

Wilhelm Gilliéron

AVOCATS



Auteur: Sandra Gerber | Le : 4 novembre 2018

Congé non payé : l'employé a-t-il un droit à obtenir un congé non payé ? Quelles sont les conséquences pour l'employé ?

Si la pratique ne s'est pas encore généralisée en Suisse, il arrive de plus en plus fréquemment que des employés demandent à leur employeur à pouvoir bénéficier d'un congé non payé ou sans solde. Il est donc bon de rappeler quelques principes relatifs au congé sans solde et surtout les conséquences d'un tel congé, conséquences dont l'employé et l'employeur ne sont souvent pas conscients.

La jurisprudence et les auteurs suisses s'accordent pour donner la définition suivante du congé non payé : il s'agit d'une « *suspension, convenue entre les parties, des obligations contractuelles principales et réciproques pour la période y afférente, à savoir d'une part la prestation de travail et d'autre part le paiement du salaire, il ne rompt pas en revanche les rapports de travail* » (notamment arrêt du TF 4A_406/2010 et « Le droit aux vacances, Etude des articles 329a à d CO », Eric Cerottini, thèse, Lausanne 2001, p. 64).

En d'autres termes, il y a congé non payé lorsque l'employeur suspend son obligation de verser le salaire et l'employé suspend son obligation de fournir son travail pendant une durée convenue, quel que soit cette durée, sans que cela ne mette fin au contrat de travail.

Ainsi, contrairement aux vacances, aucune rémunération n'est versée pendant le congé non payé. Le premier principe à retenir est donc que, contrairement aux vacances, l'employeur n'a aucune obligation d'accorder un congé non payé et partant l'employé n'a aucun droit à un congé non payé.

Le second principe à retenir est que le congé non payé n'est pas une période de protection. Ainsi, le contrat de travail peut être résilié durant le congé non payé. Certains auteurs, sur la base d'une jurisprudence cantonale datant de 1987 (JAR1 987 p. 246), sont d'avis que le délai de congé ne commence à courir que lorsque l'employé a repris son activité. Selon l'auteur soussignée, cela revient finalement à admettre une période de protection. Il n'est donc pas certain que cette jurisprudence doive être suivie aujourd'hui.

Le troisième principe à retenir est que, dans la mesure où les rapports de travail ne sont pas interrompus pendant le congé non payé, celui-ci est pris en compte dans le calcul des délais lorsque la durée des rapports de travail a une incidence. En d'autres termes, lorsque l'ancienneté de l'employé doit être prise en compte et calculée, le congé non payé doit être pris en compte.

A titre d'exemple, le congé non payé est pris en compte lorsqu'il convient de déterminer le délai de congé applicable à l'employé (article 335c CO). Il est également pris en compte lorsqu'il convient de déterminer l'indemnité qui est dû en cas d'empêchement de l'employé de travailler (article 324a CO).

Selon les auteurs suisses, le congé non payé n'est par contre pas pris en compte dans le calcul du 13^{ème} salaire, car seuls les jours ou mois effectivement travaillés sont pris en compte.

A noter également que le congé non payé peut entraîner une réduction des vacances. En effet, en application de l'article 329b alinéa 1 et alinéa 2 CO, si le congé non payé dépasse un mois, l'employeur peut réduire la durée des vacances de 1/12^{ème} par mois complet

d'absence.

Le congé non payé a également des conséquences en matière de maladie. Si l'employé tombe malade pendant un congé non payé, il ne peut pas, contrairement aux vacances, récupérer tout ou partie des jours de maladie. S'agissant de la rémunération pendant une maladie intervenant pendant un congé non payé, si l'employé n'est pas assuré contre la perte de gain, il ne percevra aucune rémunération.

S'agissant des assurances sociales, il est important de garder à l'esprit que l'absence de rémunération de l'employé pendant le congé non payé peut avoir comme conséquence que la couverture d'assurance cesse. Ainsi, en matière d'assurance perte de gain, si les rapports de travail sont interrompus pendant plus de 30 jours, l'employé perd son droit aux indemnités journalières en cas de maladie.

Il en va de même s'agissant de l'assurance accidents pour les accidents non professionnels. A partir du 31^{ème} jour de congé non payé, l'employé n'est plus couvert (article 3 LAA). S'agissant de la LLP, le congé non payé peut avoir une incidence sur le salaire assuré. A noter également que le droit aux allocations familiales qui est lié au droit au salaire tombe en principe également en cas de congé non payé.

Au vu de ces principes et de ces conséquences, il est vivement conseillé aux employeurs qui acceptent un congé sans solde et aux employés qui bénéficient d'un tel congé d'établir une convention qui fixe la durée du congé non payé et ses dates, mais également les conséquences quant aux rapports de travail et quant aux assurances sociales. La rédaction et la signature d'une telle convention avant le départ de l'employé se justifient d'autant plus lorsque la durée du congé non payé est supérieure à 30 jours.

WILHELM Avocats - Me Sandra Gerber, 05.11.18

Source :

<https://www.wg-avocats.ch/actualites/droit-du-travail/conge-non-payé-lemploye-a-t-il-un-droit-a-obtenir-un-conge-non-payé-queelles-sont-les-consequences-pour-lemploye/>