

INSTITUT
DU DROIT DES
ASSURANCES
ET DU TRAVAIL

IDAT

Faculté de droit
et des sciences criminelles
de l'Université de Lausanne

Collection dirigée par Bettina Kahil-Wolff

Rémy Wyler
(éd.)

Panorama II en droit du travail

Recueil d'études réalisées par des praticiens

Franck Ammann
Marie-Christine Balzan
Laurent Beck
Christian Bettex
Aline Bonard
Philippe Carruzzo
Estelle Chanson
José Carlos Coret
Alexandre Curchod
Giuseppe Donatiello
Stéphanie Fuld
Christian Giauque
Odile Juillerat
Raffaella Martinelli Peter
Véronique Perroud
Véronique Rossé
Vanessa Rossel
Sara Rousselle-Ruffieux
Nathalie Subilia-Bigler
Anne Troillet
Aurélien Witzig
Rémy Wyler

38



Stämpfli Editions SA Berne

Rémy Wyler, éd.

Panorama II en droit du travail

IDAT

**Faculté de droit
et des sciences criminelles
de l'Université de Lausanne**

Collection de l'Institut du droit des assurances et du travail

Collection dirigée par BETTINA KAHIL-WOLFF,
Professeur à l'Université de Lausanne

Fondée en 1987 par JEAN-LOUIS DUC,
Professeur honoraire de l'Université de Lausanne,
ancien directeur de l'IRAL

Rémy Wyler

(éd.)

Panorama II en droit du travail

Recueil d'études réalisées par des praticiens

Avec les contributions de

Franck Ammann

Marie-Christine Balzan

Laurent Beck

Christian Bettex

Aline Bonard

Philippe Carruzzo

Estelle Chanson

José Carlos Coret

Alexandre Curchod

Giuseppe Donatiello

Stéphanie Fuld

Christian Giauque

Odile Juillerat

Raffaella Martinelli Peter

Véronique Perroud

Véronique Rossé

Vanessa Rossel

Sara Rousselle-Ruffieux

Nathalie Subilia-Bigler

Anne Troillet

Aurélien Witzig

Rémy Wyler



Stämpfli Editions SA Berne · 2012

© Stämpfli Editions SA, Berne

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne · 2012
Réalisation intégrale:
Stämpfli Publications SA, Berne
Printed in Switzerland

ISBN 978-3-7272-2230-6



© Stämpfli Editions SA, Berne

L'obligation d'offrir ses services en cas de licenciement en temps inopportun

Stéphanie FULD

Plan

Introduction	132
I. Rappel de la notion de licenciement en temps inopportun et de ses effets.....	132
1. Notion.....	132
2. But de la protection.....	133
3. Conséquences	133
II. Demeure de l'une ou l'autre des parties.....	134
1. Demeure de l'employé.....	134
2. Demeure de l'employeur	138
2.1 Le travailleur a correctement offert sa prestation, dans le temps, l'espace et de manière personnelle.....	138
2.1.1 Offre valable dans le temps.....	138
2.1.2 Offre concrète.....	139
2.1.3 L'offre doit être conforme aux prestations qui relèvent du contrat.....	140
2.2 L'employeur doit être prêt à accepter la prestation régulièrement offerte.....	141
III. Obligation d'information de l'employeur – Omission d'informer.....	142
IV. Libération de l'obligation de travailler	144
V. Abandon de poste.....	146
1. Notion.....	146
2. Conditions.....	147
2.1 Un refus clair et net du travailleur d'entrer en service ou de poursuivre l'exécution du travail confié.....	147
2.2 Le travail exigé de l'employé à son retour est conforme à son cahier des charges.....	148
3. Conséquences	149
VI. En conclusion.....	150
VI. Arrêts topiques	151

Introduction

Lorsque pendant le délai de congé, l'employé est provisoirement incapable, sans faute de sa part, d'exercer les obligations découlant du contrat de travail, se pose la question s'il doit, au terme de cette incapacité, offrir ses services à l'employeur et si celui-ci est tenu de les accepter et à quelles conditions.

L'obligation ou non du travailleur d'offrir ses services à l'employeur, alors qu'il est au bénéfice de la protection accordée par l'article 336c al. 1 du Code des obligations suisse du 30 mars 1911 (CO)¹, sera examinée ci-après à la lumière d'un bref rappel de la notion de licenciement en temps inopportun et de ses effets (I), des conditions de la demeure des parties au contrat (II), de l'obligation d'information de l'employeur (III), de l'effet de la libération de l'obligation de travailler sur les obligations des parties (IV), de l'abandon de poste (V).

I. Rappel de la notion de licenciement en temps inopportun et de ses effets

1. Notion

Après le temps d'essai, l'article 336c al. 1 CO prévoit un certain nombre de périodes de protection pendant lesquels l'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail de l'employé², notamment lorsque le travailleur est incapable de travailler en raison d'une maladie, d'un accident non imputable à faute ou encore en raison d'une grossesse³; la durée maximale de la protection variant en fonction des années de service⁴. Quant à l'article 336c al. 2 CO, il prévoit les conséquences d'une résiliation effectuée en temps inopportun.

¹ RS 220.

² FAVRE MOREILLON Marianne, Guide pratique, Droit du travail aspects juridiques et pratiques, 2^{ème} éd. Helbing & Lichtenhahn (cité : FAVRE MOREILLON, Guide).

³ Art. 336c al.1 let. c 1 CO.

⁴ ATF 119 II 449 c. 2.a.

2. But de la protection

Dans un arrêt rendu en 1998⁵, le Tribunal fédéral rappelait que le but de l'article 336c al. 2 CO était d'accorder au travailleur en cas de maladie ou d'accident ou dans l'une des autres éventualités prévues par la loi, un délai de congé complet pour lui permettre de chercher un autre emploi⁶. Il s'agissait donc de placer le travailleur en incapacité dans les mêmes conditions qu'un travailleur en bonne santé, de manière à ce qu'il bénéficie lui aussi d'un laps de temps suffisant pour rechercher un nouvel emploi⁷.

Dans un arrêt plus récent rendu en 2002, le Tribunal fédéral a indiqué que le but de l'article 336c al. 2 CO était non pas de permettre au travailleur d'avoir un laps de temps suffisant pour rechercher un nouvel emploi, mais de le protéger du risque de recevoir la notification de congé à un moment où il pourrait difficilement trouver un nouvel emploi⁸.

L'article 336c CO protège le travailleur dès la résiliation du contrat de travail. L'employeur se trouve ainsi limité dans sa liberté de résilier le contrat de travail si le travailleur est en incapacité de travailler. Son engagement par un nouvel employeur à la fin du délai de congé ordinaire paraît hautement invraisemblable tant que la durée et le degré de son incapacité demeurent incertains⁹.

3. Conséquences

Au terme de la loi, le congé qui intervient pendant une période de protection est nul, ce qui a pour conséquence de maintenir le contrat de travail; si le congé a été donné avant la survenance d'une période de protection et que le délai de résiliation n'a pas expiré, ce délai est suspendu et ne recommencera à courir qu'après la fin de la période de protection¹⁰.

La suspension du délai de congé en raison d'une incapacité va ainsi modifier le terme initial du délai, ce dernier devant être reporté. Lorsque les

⁵ ATF 124 III 474 c.2.a ; ATF 4A_47/2008 du 29 avril 2008 c.2.2.

⁶ ATF 124 III 474 c. 2a.

⁷ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième^{bis} du Code des obligations, in FF 1967 II 391.

⁸ ATF 128 III 212 c.2.c.

⁹ BRUNNER Christiane/BUHLER Jean-Michel/WAEBER Jean-Bernard/BRUCHEZ Christian, Commentaire du contrat de travail, 3e édition mise à jour et complétée, réalités sociales, p. 264 (cité : BRUNNER/BUHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire).

¹⁰ Art. 336c al. 2 CO.

rapports de travail doivent cesser à la fin d'un mois et que ce terme ne coïncide pas avec la fin du délai de congé qui a recommencé à courir, ce délai est prolongé jusqu'à la fin du mois suivant¹¹.

La protection accordée par l'article 336c CO s'applique non seulement à l'incapacité totale de travail mais également à l'incapacité partielle¹².

Le report du délai de congé ou la nullité du licenciement suite à l'application de l'article 336c al. 2 CO ne modifie en rien les droits et les obligations réciproques des parties, tels qu'ils découlent du contrat de travail ou de la loi¹³.

Pendant la période de dédite postérieure à l'incapacité, les parties doivent continuer à respecter leurs obligations, conformément à l'article 319 CO. Le travailleur doit fournir sa prestation dès qu'il a recouvré sa capacité de travail, et l'employeur reste tenu de payer le salaire¹⁴.

II. Demeure de l'une ou l'autre des parties

Quelles sont les obligations du travailleur au terme de son incapacité de travail et quelles sont, en contrepartie, les obligations et les conséquences qui en découlent pour l'employeur ?

1. Demeure de l'employé

Lorsque l'employé n'exécute pas sa prestation de travail sans être empêché par un motif reconnu, il est en demeure (art. 102 CO) et l'employeur peut alors refuser de payer le salaire (art. 82 CO)¹⁵. L'obligation de l'employeur de payer le salaire pour un temps limité n'existe que lorsque le salarié est empêché de travailler sans faute de sa part.

¹¹ ATF 119 II 449 c. 2a.

¹² Arrêt 4C.346/2004/ech du 15 février 2005 c. 4.1 ; ATF 128 III 212 c 2c. p. 217 et références citées.

¹³ ATF 135 III 349 c. 4.2. ; Arrêt 4A_289/2010 du Tribunal fédéral 27 juillet 2010.

¹⁴ RJJ 1995 p. 270 ; Arrêt 4C. 259/2003 du 2 avril 2004 c. 2.1.

¹⁵ SJ 2009 I p. 410 ; Arrêt 4a_552/2008 (GE).

A contrario, si le travailleur est empêché par sa faute ou est apte au travail mais qu'il ne fournit pas sa prestation, il est en demeure. Il perd donc son droit au salaire en vertu de l'adage « pas de travail, pas de salaire »¹⁶.

A cet effet, le Tribunal fédéral a précisé que la survenance d'un empêchement non fautif dû à une cause inhérente à la personne du travailleur est de nature à mettre fin à la demeure préexistante de ce dernier. L'obligation du débiteur, soit du travailleur, est alors éteinte et la demeure cesse, de sorte que le droit au salaire, fondé sur l'article 324a CO, renaît pour la période de l'empêchement¹⁷.

Inversement, en cas de prestation de travail régulièrement exercée, l'employeur qui ne paie pas le salaire à l'échéance, tombe à son tour en demeure¹⁸ sans que le travailleur ne doive l'interpeller¹⁹.

Il est aujourd'hui largement admis que le travailleur qui n'a pas reçu son salaire à l'échéance de la période contractuelle prévue peut refuser de fournir sa prestation en invoquant l'article 82 CO, ceci par analogie seulement, puisqu'il a déjà fourni sa prestation de travail²⁰.

L'incapacité de travail sans faute empêche ainsi la demeure de l'employé. Dès que l'incapacité cesse, l'employé a l'obligation de fournir sa prestation. L'employé qui ne se présente pas à son travail à l'échéance de l'incapacité non fautive est considéré comme étant en demeure puisqu'il n'exécute pas sa prestation. Dans ce cas, l'employeur peut refuser de lui payer son salaire.

L'absence d'annonce de l'incapacité a-t-elle pour conséquence de libérer l'employeur de ses obligations ?

A diverses occasions, le Tribunal fédéral a examiné s'il pouvait être fait grief à l'employé d'avoir omis ou tardé à annoncer son incapacité à l'employeur et si cette omission ou retard pouvait influencer sur la protection accordée par l'article 336c CO.

¹⁶ CARRUZZO Philippe, Les conséquences de l'empêchement non fautif de travailler : questions choisies in SJ 2008 II p.287.

¹⁷ ATF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006 c.6.1.

¹⁸ Art. 102 al. 2 CO.

¹⁹ TERCIER P./FAVRE P.G., Les contrats spéciaux, 4^{ème} édition p.511 n°3467.

²⁰ TERCIER P./FAVRE P.G., Les contrats spéciaux, 4^{ème} édition p.511 n°3468 ; ATF 120 II 209 ; JT 1995 I 367.

La question de savoir si l'employé est tenu d'informer son employeur de son incapacité et le cas échéant, dans quel délai il doit le faire s'il ne veut pas risquer d'être déchu de la protection accordée par l'article 336c CO, a longuement été discutée dans l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_552/2008 du 12 mars 2009.

Certains auteurs sont d'avis qu'une employée n'a pas d'obligation d'informer son employeur de sa grossesse après avoir reçu la notification du licenciement et que la période de protection prévue par l'article 336c CO court indépendamment du fait que cette dernière taise ou non cet événement à l'employeur²¹.

D'autres auteurs considèrent qu'il serait contraire à la plus élémentaire bonne foi de taire son état à l'employeur qui userait de son droit de résilier le contrat de travail et de le laisser prendre des mesures pour remplacer la travailleuse, voire engager une nouvelle collaboratrice pour ensuite ce prévaloir de la protection de l'article 336c al.1 let c CO²².

Quant au Tribunal fédéral, il rappelle que, selon l'interprétation littérale, le texte de loi relatif à l'article 336c al. 1 let. c CO ne subordonne pas la protection contre le licenciement à l'annonce immédiate de l'état de grossesse et que la protection est accordée indépendamment du silence de l'employée, le silence n'ayant pas pour effet de valider le congé²³.

Il ne se justifie donc pas, en principe, de considérer l'absence d'information par l'employé(e) de son état d'incapacité comme constitutif d'un abus de droit au sens de l'article 2 al. 2 CC. Dans l'appréciation de la situation, il convient de mettre en balance les intérêts en présence et d'examiner sur quel intérêt supérieur se fonde la norme protectrice en question et quel est

²¹ Dans ce sens, BRUNNER Christiane et al., Commentaire du contrat de travail, 3^{ème} éd. 2004, n°9 ad art. 336c CO ; FAVRE MOREILLON Marianne, droit du travail, 2^{ème} éd. 2006 p. 95 ; STREIFF Ullin /VON KAENEL Adrian, in Arbeitsvertrag, 6^{ème} éd. 2006 n° 9 ad art. 336c CO ; TOBLER Rolf A et al. in Arbeitsrecht, 2006 n° 1.13 ad art. 336c CO ; STAEHELIN Adrian, in Zürcher Kommentar, 1996, n°17 ad art. 336c CO ; REHBINDER Manfred, in : Berner Kommentar 1992, n°6 ad art. 336c CO ; EGLI Hanspeter, der zeitliche Kündigungsschutz ArbR 1998 p. 128.

²² DUC, Jean-Louis/SUBILIA, Olivier, Commentaire du contrat individuel de travail 2010, n° 41 ad art. 336c CO p. 598

²³ Arrêt 4A_552/2008, audience du 12 mars 2009 c.2.1.

le poids de cet intérêt par rapport à la violation du principe de la bonne foi²⁴.

Cette évaluation des intérêts a été effectuée dans les arrêts suivants.

Dans l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.346/2004 du 15 février 2005, l'annonce tardive par l'employé de son état d'incapacité au moment du licenciement en temps inopportun a été considérée comme une violation de son devoir de fidélité. Le Tribunal fédéral a néanmoins retenu que cette violation était contrebalancée par l'absence d'intention immédiate de l'employeur de renouveler l'annonce de la résiliation du contrat, cette fois-ci en temps opportun²⁵, l'employeur n'ayant procédé que tardivement à la réitération de l'annonce du licenciement.

Dans l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.259/2003 du 2 avril 2004, il a été retenu qu'il pouvait être fait grief à l'employée enceinte de ne pas avoir rapidement annoncé sa grossesse à l'employeur²⁶. La Haute Cour, sans se prononcer sur la question de savoir si l'annonce faite plus de trois mois après la connaissance de la grossesse a eu pour effet de valider le licenciement, a néanmoins retenu que si l'employeur avait eu plus tôt connaissance de l'état d'incapacité de l'employée, il aurait pu mettre en œuvre l'assurance perte de gain, ce qui aurait limité son dommage²⁷.

Quant au délai dans lequel l'annonce doit être faite par l'employé afin qu'il ne soit pas forclus de la protection accordée par la loi, le Tribunal fédéral dans un arrêt du 15 février 2005²⁸ a considéré un délai de cinq semaines pour annoncer l'incapacité comme adéquat, puis dans un autre cas le Tribunal a considéré le retard d'annonce de trois mois d'une employée enceinte comme étant excessif²⁹.

Force est donc d'admettre que chaque cas doit s'apprécier à la lumière des circonstances particulières et qu'il n'a pas été fixé à ce jour un délai d'annonce de l'incapacité pouvant être considéré en tout temps et en toutes circonstances comme adéquat.

²⁴ FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Droit du travail, Code annoté, Berne 2002, n°1.13 ad art 324a CO ; arrêt 4C.346/2004 arrêt du Tribunal fédéral du 15 février 2005.

²⁵ Arrêt 4C.346/2004 c.5.4 du 15 février 2005.

²⁶ ATF 135 III 349 c.2.2 ; BRUNNER/BUHLER /WAEBER, Commentaire, 2^e édition p. 217.

²⁷ Arrêt 4C.259/2003/ech du 2 avril 2004 c.2.1.

²⁸ Arrêt 4C.346/2004 du 15 février 2005.

²⁹ Arrêt 4C.259/2003 du 2 avril 2004.

2. Demeure de l'employeur

Il ne suffit pas de rappeler que l'employé doit sa prestation au terme de son incapacité. Pour qu'il puisse exécuter son obligation de travail, faut-il encore que l'employeur soit prêt et en mesure de l'accepter³⁰.

L'article 324 CO prévoit que si l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter, il reste tenu de payer le salaire au travailleur sans que celui-ci doive encore fournir son travail³¹.

L'article 324 al.1 CO pose deux conditions, qui seront examinés ci-après, à la demeure de l'employeur :

- a. Le travailleur a correctement offert sa prestation, dans le temps, l'espace et de manière personnelle³² ;
- b. L'employeur doit avoir refusé la prestation de travail de manière injustifiée³³.

2.1 Le travailleur a correctement offert sa prestation, dans le temps, l'espace et de manière personnelle

2.1.1 Offre valable dans le temps

Pour qu'une prestation soit valablement offerte dans le temps, l'employé doit être en mesure d'effectuer son travail au moment même où il offre sa prestation. Il doit en outre rester capable de fournir la prestation. S'il ne le peut plus, la demeure de l'employeur prend fin³⁴.

Dans l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.259/2003 du 2 avril 2004, bien que l'employée ait annoncé sa grossesse tout en offrant ses services à l'employeur, le Tribunal fédéral a retenu qu'au moment où elle offrait ses services, l'employée n'était précisément pas capable de travailler et d'exécuter sa prestation de travail conformément au contrat conclu, sa prestation ne pouvant dès lors pas être valablement considérée comme

³⁰ BRUNNER /BUHLER /WAEBER /BRUCHEZ, Commentaire, p. 105.

³¹ CARRUZZO Philippe, le contrat individuel de travail, commentaire des articles 310 à 341 du des Code des obligations, éd. Schulthess Médias Juridique SA, Zurich/Bâle/Genève 2009, p. 177 (cité : CARRUZZO, Le contrat).

³² WYLER Rémy, Droit de travail, 2^e éd., Berne 2008, p. 193.

³³ WYLER, p.194.

³⁴ WYLER, p. 193.

offerte. La demeure de l'employeur devait, par conséquent, être considérée comme exclue.

2.1.2 Offre concrète

La demeure de l'employeur suppose, en outre, que le travailleur ait concrètement offert ses services³⁵. Le travailleur, à nouveau capable, doit faire connaître sans équivoque son intention de poursuivre son activité par une offre concrète adressée à son employeur³⁶.

Pour que l'employeur soit en demeure, il faut que le travailleur soit en mesure et prêt à exécuter la prestation de travail prévue dans le contrat³⁷.

Bien que l'offre de travail ne soit soumise à aucune forme, il faut que l'employeur puisse comprendre précisément que le travailleur se tient à sa disposition. Si le travailleur omet d'offrir ses services, il perd alors le droit au salaire, l'employeur n'ayant pas à attirer l'attention du travailleur sur ses obligations³⁸.

Une telle offre ne résulte pas du fait que l'employeur doit supputer, sur la base des circonstances, que le travailleur est disposé à fournir sa prestation pendant la durée prolongée des rapports de travail³⁹.

Cette approche restrictive n'a pas toujours fait l'unanimité. La doctrine dominante a longtemps estimé que l'obligation du travailleur d'offrir ses services durant la prolongation du contrat n'était pas absolue et qu'il suffisait que l'employeur comprenne, d'après les circonstances, que le salarié était à disposition⁴⁰.

A notre sens et conformément à l'approche actuelle du Tribunal fédéral⁴¹, une offre tacite ne suffit pas. Pour permettre et maintenir une organisation efficace et rationnelle, l'employeur doit être informé précisément du moment auquel l'employé pourra reprendre son activité, et ceci même s'il s'avère que le retour de l'employé sur le lieu de travail est pour une durée limitée ou à un taux d'activité réduit.

³⁵ ATF 115 V 437 c. 5ap. 444.

³⁶ FAVRE MOREILLON, p. 104.

³⁷ CARRUZZO, Le contrat, p. 180.

³⁸ Arrêt 4C. 259/2003/ech du 2 avril 2004.

³⁹ ATF 115 V 445 c. 6b.

⁴⁰ RJJ 1995 p. 272 ; AUBERT G., la jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1986, in SJ 1987, p. 556 et 557.

⁴¹ Arrêt 4C. 259/2003/ech du 2 avril 2004.

Seul l'employé a la connaissance exacte de son état de santé et, en conséquence, de sa capacité de reprise. Nous pensons qu'en vertu de l'article 321 al 1. CO et dans la mesure où le travailleur est tenu de sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur, une communication concrète de la part de l'employé sur sa capacité de travail est nécessaire et justifiée.

2.1.3 L'offre doit être conforme aux prestations qui relèvent du contrat

Le travailleur doit donc non seulement offrir ses services valablement et sans équivoque, mais il doit, en outre, être en mesure et prêt à exécuter les tâches qui lui incombent conformément au contrat de travail, au cahier des charges ou aux directives de l'employeur.

Ainsi, faut-il que l'employé offre une prestation qui soit conforme au contrat pour que l'employeur tombe en demeure au sens de l'article 324 CO⁴². Il ne suffit pas de se limiter à prouver l'offre de service, encore faut-il démontrer que les prestations offertes par l'employé sont conformes au contrat passé entre les parties⁴³.

Même si cette condition n'est pas expressément mentionnée dans la loi, la demeure du créancier implique que le débiteur soit en mesure et prêt à exécuter sa prestation telle que prévue dans le contrat (« Leistungsbereitschaft »)⁴⁴.

Cette exigence doit être réalisée aussi longtemps que le travailleur entend continuer à se prévaloir de la demeure de l'employeur⁴⁵.

Ce n'est que si ces conditions cumulatives sont remplies que l'employé sera légitimé à réclamer le paiement de son salaire pendant la période de dédite qui suit l'incapacité.

⁴² Arrêt 4C.189/2005 du 17 novembre 2005 in Collection des arrêts du Tribunal fédéral suisse.

⁴³ Arrêt 4C.189/2005 du 17 novembre 2005 c. 3.2 in Collection des arrêts du Tribunal fédéral suisse.

⁴⁴ ATF 111 II 463 c. 5a p.469 ; arrêt 4c.276/1996 du 15 septembre 1997, c. 5b/cc ; SJ 1995 p. 788.

⁴⁵ Arrêt 4C.276/1996 du 15 septembre 1997, c. 5b/cc.

2.2 L'employeur doit être prêt à accepter la prestation régulièrement offerte

Le corollaire d'une offre valablement effectuée par l'employé s'accompagne indéniablement de l'obligation pour l'employeur d'établir qu'il est prêt à accepter les prestations de service ainsi offertes.

Le travailleur ne peut pas se voir reprocher de ne pas avoir offert ses services s'il est clairement établi que, d'emblée, l'employeur n'aurait pas accepté sa prestation de travail⁴⁶.

Lorsque l'employeur aurait manifestement refusé les services de l'employé, il ne peut s'opposer aux prétentions salariales découlant de la prolongation des rapports de travail de ce dernier⁴⁷.

L'employeur est en demeure lorsqu'il refuse la prestation de travail de manière injustifiée. Tel est le cas lorsqu'il refuse le travail qui lui est régulièrement offert sans motif légitime.

Dans l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.259/2003 du 2 avril 2004, l'employeur a refusé de réintégrer la travailleuse enceinte dans son poste de secrétaire en lui proposant en lieu et place la possibilité d'occuper un poste d'agent de sécurité. Le Tribunal fédéral a retenu dans ce contexte qu'une telle réponse ne démontrait pas la volonté sérieuse de l'employeur d'occuper à nouveau sa collaboratrice, puisque rien ne justifiait dans les circonstances qu'elle accepte de se reconvertir en agent de sécurité.

Ainsi, un employeur qui entend offrir en lieu et place du poste régulièrement occupé par le travailleur une occupation alternative non justifiée au regard des circonstances en présence, doit être considéré comme ayant refusé la prestation de travail de manière injustifiée. Il doit, dès lors, verser le salaire afférent à la période de prolongation des rapports de travail et ce indépendamment du refus de l'employé d'occuper le poste offert à titre d'alternative.

En revanche, un refus de l'employeur est considéré comme justifié lorsque l'employé n'offre pas sa prestation de manière correcte, à savoir dans le

⁴⁶ FAVRE MOREILLON, p. 104 ; Arrêt 4C. 259/2003/ech du 2 avril 2004 c. 2.1. ATF 115 V 437 c.5a.

⁴⁷ Arrêt 4C.230 /2005 du 1^{er} septembre 2005 c. 4.

temps, l'espace et de manière personnelle. Cela étant, il appartient à l'employeur de le prouver⁴⁸.

En conclusion, l'employeur est tenu d'accepter les services régulièrement offerts par l'employé, pour autant que celui-ci soit apte à les exercer. C'est à l'employeur de prouver l'incapacité de l'employé d'exercer sa prestation correctement.

A notre sens, l'employeur qui offre à l'employé la possibilité de réintégrer un poste non identique, mais de nature équivalente à celui précédemment occupé, doit être considéré comme ayant démontré sa volonté d'accepter la prestation offerte. L'employé qui refuserait ce poste devrait être considéré en demeure et ne pas avoir droit à son salaire pendant la période de dédite.

III. Obligation d'information de l'employeur – Omission d'informer

Lorsque les rapports de travail sont prolongés en raison d'une incapacité de travail de l'employé ou en raison de la nullité de la notification en temps inopportun, l'employeur a-t-il à sa charge une obligation d'informer l'employé du report du terme contractuel ou de la nullité du licenciement ?

Cette question de principe se pose également lorsque le contrat a été résilié, à tort, par l'employeur dans un délai plus court que le délai contractuel ou légal⁴⁹.

Pendant longtemps, la position du Tribunal fédéral, corroborée par une partie de la doctrine, se fondait sur l'idée qu'il était conforme à la loi, qui tend essentiellement à la protection du travailleur, d'exiger de l'employeur qu'il informe le salarié des droits et des obligations qui peuvent intervenir dans des situations particulières.

L'obligation du travailleur d'offrir ses services pendant la prolongation du délai n'était donc pas absolue et l'employeur qui n'avait pas informé le travailleur de ses droits et obligations ne pouvait pas lui faire grief de ne pas avoir offert ses services⁵⁰. L'employeur tombait en demeure du simple fait qu'il n'avait pas dûment informé l'employé de ses droits.

⁴⁸ WYLER, pp. 194 s.

⁴⁹ Arrêt 4C.155/2006 du 23 octobre 2006 c. 5.2.

⁵⁰ SJZ 83 (1987) p.244.

Cette approche reposait sur le principe que les conséquences liées à la méconnaissance du Code des obligations par l'employé devaient être supportées par l'employeur comme un risque inhérent à l'entreprise, le but essentiel de la loi étant la protection des travailleurs⁵¹.

Cette approche n'a pas été maintenue. Actuellement, le Tribunal fédéral retient que le travailleur ne peut pas, de manière générale, se prévaloir de sa méconnaissance de la loi pour justifier le fait qu'il n'a pas offerts ses services, l'employeur n'ayant, en principe, pas l'obligation d'informer l'employé sur ses droits en matière de protection contre les licenciements⁵².

L'employeur n'est ainsi pas tenu de rendre l'employé attentif à ses droits. Par conséquent, l'employeur ne tombe pas en demeure du simple fait qu'il omet de renseigner l'employé qui se trouve dans l'erreur au sujet de l'échéance du contrat⁵³.

L'ignorance du travailleur quant à la prolongation des rapports de travail n'est pas, en vertu de l'article 336c CO, de nature à empêcher les effets de la demeure du travailleur⁵⁴.

Le Tribunal fédéral a néanmoins laissé ouverte la question de savoir si, en vertu du principe de la bonne foi ou de son obligation de diligence, l'employeur ne devait pas assumer un devoir d'information lorsqu'il se rendait compte ou devait se rendre compte de l'erreur du travailleur, tout en étant conscient que celui-ci subirait un préjudice irréparable en ne faisant pas valoir les droits découlant de la protection contre les congés⁵⁵.

Certains auteurs considèrent dans ce contexte que le travailleur ne peut pas renoncer à l'application des dispositions impératives de la loi, ni expressément, ni *a fortiori* involontairement. « L'employeur qui se rend compte, ou devait se rendre compte, de l'ignorance du travailleur à propos de ces dispositions a un devoir d'information à l'égard de ce dernier en vertu des règles de la bonne foi »⁵⁶.

⁵¹ SJZ 90(1994) p. 387.

⁵² ATF 115 V 437 c. 6d p. 446/447.

⁵³ ATF 115 V 437c. 5a (d) ; arrêt du Tribunal fédéral du 23 octobre 1992, c. 3d *in* SJ 1993 365.

⁵⁴ Arrêt 4C. 259/2003/ du 2 avril 2004c. 2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral du 23 octobre 1992, c. 3c *in* SJ 1993 365.

⁵⁵ Arrêt du Tribunal fédéral du 23 octobre 1992, *in* SJ 1993 368.

⁵⁶ BRUNNER /BUHLER /WAEBER /BRUCHEZ, Commentaire, p. 271.

Selon ces mêmes auteurs, si l'employeur ne respecte pas ce devoir d'information, il faut considérer qu'il a renoncé à la prestation de travail pendant la période de prolongation du contrat de travail découlant de l'article 336c CO et qu'il doit par conséquent verser le salaire à l'employé⁵⁷.

Dans l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, notre Haute Cour, sans fixer une obligation d'information, semble néanmoins considérer que lorsque l'erreur est le fait même de l'employeur (erreur commise par l'employeur au sujet du délai de résiliation applicable), le principe de bonne foi commanderait de ne pas faire grief au travailleur d'avoir omis d'offrir ses services et, dans ces circonstances, il devrait pouvoir prétendre à son salaire jusqu'à la fin des rapports de travail⁵⁸.

A notre sens, dans le cas d'une erreur commise par l'employeur, la bonne foi doit prévaloir et l'employé ne doit pas être pénalisé en raison de la fausse indication donnée par l'employeur. En revanche, cette approche ne se justifie pas dans d'autres circonstances. L'accès à l'information est à tel point facilité de nos jours qu'il se justifie de faire porter le risque de l'ignorance à celui qui a omis de s'informer.

IV. Libération de l'obligation de travailler

Lorsque l'employeur choisit de libérer l'employé de son obligation de travailler et que l'employé bénéficie, postérieurement, à la notification du licenciement, de la protection accordée par l'article 336c CO, se pose alors la question de l'obligation du travailleur d'offrir ses services à l'employeur, alors même que ce dernier a renoncé à la prestation de travail pendant le délai de congé.

L'option de libérer le travailleur de l'obligation de travailler durant le délai de congé appartient unilatéralement à l'employeur⁵⁹.

Lorsque l'employeur libère l'employé de l'obligation de travailler, il décide de renoncer à la prestation de service de l'employé tout en restant tenu par son obligation de payer le salaire jusqu'au terme du contrat.

⁵⁷ BRUNNER /BUHLER /WAEBER /BRUCHEZ, Commentaire, p. 271.

⁵⁸ Arrêt 4C.155/2006 du 23 octobre 2006 c. 5.2 ; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6^e éd., n°7 art 335 CO, p. 600.

⁵⁹ Arrêt 4C.71/2002, arrêt du Tribunal fédéral du 31 juillet 2002 c. 3.

En aucun cas la libération de l'obligation de travailler ne doit être considérée comme une résiliation anticipée des rapports de travail⁶⁰ au terme de laquelle l'employeur renoncerait à la prestation de service en contrepartie de sa libération de l'obligation de payer le salaire.

En principe, l'article 336c CO s'applique également si le travailleur licencié a été libéré de son obligation de travailler. De plus, cette dispense de travailler pendant le délai de congé est assimilable à la demeure de l'employeur⁶¹ puisqu'il s'agit d'un refus de fournir du travail à l'employé.

Selon le Tribunal fédéral, un travailleur licencié et libéré de son obligation de travailler n'a plus besoin d'offrir ses services une fois sa capacité de travail retrouvée. En revanche, l'employeur reste tenu de lui verser le salaire jusqu'à la fin des rapports de travail⁶².

Lorsque l'employeur a libéré l'employé de l'obligation de travailler, ce dernier ne peut pas, en principe, se voir reprocher de ne pas avoir offert ses services une fois sa capacité de travail retrouvée⁶³.

Il existe toutefois des exceptions à ce principe.

Le Tribunal fédéral, corroboré par la doctrine, considère que « lorsque le délai de congé doit être suspendu pendant une longue période, soit par exemple durant la grossesse et les 16 semaines qui suivent l'accouchement, il est alors douteux que l'employée libérée de son obligation puisse toujours s'abstenir d'offrir ses services. Il est en effet imaginable que lorsque la prolongation des rapports de travail est aussi importante, l'employeur change d'avis et souhaite à nouveau occuper la travailleuse. Aussi la travailleuse qui tombe enceinte pendant le délai de congé devrait en informer son employeur et lui offrir ses services»⁶⁴.

« De même, lorsque le licenciement assorti d'une libération de l'obligation de travailler s'avère nul en raison d'une protection contre le licenciement en temps inopportun, la nullité affecte la déclaration de libération de l'obligation de travailler de telle sorte que le travailleur est à nouveau tenu

⁶⁰ Arrêt 4C.329/2004, arrêt du Tribunal fédéral du 15 décembre 2004 c3.

⁶¹ WYLER, Droit p. 198.

⁶² ATF 128 III 212c. 3b/cc (f), Arrêt du Tribunal fédéral du 20 juillet 1994 c. 3b in SJ 1995 801.

⁶³ Arrêt 4C. 259/2003/ech du 2 avril 2004 ; ATF 118 II 139 c. 1a p. 140 ; Arrêt 4C.66/1994 du 20 juillet 1994.

⁶⁴ FAVRE MOREILLON p. 106 ; Arrêt 259/2003/ech du 2 avril 2004 c.2.1.

d'offrir ses services ou respectivement de tenir l'employeur informé de l'évolution de son état d'incapacité ou de capacité de travail»⁶⁵.

L'approche choisie par le Tribunal fédéral doit, à notre sens, être nuancée.

Face à une absence de longue durée de son employé, l'employeur doit, en effet, pouvoir changer d'avis et souhaiter à nouveau occuper cet employé, ceci malgré la libération antérieure de l'obligation de travailler. Toutefois, la responsabilité de la reprise de l'activité par l'employé devrait être partagée entre les parties, compte tenu précisément de la libération antérieure, unilatéralement décidée par l'employeur.

Si ce dernier souhaite changer d'avis, il devrait, à notre sens, dès la connaissance de l'incapacité de longue durée de l'employé, être dans l'obligation d'informer expressément l'employé de l'annulation ou du retrait de la libération de l'obligation de travailler.

Ce n'est que s'il a expressément exprimé ce changement d'avis à l'employé que ce dernier devrait se trouver en demeure d'offrir ses services au terme de son incapacité.

Dans le cadre d'un licenciement nul assorti d'une libération de l'obligation de travailler, il se justifie en revanche pleinement que l'employé se mette à disposition de l'employeur dès la fin de son incapacité, et ce indépendamment de la libération antérieure de l'obligation de travailler prononcée par l'employeur. Cette dernière ne peut naître, à notre sens, qu'en présence d'un licenciement valable.

V. Abandon de poste

Dans le cadre du délai de congé, lorsque l'employé n'offre pas ses services à l'employeur au terme de son incapacité, peut-on considéré qu'il a abandonné son emploi au sens de l'article 337d CO ?

1. Notion

L'article 337d CO règle la résiliation par le travailleur des rapports de travail, avec effet immédiat, mais sans justes motifs.

⁶⁵ WYLER, p. 321.

L'application de cette disposition implique que le travailleur refuse consciemment, de manière intentionnelle et définitive, de poursuivre l'exécution des prestations de travail telles que prévues par le contrat⁶⁶.

2. Conditions

L'application de cette disposition présuppose que l'on soit en présence des conditions suivantes:

- a. un refus clair et net du travailleur d'entrer en service ou de poursuivre l'exécution du travail confié ;
- b. le travail exigé de l'employé à son retour est conforme à son cahier des charges⁶⁷.

2.1 Un refus clair et net du travailleur d'entrer en service ou de poursuivre l'exécution du travail confié

Pour qu'il y ait abandon d'emploi, au sens de la disposition précitée, il faut que la décision du salarié d'abandonner son poste soit claire et définitive.

Le refus du travailleur est exprès lorsque l'employé fait connaître, sans équivoque, à l'employeur son intention de ne pas réintégrer son poste. Lorsque l'abandon d'emploi ne résulte pas d'une déclaration expresse du salarié, il faut analyser si la renonciation à la réintégration au poste découle d'actes concluants. Il s'agira, dans cette hypothèse, d'examiner si, compte tenu de toutes les circonstances, l'employeur pouvait, objectivement et de bonne foi, comprendre que le salarié entendait quitter son emploi⁶⁸.

Si l'employeur a un doute quant à l'intention définitive de l'employé de réintégrer son poste, en particulier si l'employeur craint que l'employé ne soit pas capable de le faire pour des motifs de santé, l'employeur doit alors préalablement lui adresser une mise en demeure de reprendre le travail avant de pouvoir - le cas échéant - considérer qu'il a abandonné son poste⁶⁹.

La mise en demeure devrait, à notre sens, être un prérequis indispensable avant qu'il puisse être conclu à un abandon de poste.

⁶⁶ CARRUZZO, Le contrat, p. 575.

⁶⁷ Arrêt 4C.155/2005 du 6 juillet 2005.

⁶⁸ Arrêt 4C.370/2001 du 14 mars 2002, c. 2a.

⁶⁹ WYLER, p. 521.

Une mise en demeure systématique lorsque l'employé n'offre pas ses services se justifie d'autant plus qu'elle permet de clarifier les intentions des parties au rapport de travail et limite, pour chacune des parties, les risques inhérents à la mauvaise appréciation des circonstances de fait.

En effet, la mise en demeure permet à la fois à la partie la plus faible de bénéficier d'un ultime rappel des obligations contractuelles et, le cas échéant, de s'y conformer, et elle peut éviter à l'employeur d'être en demeure au sens de 324 CO puisque la communication à son employé signifie qu'il est prêt à accepter ses services.

Un rappel adressé à l'employé resté sans réponse devrait permettre à l'employeur de rapidement remplacer le travailleur absent et combler le poste vacant, sans que cela puisse lui être reproché. La mise en demeure de l'employé devrait permettre à l'employeur une gestion efficace et rationnelle du nombre de postes vacants, et ce dans l'intérêt plus large de l'ensemble de l'entreprise.

2.2 Le travail exigé de l'employé à son retour est conforme à son cahier des charges⁷⁰

Pour que l'article 337d CO s'applique, encore faut-il que l'absence ou le refus du travailleur de réintégrer son poste soit injustifié.

Au sens de cette disposition, une absence n'est injustifiée que si le travailleur a une obligation de travailler. Tel n'est pas le cas lorsque le travailleur peut refuser de fournir sa prestation, par exemple lorsque l'employeur est en retard dans le paiement du salaire ou qu'il est en demeure pour une autre raison⁷¹, notamment lorsque l'employeur propose à l'employé d'occuper un autre poste incompatible avec sa fonction ordinaire⁷².

En revanche, si l'employeur n'est pas prêt et en mesure d'accepter la prestation de travail régulièrement offerte par l'employé conformément à ce qui est convenu dans le contrat ou par le biais des directives de l'employeur, il n'y a pas d'abandon de poste au sens de 337d CO.

⁷⁰ Arrêt 4C.155/2005 du 6 juillet 2005.

⁷¹ WYLER, p. 522 ; JT 1995 I 367.

⁷² Arrêt 4C.155/2005 du 6 juillet 2005 c. 2.2.

3. Conséquences

Lorsque le travailleur refuse d'exercer sa prestation ou abandonne son travail de manière injustifiée, le contrat de travail prend fin immédiatement, sans que l'employeur doive adresser au salarié une résiliation immédiate de son contrat.

Dans ce cas l'employeur a droit, selon les conditions fixées par l'article 337d CO, à une indemnité et, le cas échéant, à la réparation du dommage supplémentaire conformément à l'article 42 al. 2 CO⁷³.

Qu'en est-il en revanche, lorsque le travailleur licencié refuse dans la période de dédite qui suit une incapacité d'exercer sa prestation ou abandonne son poste de manière justifiée, notamment quand les tâches qui lui sont proposées à son retour ne sont plus conformes à son contrat ?

Dans ce cas, ce n'est pas le travailleur qui manifeste son intention d'abandonner son emploi, mais c'est bien l'employeur qui prend l'initiative de mettre fin avec effet immédiat aux rapports de travail préalablement résiliés de manière ordinaire.

Ceci est d'autant plus vrai quand l'employé se met au service de l'employeur en lui spécifiant sa disponibilité pour accomplir les tâches qui relèvent à proprement parler de son contrat de travail⁷⁴.

Dès lors, il conviendra d'examiner si le refus de l'employé d'exercer les tâches demandées peut constituer ou non, au vu des circonstances, un juste motif de résiliation des rapports de travail.

Si cela ne devait pas être le cas, l'employeur serait alors tenu d'indemniser l'employé conformément à l'article 337c al. 1 CO et ce dernier aurait alors droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé⁷⁵.

⁷³ ATF 121 V 277 c. 3a.

⁷⁴ Arrêt 4C.155/2005 du 6 juillet 2005 c. 2.2.

⁷⁵ WYLER, p. 513.

VI. En conclusion

En conclusion, il convient de retenir que l'incapacité de travail non fautive empêche la demeure de l'employé. Dès que cette incapacité cesse, l'employé a l'obligation de fournir sa prestation, s'il ne veut pas être en demeure.

Ceci est vrai pour autant que l'employeur permette à l'employé de réintégrer, dans la période de dédite qui suit l'incapacité, un poste identique ou analogue à celui précédemment occupé.

Il est rappelé que l'employé n'a pas l'obligation d'offrir ses services à l'employeur au terme de son incapacité lorsque l'employeur a unilatéralement libéré l'employé de son obligation de travailler pendant le délai de congé.

Néanmoins, lorsque le licenciement est nul ou que le délai de congé est suspendu en raison d'un empêchement de longue durée, la libération de l'obligation de travailler n'est plus absolue et il paraît alors justifié que l'employé offre ses services à l'employeur qui a pu entre temps changer d'avis. A notre sens toutefois, cette obligation ne devrait naître que si l'employeur a expressément fait connaître à l'employé son intention de révoquer la libération de l'obligation de travailler.

Enfin, bien que ce ne soit pas exiger par la loi, il nous paraît sage et proportionné de recommander à l'employeur qu'il mette expressément en demeure l'employé qui n'offre pas ses services au terme de son incapacité. Ceci a pour effet de clarifier l'intention des parties, d'offrir un ultime rappel à la partie la plus faible au contrat et, enfin, signifie que l'employeur est prêt à accepter les services de l'employé, lui permettant ainsi d'éviter la demeure au sens de 324 CO.

VI. Arrêts topiques

<p>Arrêt 4C.346/2004/ech du 15 février 2005</p>	<p>Employé souffrant d'une dépression et qui n'annonce pas son incapacité de travail à l'employeur et continue de travailler malgré l'arrêt maladie prescrit par le médecin.</p> <p>L'employé est licencié alors que l'employeur ignorait la cause de nullité.</p> <p>Application de l'article 336c CO indépendamment de la connaissance de l'incapacité.</p> <p>Devoir de fidélité et obligation pour l'employeur d'informer.</p>
<p>Arrêt 4C.155/2006 du 23 octobre 2006</p>	<p>Devoir d'information de l'employeur.</p>
<p>Arrêt du 25.2.1986 jurisprudence vaudoise 1986</p>	<p>Ancienne approche, exigence de l'employeur d'informer.</p>
<p>ATF 115 V 437 c. 6d et SJZ 90 (1994) p. 387</p>	<p>Le TF dénie une obligation générale de l'employeur de devoir rendre le travailleur attentif à ses obligations.</p>
<p>Arrêt du 4A_552/2008 du 12 mars 2009</p>	<p>Délai dans lequel l'employé doit annoncer son incapacité.</p>
<p>Arrêt 4C. 259/2003 du 2 avril 2004</p>	<p>Libération de l'obligation de travailler et obligation pour l'employé d'offrir ses services.</p>
<p>Arrêt 4C.189/2005 du 17 novembre 2005</p>	<p>Demeure de l'employeur.</p>
<p>Arrêt 4A_289/2010 du 27 juillet 2010</p>	<p>Confirmation de la jurisprudence relative à 82 CO et 324 CO.</p>
<p>Arrêt 4C.155/2005 du 6 juillet 2005</p>	<p>Abandon de poste – résiliation avec effet immédiat.</p>

