

Wilhelm Gilliéron

AVOCATS



Auteur: Wilhelm Avocats | Le : 2 novembre 2020

L'article 338a alinéa 2 CO ou le salaire post-mortem : un article peu connu mais que l'on doit connaître

Peu d'employeurs, et certainement également peu d'employés, ont connaissance de la teneur de l'article 338a alinéa 2 CO et de l'obligation de continuer à verser un salaire post-mortem. En effet, si le contrat prend automatiquement fin au décès de l'employé, peu savent qu'il n'en va pas de même de l'obligation de l'employeur de verser le salaire si certaines conditions sont remplies.

L'article 338a alinéa 2 CO a en effet la teneur suivante : « *toutefois, l'employeur doit payer le salaire, à partir du jour du décès, pour un mois encore et, si les rapports de travail ont duré plus de cinq ans, pour deux mois encore, si le travailleur laisse un conjoint, un partenaire enregistré ou des enfants mineurs ou, à défaut, d'autres personnes en faveur desquelles il remplissait une obligation d'entretien* ».

L'article 338a CO figure parmi la liste des dispositions semi-impératives de l'article 362 CO, soit les dispositions auxquelles il ne peut pas être dérogé au détriment de l'employé.

Cela signifie donc que, si l'employé laisse un conjoint, un partenaire enregistré au sens de la Loi sur le partenariat (LPart) ou des enfants mineurs ou, à défaut, d'autres personnes en faveur desquelles il remplissait une obligation d'entretien, l'employeur doit impérativement verser le salaire pour un mois encore à partir du décès ou pour deux mois encore si l'employé a plus de cinq ans d'ancienneté.

Il s'agit d'une créance personnelle des bénéficiaires énumérés à l'article 338a alinéa 2 CO et non d'une créance de la masse successorale. Cette créance n'est donc pas liée à l'acceptation préalable de la succession et est due même si la succession est répudiée. Cette créance vise en effet à assurer un « *soutien financier à ceux qui dépendaient du travailleur* » (<https://www.fer-ge.ch/web/fer-ge/-/deces-du-travailleur-precisions-relatives-au-salaire-post-mortem>).

En d'autres termes, le conjoint, le partenaire enregistré ou les enfants mineur, ou à défaut les autres personnes en faveur desquelles l'employé remplissait une obligation d'entretien, peuvent réclamer personnellement et directement à l'employeur le paiement de ce ou ces salaires et ce même si la succession est répudiée.

Cela signifie également « *que le droit à l'indemnité se prescrit par cinq ans (art. 128 CO) et qu'en cas de pluralité de bénéficiaires dans le même groupe, l'indemnité est partagée par tête* » (<https://www.lausanne.ch/vie-pratique/travail/protection-des-travailleurs/travailleur/contrat-de-travail-regles/deces-travailleur-ou-employeur.html>).

Ainsi, si l'employé laisse un conjoint ou un partenaire enregistré et des enfants mineurs, « *l'indemnité est divisée et versée à part égale aux enfants mineurs et au conjoint ou partenaire enregistré* » (<https://www.fer-ge.ch/web/fer-ge/-/deces-du-travailleur-precisions-relatives-au-salaire-post-mortem>).

La Fédération des entreprises romandes (FER) conseille « *de procéder au versement sur les comptes bancaires des ayants droits concernés et non sur le compte bancaire du défunt, qui sera bloqué du fait de la liquidation de la succession* » (<https://www.fer-ge.ch/web/fer-ge/-/deces-du-travailleur-precisions-relatives-au-salaire-post-mortem>).

Pour d'autres auteurs cependant, l'employeur se « *libère de son obligation en versant le montant correspondant sur le compte bancaire ou postal habituel du travailleur* » (Philippe Carruzzo, Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, 2009, Schulthess, ad. art. 338a).

Le fait que l'employeur se libère en versant sur le compte de l'employé semble logique dans la mesure où l'employeur peut ne pas connaître les bénéficiaires qui peuvent, par exemple, être les enfants mineurs de l'employé non reconnus par celui-ci.

S'agissant des « *autres personnes en faveur desquelles l'employé remplissait une obligation d'entretien* », il s'agit certainement des cas prévus à l'article 328 alinéa 1 CC qui prévoit que « *chacun, pour autant qu'il vive dans l'aisance, est tenu de fournir des aliments à ses parents en ligne directe ascendante et descendante, lorsque, à défaut de cette assistance, ils tomberaient dans le besoin* ». Il s'agit certainement également des enfants majeurs qui n'ont pas encore terminé leur formation et sont entretenus par l'employé. Il peut même s'agir de « *l'amant ou l'amante du travailleur qui bénéficiait d'un soutien matériel ou financier de la part de ce dernier* » (<https://www.fer-ge.ch/web/fer-ge/-/deces-du-travailleur-precisions-relatives-au-salaire-post-mortem>).

Sont inclus dans le montant à verser non seulement le salaire de base mais également le 13^{ème} salaire et les éventuels avantages en nature. En d'autres termes, « *le montant total à verser correspond à un douzième, respectivement deux douzièmes de la rémunération annuelle totale, quel que soit le nombre des bénéficiaires* » (Philippe Carruzzo, op. cit).

Il s'agit de plus d'un montant net qui n'est pas soumis aux cotisations sociales. L'impôt à la source doit cependant être prélevé car l'administration fiscale considère qu'il s'agit d'une « *indemnité de fin des rapports de service* » (<https://www.fer-ge.ch/web/fer-ge/-/deces-du-travailleur-precisions-relatives-au-salaire-post-mortem>).

Enfin, le montant est dû quel que soit les circonstances du décès, même si le décès intervient pendant le délai de congé et même si l'employé a épuisé son droit au salaire en raison d'une incapacité de travail conformément aux articles 324a et 324b CO.

Le fait que l'article 338a CO est peu connu signifie peut-être, fort heureusement, que son application est rare. Aussi bien l'employeur que l'employé et sa famille feraient cependant bien de le connaître.

Source : <https://www.wg-avocats.ch/actualites/droit-du-travail/salaire-post-mortem/>