



Absences justifiées et injustifiées: cas de figure et conséquences

L'une des composantes essentielles du contrat de travail consiste en la fourniture d'une prestation de travail de l'employé. Il existe cependant un certain nombre de situations dans lesquelles celui-ci est dispensé de travailler, pour des raisons diverses, avec ou sans incidence sur sa rémunération.

■ **Par Me Jean-Lou Maury, avec la collaboration de Me Christian Giauque, avocats, Lausanne**

L'art. 319 al. 1 CO énonce le principe: alors que la prestation principale de l'employeur consiste dans le versement d'un salaire, celle du travailleur consiste en la fourniture d'une prestation de travail. Cette dernière peut néanmoins être suspendue dans différentes situations. La présente contribution vise à exposer, de manière non exhaustive, certaines de ces hypothèses dans lesquelles l'absence du travailleur est justifiée par la loi et les conséquences qui en découlent sur le paiement du salaire. Seront également abordées les conséquences d'une absence injustifiée au travail.

Absence due à une raison inhérente à la personnalité du travailleur

Le premier cas de figure auquel on pense lorsqu'il est question d'absence au travail est celui d'un empêchement de travailler non fautif dû à des raisons inhérentes à la personnalité du travailleur, régi par les art. 324a et 324b CO. Cette notion couvre explicitement les absences pour cause de maladie, d'accident, d'incapacité de travail liée à la grossesse, et d'accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique (par ex. service militaire, protection civile, service civil, service du feu, obligation de témoigner devant un tribunal, obligation d'être scrutateur lors de votations populaires ou de participer au dépouillement, détention provisoire lorsqu'elle est injustifiée, fréquentation de cours obligatoires). Outre ces situations prévues par la loi, d'autres hypothèses sont assimilées à de tels empêchements, soit notamment le mariage du travailleur, la naissance d'un enfant dans le ménage du travailleur, le décès d'un proche dans la famille du travailleur, la consultation urgente d'un médecin ou d'un dentiste (si la consultation

ne peut avoir lieu en dehors des horaires de travail) ou encore la présentation à un examen professionnel. Du moment que l'empêchement de travailler est non fautif (une faute serait retenue par exemple si le travailleur subit les conséquences d'un accident de la route qu'il a lui-même causé en état d'ébriété qualifié), l'absence qui en résulte est justifiée. Celle-ci donne alors droit au paiement du salaire ou à une rémunération compensatoire (prestations d'une assurance sociale ou privée), aux conditions fixées par les art. 324a et 324b CO.

Absence due à des responsabilités familiales

En application de l'art. 36 al. 3 LTr, les parents sont en droit d'obtenir, sur présentation d'un certificat médical, un congé jusqu'à concurrence de trois jours pour s'occuper d'un enfant malade. Ce congé vise à permettre à l'employé d'organiser la prise en charge de son enfant souffrant ou de demeurer à ses côtés si la présence du parent est particulièrement souhaitable. A noter que le congé de maximum trois jours est valable par cas de maladie et non par année civile¹, comme cela est souvent cru à tort. Alors que ce congé n'est prévu que pour les employés soumis à la LTr, certains auteurs² et la jurisprudence genevoise³ l'assimilent à une cause d'empêchement non fautif de travailler au sens de l'art. 324a CO, sous forme de l'accomplissement d'une obligation légale⁴, ce qui permet également aux employés non soumis à la LTr de disposer du temps nécessaire pour s'occuper d'un enfant malade. L'art. 36 al. 3 LTr ne règle pas la question de la rémunération durant un tel congé. Il est toutefois admis en doctrine qu'elle est due aux conditions de l'art. 324a CO.⁵

Absence due à des circonstances extérieures au travailleur et à l'employeur

Il peut arriver que l'employé soit empêché de se rendre au travail pour des causes dont il n'est pas responsable et qui ne le touchent pas individuellement. L'on pense notamment aux aléas météorologiques ou catastrophes naturelles provoquant l'annulation d'un vol de retour ou la coupure d'une route d'accès ou à la paralysie des moyens de transport résultant d'une grève. Dans ces hypothèses, tant l'obligation de l'employé de travailler que celle de l'employeur de payer le salaire sont suspendues, en application de l'art. 119 al. 1 CO. L'absence est donc justifiée en soi, mais permet à l'employeur de ne pas verser le salaire pour le temps correspondant.

Absence due à des circonstances imputables à l'employeur

L'art. 324 CO régit le cas de la demeure de l'employeur, soit la situation où ce dernier refuse ou n'est pas en mesure d'accepter la prestation de travail de l'employé, que ce soit pour des raisons qui lui sont imputables ou totalement indépendantes de sa volonté. L'employeur se trouve ainsi en demeure lorsqu'il n'accomplit pas les actes préparatoires indispensables à la fourniture du travail (par ex. transmission des instructions nécessaires, mise à disposition des outils de travail, obtention d'une autorisation de travail pour un employé étranger, mesures visant à remédier à des conditions de travail dangereuses pour la santé).

L'employeur est également en demeure lorsque le travail n'est pas possible pour des raisons techniques (interruption de courant, panne de machine, pénurie de matière première, destruction des locaux par suite d'incendie ou de tremblement de terre) ou économiques (baisse de commande, manque de travail). Lorsque l'employeur est en demeure et qu'il ne peut fournir un travail de remplacement, le travailleur est dispensé de travailler. Il aura néanmoins droit au paiement intégral de son salaire tant que dure la demeure et à la condition qu'il ait offert ses services. A noter toutefois que si l'employé réalise un gain durant la demeure (salaire auprès d'un autre employeur, indemnités chômage) ou qu'il renonce intentionnellement à un tel gain, le montant correspondant doit être déduit du salaire dû par l'employeur.



Absence résultant du non-paiement du salaire

Lorsque l'employeur est en retard dans le paiement d'un salaire échu, le travailleur est en droit de refuser de travailler aussi longtemps que son salaire n'est pas payé, en application de l'art. 82 CO. Il faut demeurer attentif au fait que seul le non-paiement d'un salaire «échu» justifie la suspension du travail. Il y a lieu de se référer à cet égard à la date de paiement prévue dans le contrat de travail (le 25 de chaque mois par exemple). A défaut, l'art. 323 al. 1 CO prévoit que le salaire est payable à la fin de chaque mois, soit le dernier jour du mois. Tant que le salaire échu n'est pas intégralement payé, le travailleur conserve le droit à son salaire pour toute la période durant laquelle il suspend son travail de manière légitime.

Absence fondée sur un congé usuel

Selon l'art. 329 al. 3 CO, l'employeur est tenu d'accorder au travailleur les heures et jours de congé usuels et, une fois le contrat dénoncé, le temps nécessaire pour chercher un autre emploi. Les congés dits «usuels»

couvrent les événements exceptionnels personnels et familiaux ainsi que les obligations personnelles urgentes ne pouvant être réglées en dehors des heures de travail.

L'on pense notamment au mariage, à une naissance, un décès, un déménagement ou à des démarches administratives ou juridiques. Certains de ces événements se recoupent avec les causes d'empêchement de travailler pour des raisons inhérentes à la personnalité au sens des art. 324a et 324b CO.

Savoir si un événement constitue une telle cause d'empêchement de travailler ou un cas donnant droit à un congé usuel dépendra des circonstances, notamment si l'employé est directement et personnellement touché ou seulement de manière indirecte et plus lointaine (l'on se trouvera en présence d'un empêchement de travailler si l'employé se marie ou si l'un de ses propres enfants décède, alors que l'on se trouvera plutôt en présence d'un congé usuel si le frère de l'employé se marie ou si son oncle décède) et de la possibilité ou non de déplacer l'absence en

dehors des heures de travail (un déménagement rendu immédiatement nécessaire suite à un incendie constituera un empêchement de travailler, tandis qu'un déménagement planifié d'avance durant la semaine constituera davantage un cas justifiant un congé).

En outre, une fois que l'employé a été licencié ou qu'il a annoncé sa démission, il bénéficie du temps nécessaire pour effectuer les démarches visant à trouver un nouvel emploi, soit en principe une demi-journée par semaine (durée qui peut toutefois varier à la hausse ou à la baisse selon les circonstances). Ce congé hebdomadaire doit notamment permettre à l'employé de se présenter à des entretiens d'embauche ou auprès de l'Office régional de placement. Le droit à un tel congé durant le délai de résiliation tombe à partir du moment où l'employé a retrouvé un travail.

La question du paiement du salaire durant un congé dit «usuel» n'est pas réglée expressément par la loi. La doctrine majoritaire est d'avis que si le contrat ne prévoit pas



le contraire, les employés payés au mois ont droit au paiement de leur salaire durant les congés, alors que les employés payés à l'heure n'y ont pas droit.⁶ Cela étant, et c'est ce qui diffère des événements couverts par les art. 324a et 324b CO, le contrat de travail peut tout à fait prévoir que ces heures et jours de congé ne seront pas rémunérés. Il est cependant rare de voir de telles clauses en pratique.

Absence fondée sur un jour férié

La problématique des jours fériés n'est pas réglée dans le Code des obligations. Il y a alors lieu de se référer à l'art. 20a al. 1 LT_r, qui prévoit que le jour de la fête nationale (soit le 1^{er} août conformément à l'art. 110 al. 3 Cst. féd.) est assimilé au dimanche, ce qui implique une interdiction de travailler, sauf exceptions prévues par la loi. De même, cette disposition permet aux cantons d'assimiler au dimanche huit autres jours fériés par année, durant lesquels le travail est également interdit, sauf exceptions. Si le droit à un congé durant les jours fériés est bien connu, la problématique de la rémunération l'est moins. A cet égard, il y a lieu de distinguer le jour de la fête nationale des autres jours fériés. En effet, l'art. 110 al. 3 Cst. féd. prévoit expressément que le 1^{er} août est obligatoirement rémunéré, de sorte que l'employé sera payé pour ce jour de congé, peu importe la périodicité de paiement de son salaire (horaire, journalière, mensuelle, à la pièce, etc.) et sans exception contractuelle possible. S'agissant des autres jours fériés désignés par les cantons, il est admis, à l'instar des congés usuels, que les

employés payés au mois perçoivent leur plein salaire durant les jours fériés, ce qui peut toutefois être modifié par contrat, tandis que les employés payés à l'heure n'ont en principe pas droit à leur salaire.⁷

Absences injustifiées: quelles conséquences?

Les différentes situations exposées ci-avant (de manière non-exhaustive) légitiment l'absence du travailleur, que ce soit avec ou sans maintien du droit au salaire. Dans les cas où l'employé ne peut justifier son absence, diverses conséquences sont susceptibles d'entrer en ligne de compte. L'on pense en premier lieu au non-paiement du salaire, qui sera autorisé aussi longtemps que l'employé ne reprend pas le travail ou ne justifie pas son absence (art. 82 CO). Le travailleur pourrait également se voir infliger une amende (ou peine) conventionnelle (art. 160 CO), à la condition que celle-ci ait été expressément prévue et déterminée par le contrat de travail ou un règlement d'entreprise et qu'elle soit proportionnée. L'employé dont l'absence est injustifiée est susceptible de causer un dommage à l'employeur (manque à gagner, échec de la signature d'un contrat), qu'il pourrait devoir réparer selon les critères posés par l'art. 321e CO. Une absence injustifiée peut par ailleurs donner lieu à un avertissement et, si elle se prolonge au-delà de plusieurs jours malgré une injonction claire de l'employeur de reprendre le travail, déboucher sur un licenciement avec effet immédiat (art. 337 CO). Enfin, si le travailleur est absent durant plusieurs mois sans se manifester, ou durant une

période plus courte en dépit d'une mise en demeure de l'employeur de reprendre le travail, l'on peut retenir l'existence d'un abandon de poste (art. 337d CO).

RÉFÉRENCES

- 1 SECO (édit.), Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2, mise à jour mars 2018, 036-2.
- 2 Rémy Wyler/Boris Heinzer, Droit du travail, Berne 2014, p. 223; Guy Longchamp, in Dunand/Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, N13 ad art. 324a CO; Aurélien Witzig, Droit du travail, Genève/Zurich 2018, N1448.
- 3 GE, CAPH, arrêt du 27 octobre 2011 (CAPH/175/2011), c. 2.3, in JAR 2012 473-478.
- 4 Cf. not. les art. 272, 276 et 301 CC.
- 5 Guy Longchamp, op. cit., N13 ad art. 324a CO; Aurélien Witzig, op. cit., N1448; Stéphanie Perrenoud, Durées du travail et discrimination, in PJA 2017 677.
- 6 Eric Cerottini, in Dunand/Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, N24 ad art. 329 CO et les réf. citées.
- 7 Eric Cerottini, op. cit., N18 ad art. 329 CO et les réf. citées.

AUTEURS



Me 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.



Me 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.