mesures propres à assurer leur survie. Indirectement ensuite, dans la mesure où des licenciements devraient être prononcés,

par le biais des ruptures conventionnelles et de la libération de l'obligation de travailler.

La traditionnelle chronique de jurisprudence traitera de la compensation du droit aux vacances pendant la libération de l'obligation de travailler et de la résiliation immédiate du contrat par le travailleur.

Bonne lecture!

Philippe Ehrenström, LL.M., avocat

### CONTENUS DE CETTE ÉDITION:

■ La libération de l'obligation de travailler	1
■ Coronavirus et rémunérations variables	4
■ La convention de cessation de contrat	6
■ Conventions de cessation de contrat: questions & réponses	8
■ Le paiement des salaires en euros	9
■ Actualité jurisprudentielle: Brèves	11

## La libération de l'obligation de travailler

L'employé est engagé et rémunéré pour fournir une prestation de travail. Dans certaines circonstances, l'employeur peut décider unilatéralement de se passer de ses services, tout en continuant à s'acquitter de son salaire.

■ Par Jean-Lou Maury et Christian Giauque, avocats, Lausanne

Intervenant principalement dans le contexte de la fin des rapports de travail, la libération de l'obligation de travailler résulte en principe d'une décision de l'employeur par laquelle il relève l'employé de son devoir de fournir sa prestation de travail moyennant le maintien intégral de son salaire. En d'autres termes, l'employé est payé sans travailler. Du point de

vue de l'employeur, la libération de l'obligation de travailler prononcée après l'annonce d'un licenciement permet d'éviter certains désagréments que l'employé concerné pourrait provoquer sur le lieu de travail s'il devait rester en fonction jusqu'à la fin de son délai de congé, la réception d'un licenciement étant souvent mal prise (induction d'une mauvaise

ambiance sur lieu de travail, tentative de prendre des collègues à témoin, de démarcher des clients, voire de saboter le travail, etc.). Du côté de l'employé, la libération de l'obligation de travailler lui permet notamment de disposer de davantage de temps libre pour rechercher un nouvel emploi et effectuer les démarches administratives liées à l'inscription au chômage. A noter que la libération peut également intervenir en l'absence de résiliation du contrat, par exemple lorsque l'employé est suspendu provisoirement durant une enquête interne.

### Nature juridique et forme

La libération de l'employé de son obligation de travailler constitue un cas de demeure de l'employeur au sens de l'art. 324 CO.<sup>1</sup> Il en résulte que l'employé n'a plus à fournir sa



prestation de travail ni à offrir ses services dès réception de la manifestation de volonté de l'employeur, sans incidence sur la validité du contrat. La déclaration de l'employeur n'est soumise à aucune forme. En pratique, elle intervient souvent par écrit dans la lettre de congé. L'employeur communique alors à l'employé simultanément l'annonce de son licenciement et sa libération immédiate de l'obligation de travailler jusqu'à l'échéance du contrat. Elle peut toutefois intervenir explicitement sous une autre forme (e-mail, SMS, WhatsApp, oralement, etc.) ou par actes concluants (lors de l'annonce du licenciement, l'employeur sollicite la restitution des clés ou des instruments de travail). Enfin, la libération peut également faire l'objet d'une clause dans une convention de départ conclue entre les parties ou intervenir après une démission de l'employé. Ce dernier ne dispose pas d'un droit à être libéré de l'obligation de travailler, cette décision relevant du choix de l'employeur. Une libération de l'obligation de travailler ne saurait intervenir dans le cadre d'un licenciement avec effet immédiat, celui-ci mettant un terme au contrat dès sa réception par l'employé.

### Durée et fin de la libération de l'obligation de travailler

La déclaration par laquelle l'employeur libère l'employé de l'obligation de travailler déploie ses effets dès sa réception par ce dernier. Lorsqu'elle accompagne l'annonce d'un licenciement, elle reste valable en principe jusqu'à la fin du contrat. L'employé n'est plus tenu d'offrir ses services jusqu'à cette échéance, même si celle-ci est reportée suite à la survenance d'un cas de protection au sens de l'art. 336c CO.<sup>2</sup> Néanmoins, lorsque la prolongation du contrat est importante, soit qu'elle est supérieure à une année, notamment en raison d'une grossesse ou d'une longue incapacité de travail, l'employeur pourrait revenir sur sa décision et l'employé doit alors offrir ses services, faute de quoi son salaire ne serait pas dû.<sup>3</sup> Ainsi, la travailleuse qui sait que son contrat de travail a été prolongé en raison de sa grossesse mais qui n'en avise son employeur que plusieurs mois après l'échéance des rapports de travail n'aura pas droit à son salaire jusqu'à son offre de services, quand bien même le contrat n'a en réalité jamais été interrompu.<sup>4</sup>



Si l'employeur résilie par inadvertance le contrat de travail moyennant un délai de congé plus court que le délai légal ou contractuel, le contrat prend fin à l'expiration du délai correctement calculé. Dans ce cas de figure, si l'employeur a libéré l'employé de son obligation de travailler jusqu'au mauvais terme du contrat, ce dernier doit, s'il s'est rendu ou aurait pu se rendre compte de l'erreur, offrir ses services jusqu'au véritable terme du contrat, faute de quoi l'employeur ne sera pas en demeure et ne lui devra pas son salaire.<sup>5</sup>

Si le licenciement n'est pas valable, par exemple parce qu'il intervient durant une période de protection contre les congés en temps inopportun au sens de l'art. 336c CO, la libération de l'obligation de travailler prononcée en même temps est elle aussi caduque.<sup>6</sup> L'employé doit alors offrir ses services dès qu'il est en mesure de le faire (à la fin d'une incapacité de travail par exemple), faute de quoi il n'aura pas non plus droit à son salaire.

### Effets sur le paiement du salaire

Malgré la dispense de travailler, l'employé a droit à son salaire intégral durant toute la durée de la libération de l'obligation de travailler.<sup>7</sup> Cela comprend notamment le salaire contractuel de base, la part au 13<sup>e</sup> salaire et

le salaire en nature (logement de fonction, repas offerts, véhicule de fonction mis à disposition également à titre privé, etc.) sous la forme d'une indemnité en espèces.<sup>8</sup> En cas de revenus fluctuants ou variables (commissions ou salaire horaire par ex.), une moyenne est calculée sur la base d'une période de référence passée représentative.<sup>9</sup>

Conformément à l'art. 324 al. 2 CO, l'employeur peut déduire du salaire dû ce que l'employé a épargné en raison de la libération de l'obligation de travailler (notamment les frais de transport pour se rendre au travail), ce qu'il a gagné en exécutant un autre travail auprès d'un nouvel employeur ou en qualité d'indépendant, ou le gain auquel il a intentionnellement renoncé, le cas échéant en omettant de rechercher un nouveau travail ou en refusant une proposition d'embauche avant l'échéance de la période de libération (règle de l'imputation).<sup>10</sup> Afin de pouvoir faire application de ces principes, l'employé doit être largement autorisé à exercer un nouvel emploi avant la fin de son contrat de travail, même sans l'accord de l'employeur, voire contre son refus exprès. Seule une activité violant une clause de non-concurrence serait prohibée.<sup>11</sup> La question de savoir si la prise d'une nouvelle activité avant la fin du délai de congé met un terme au premier contrat de travail ou permet l'existence de deux contrats parallèles est débattue. Dans un cas comme dans l'autre, la conséquence pratique est la même, à savoir que l'employeur doit verser le salaire jusqu'au terme légal ou contractuel du contrat, sous déduction des gains réalisés.

Compte tenu de son obligation de fidélité (art. 321a al. 1 CO), l'employé doit informer spontanément son employeur des faits permettant une imputation. De son côté, l'employeur supporte le fardeau de la preuve des gains que l'employé a réalisés ou auxquels il a renoncés. L'art. 324 al. 2 CO étant de nature semi-impérative (art. 362 al. 1 CO), l'on peut y déroger uniquement en faveur du travailleur. Il est ainsi possible de prévoir, notamment dans une convention de départ, que le principe de l'imputation n'est pas applicable, même si l'employé exerce une nouvelle activité lucrative avant la fin du contrat. Il pourra ainsi cumuler le salaire dû par l'ancien employeur et le revenu tiré de sa nouvelle activité.



Lorsque l'employé se trouve en incapacité de travail durant une période de libération de l'obligation de travailler, le salaire n'est pas dû d'après les règles sur la demeure (art. 324 CO), mais d'après les dispositions habituelles sur le paiement du salaire en cas d'empêchement de travailler (art. 324a et 324b CO).<sup>12</sup>

Les indemnités forfaitaires de remboursement de frais (par ex. frais de représentation, de téléphone, de repas, de déplacement, etc.) normalement versées durant les rapports de travail n'ont plus lieu d'être durant la libération de l'obligation de travailler, dès lors que l'employé est réputé ne supporter aucun frais lorsqu'il ne travaille pas.<sup>13</sup> Font exception les frais auxquels le travailleur continue d'être exposé même s'il ne travaille pas, comme la location d'une place de parc.<sup>14</sup>

## Vacances et heures supplémentaires

Il est très fréquent que lors de l'annonce d'un licenciement assortie d'une libération de l'obligation de travailler, l'employeur indique à l'employé que son solde de vacances doit être pris en nature durant le délai de congé et qu'il ne sera en conséquence pas rémunéré en espèces. En réalité, bien que les dates des vacances soient fixées par l'employeur (art. 329c al. 2 CO), une telle injonction est sujette à certaines conditions. En effet, une fois le contrat dénoncé, le travailleur doit disposer du temps nécessaire pour chercher un nouvel emploi (art. 329 al. 3 CO). En cas de libération de l'obligation de travailler, il doit donc disposer de suffisamment de temps pour concilier la prise de vacances et la recherche d'un travail. Pour déterminer si la prise de vacances en nature est envisageable durant cette période, il convient de comparer, en jours ouvrables, la durée de la libération de l'obligation de travailler et le nombre de jours de vacances restants.<sup>15</sup> Les jours de maladie n'ont pas à être pris en compte dans le calcul, dès lors qu'ils ne permettent pas à l'employé de profiter de ses vacances.<sup>16</sup> Il est communément admis que les vacances résiduelles doivent être prises en nature lorsque leur durée n'excède pas, approximativement, le quart ou le tiers du délai de congé.<sup>17</sup> S'il n'est pas possible de prendre l'entier du solde de vacances durant la période de libération de l'obligation de travailler, il peut être pris partiellement, dans les proportions pré-

citées.<sup>18</sup> D'autres critères, tels que l'âge de l'employé ou la difficulté à retrouver un nouveau travail (par exemple lorsque l'employé est spécialisé dans un domaine de niche où la demande de main d'œuvre est faible ou qu'il dispose d'une formation ou de connaissances obsolètes) peuvent aussi être pris en compte,<sup>19</sup> le cas échéant pour réduire la possibilité de prendre les vacances en nature. Si au moment de l'annonce de la libération de l'obligation de travailler, l'employeur indique à l'employé qu'il doit se tenir à disposition en cas de besoin (par exemple pour former un futur remplaçant), il n'y a de fait pas de réelle libération et l'on ne peut pas considérer que l'employé a pris ses vacances en nature durant le délai de congé.<sup>20</sup> A l'inverse, si l'employé a déjà retrouvé un nouvel emploi ou qu'il n'en recherche pas, l'entier du solde de vacances peut être pris durant la période de libération.<sup>21</sup>

La problématique est similaire s'agissant des heures supplémentaires, en ce sens que l'employeur impose également souvent à l'employé de prendre son solde d'heures supplémentaires en nature durant la période de libération de l'obligation de travailler. Or le bien-fondé d'une telle directive est encore plus restrictif que pour les vacances. Premièrement, il est nécessaire que, sur le principe, le contrat permette la reprise d'heures supplémentaires en nature, ce qui ne sera pas le cas si seul un paiement en espèces est prévu. Deuxièmement, l'employeur ne peut pas imposer la compensation en nature d'heures supplémentaires à un moment déterminé sans l'accord de l'employé, même durant une période de libération de l'obligation de travailler; le moment de la compensation doit ainsi également faire l'objet d'un accord, lequel peut figurer dans le contrat.<sup>22</sup> Le refus du travailleur de compenser son solde d'heures supplémentaires en nature durant la période de libération de l'obligation de travailler pourrait constituer un abus de droit dans des circonstances très particulières, notamment lorsque cette période se prolonge (par ex. suite à la survenance d'un cas de protection selon l'art. 336c CO), que l'employé a pu prendre intégralement son solde de vacances en nature et qu'il a en plus bénéficié du temps nécessaire pour chercher un nouvel emploi, respectivement qu'il en a trouvé un ou qu'il

n'en recherche pas.<sup>23</sup> Dans ce cas de figure, la compensation en nature du solde d'heures supplémentaires peut être imposée contre la volonté de l'employé.

## RÉFÉRENCES

- 1 TF, arrêt 4A\_92/2017 du 26.06.2017, cons. 5.2.
- 2 TF, arrêt 4C.155/2006 du 23.10.2006, cons. 5.2.
- 3 TF, arrêt 4A\_464/2018 du 18.04.2019, cons. 4.2.1.
- 4 TF, arrêt 4C.259/2003 du 02.04.2004, cons. 2.
- 5 TF, arrêt 4C.155/2006 du 23.10.2006, cons. 5.2 et 5.3, dans lequel il a notamment été considéré qu'en ayant consulté un avocat suite au licenciement, l'employé devait savoir que le délai de congé appliqué par l'employeur était erroné.
- 6 TF, arrêt 4A\_739/2012 du 22.05.2013, cons. 3.3.
- 7 TF, arrêt 4C.329/2004 du 15.12.2004, cons. 2.2.
- 8 TF, arrêt 4A\_419/2011 du 23.11.2011, cons. 7.3 et 7.4.2.
- 9 CACI VD, arrêt n° 537 du 09.10.2015, cons. 8c, où le calcul a été effectué sur les 44 derniers mois; CREC I VD, arrêt n° 48/I du 21.01.2010, cons. 7, où le calcul a été effectué sur les 15 derniers mois, correspondant à l'entier de la période travaillée auprès de l'employeur avant la libération; CAPH GE/128/2006, arrêt du 22.06.2006, cons. 4, où le calcul a été effectué sur les 12 derniers mois.
- 10 TF, arrêt 4A\_92/2017 du 26.06.2017, cons. 4.2.
- 11 Rémy Wyler/Boris Heinzer, Droit du travail, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2019, p. 466.
- 12 Wyler/Heinzer, op. cit., p. 269.
- 13 TF, arrêt 4a\_89/2011 du 27.04.2011, cons. 6.
- 14 CACI VD, arrêt n° 497 du 25.09.2015, cons. 4a.
- 15 TF, arrêt 4A\_83/2019 du 06.05.2019, cons. 4.1.
- 16 TF, arrêt 4A\_748/2012 du 03.06.2013, cons. 2.5.
- 17 TF, arrêt 4A\_83/2019 du 06.05.2019, cons. 4.3, où l'employé a pu prendre 38 jours de vacances sur une période de 137 jours ouvrables; TF, arrêt 4A\_178/2017 du 14.06.2018, cons. 8, où l'employé a pu prendre 13 jours de vacances sur une période de 35 jours ouvrables.
- 18 TF, arrêt 4A\_319/2019 du 17.03.2020, cons. 8; CACI VD, arrêt n° 591 du 13.11.2019, cons. 5.3, où il a été considéré que l'employé qui disposait d'un solde de 47.84 jours de vacances pouvait prendre 17.84 jours de vacances durant la période de libération de 47 jours ouvrables.
- 19 TF, arrêt 4A\_83/2019 du 06.05.2019, cons. 4.1 et 4.5.
- 20 TF, arrêt 4A\_117/2007 du 13.09.2007, cons. 6.3.
- 21 TF, arrêt 4A\_319/2019 du 17.03.2020, cons. 8.
- 22 CACI VD, arrêt n° 591 du 13.11.2019, cons. 4.3; ATF 123 III 84, cons. 5a.
- 23 Wyler/Heinzer, op. cit., p. 151-152; ATF 123 III 84, cons. 5a.

## AUTEURS



**Jean-Lou Maury** est avocat inscrit au barreau du Canton de Vaud. Il est également chargé de cours en droit du travail au sein de l'Association vaudoise des employés en assurances sociales.



**Christian Giauque**, avocat spécialiste FSA en droit du travail et chargé de cours en droit du travail à la Haute École d'ingénierie et de gestion du Canton de Vaud.