



Atelier droit du travail 3 octobre 2023

Institut agricole de Grangeneuve

1. Le salaire payé à l'heure : paiement pendant les vacances
 2. La prolongation du temps d'essai
 3. Les contrats successifs, CDD, CDI...
 4. Les conventions de départ
 5. Le congé abusif - conséquences
 6. La maladie et les vacances
-
7. Les certificats médicaux (particularités)
 8. L'allaitement pendant le temps de travail
 9. Nouveautés jurisprudentielles

1. LE SALAIRE PAYÉ À L'HEURE : PAIEMENT PENDANT LES VACANCES

- Le salaire peut être payé au mois ou à l'heure.
- S'il est payé à l'heure, on rajoute les suppléments pour les vacances et les jours fériés :

ANNEXE 6 DUREE DU TRAVAIL – CONGES – VACANCES

4. Pour le personnel payé à l'heure,

le salaire des vacances et jours fériés est versé en supplément au salaire-horaire selon les taux suivants:

	<u>Vac.</u>	<u>J.F.</u>	<u>Total</u>
5 semaines	10,64 %	+ 4 %	14,64 %
5 semaines et trois jours	12,07 %	+ 4 %	16,07 %
6 semaines	13,04 %	+ 4 %	17,04 %
7 semaines	15,55 %	+ 2 %	17,55 %
Jours fériés :	4 %		

1. LE SALAIRE PAYÉ À L'HEURE : PAIEMENT PENDANT LES VACANCES

- Il y a deux systèmes pour rétribuer les vacances (et les jours fériés) :
- 1. Comme l'employé-e a reçu le supplément pour vacances et jours fériés à chaque encaissement mensuel de son salaire, plus rien n'est dû quand il/elle prend ses congés.
- 2. L'autre possibilité est de thésauriser le supplément et de le verser à l'employée-e pendant la prise des congés.

Si l'horaire est irrégulier, selon un planning établi de semaine en semaine ou de mois en mois, le 1^{er} système est le plus facile à appliquer.

1. LE SALAIRE PAYÉ À L'HEURE : PAIEMENT PENDANT LES VACANCES

- Exemple :
- Employé qui travaille à raison de 8 heures par jour 2 semaines selon les horaires suivants :
- Semaine 1 : du mardi au samedi Semaine 2 du lundi après-midi au vendredi
- Semaine 3 : en vacances
- L'employé a donc travaillé les 2 premières semaines : $40 + 36$ heures = 76 heures
- Il aura thésaurisé 76 suppléments horaires pour le paiement de ses jours de congé de la 3^e semaine
- S'il est payé 33.- de l'heure, il aura « engrangé » comme suppléments vac/JF :
- $76 \times (14,64\% \text{ de } 33) = 367,15$
- Une journée de travail est rétribuée : $8 \times 33 = 264.-$
- On voit donc qu'ici les vacances n'ont été financées qu'à hauteur de 1,4 jour sur 5. La suite de la rémunération interviendra ultérieurement avec les prochains jours travaillés et payés avec supplément.

1. LE SALAIRE PAYÉ À L'HEURE : PAIEMENT PENDANT LES VACANCES

- Exigences cumulatives du TF pour que soit admis le premier système, soit celui du paiement du supplément de vacances au fur et à mesure avec le paiement des heures travaillées (ATF 4A 561/2017) :
 - 1. il faut une nécessité objective due à une activité irrégulière;
 - 2. la part du salaire global destinée à l'indemnisation des vacances doit être mentionnée clairement et expressément dans le contrat de travail...
 - 3. ... ainsi que sur les décomptes de salaire périodique.

2. LA PROLONGATION DU TEMPS D'ESSAI

b. Pendant le temps d'essai

Art. 335^{b180}

¹ Pendant le temps d'essai, chacune des parties peut résilier le contrat de travail à tout moment moyennant un délai de congé de sept jours; est considéré comme temps d'essai le premier mois de travail.

² Des dispositions différentes peuvent être prévues par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective; toutefois, le temps d'essai ne peut dépasser trois mois.

³ Lorsque, pendant le temps d'essai, le travail est interrompu par suite de maladie, d'accident ou d'accomplissement d'une obligation légale incombant au travailleur sans qu'il ait demandé de l'assumer, le temps d'essai est prolongé d'autant.

La modification de la durée du temps d'essai doit se faire bilatéralement. Voir art. 3.3 CCT

Durée maximale : 3 mois

Pas de TE prévu dans les CDD, mais possibilité d'en prévoir un.

2. LA PROLONGATION DU TEMPS D'ESSAI

³ Lorsque, pendant le temps d'essai, le travail est interrompu par suite de maladie, d'accident ou d'accomplissement d'une obligation légale incombant au travailleur sans qu'il ait demandé de l'assumer, le temps d'essai est prolongé d'autant.

Le TE n'est prolongé que dans les cas cités à l'art. 335b al. 3 CO, à savoir :

- la maladie;
- l'accident;
- l'accomplissement d'une obligation légale.

Exemple :

Engagement le 01.09.2023; TE de 2 mois. Le T tombe malade du 25.10.2023 au 11.11.2023.

-> Le TE ne se terminera pas le 31.10.2023, mais le 18.11.2023.

3. LES CONTRATS SUCCESSIFS, CDD, CDI...

Art. 334¹⁷⁷

G. Fin des rapports de travail

I. Contrat de durée déterminée

1 Le contrat de durée déterminée prend fin sans qu'il soit nécessaire de donner congé.

2 Si, après l'expiration de la période convenue, le contrat de durée déterminée est reconduit tacitement, il est réputé être un contrat de durée indéterminée.

3 Le contrat conclu pour plus de dix ans peut être résilié après dix ans par chacune des parties pour la fin d'un mois, moyennant un délai de congé de six mois.

Un contrat de durée déterminée peut être prolongé. Si pas de précisions : CDI

Mais 2^e CDD possible .Exemple : CDD du 01.01.23 au 30.04.23 prolongé au 31.07.23

En principe, dès le 3^e CDD (2 reconductions) à la suite, on applique les règles du CDI.

3. LES CONTRATS SUCCESSIFS, CDD, CDI...

Si un contrat d'apprentissage est suivi d'un emploi fixe -> pas de (nouveau) temps d'essai

Si un employé en temporaire (LSE) est engagé en fixe -> possible de mettre un temps d'essai.

Le critère est que dans le premier cas l'employeur est le même, mais pas dans le deuxième.

Contrat de stage

Ce terme est équivoque et pour couvrir différents cas de figures. Il va falloir déterminer s'il s'agit :

d'un **stage au sens strict**, que l'on pourrait définir comme un bref passage dans l'entreprise pour découvrir une profession, un poste. Par exemple, un titulaire d'une maturité fédérale qui vient 15 jours dans le service des crédits d'une banque.

Ou d'un **stage qui a plutôt les allures de contrat de travail**, à savoir que le/la stagiaire effectue du travail rémunéré pour l'employeur. Dans ce cas, on le considérera comme un CDD.

3. LES CONTRATS SUCCESSIFS, CDD, CDI...

Voir l'annexe 11 CCT :

1. Définitions :

- a. Stage d'observation, de découverte ou d'information : d'une durée d'une semaine, voire 4 semaines au maximum. S'effectue généralement pendant la formation du secondaire I ou II. Peut être organisé par les services d'orientation professionnelle. Le risque d'accident non-professionnel est assumé par le ou la stagiaire. Le ou la stagiaire ne peut pas être amené-e à remplacer un-e titulaire.
- b. Stage préalable à l'admission dans une école (Ecole spécialisée, Haute école spécialisée, Université) : la durée et les modalités sont fixées par l'école/ l'Université.
- c. Stages en cours de formation (ES-HES-Université) : la durée et les modalités sont fixées par l'école/ l'Université.
- d. Autres stages : les stages prévus par d'autres hautes écoles sont réservés. La rémunération n'est pas garantie.

2. Principes communs à tous les stages :

- a. Durée supérieure à un mois : obligation de conclure un contrat.
- b. Le contrat doit préciser l'organisation et le déroulement du stage.
- c. Le stage doit faire l'objet d'un suivi par un responsable au bénéfice d'un titre reconnu, en fonction d'objectifs décidés en commun avec le ou la stagiaire, éventuellement l'école.
- d. Établissement d'un rapport de stage obligatoire. Celui-ci est adapté à la durée du stage et aux modalités de l'école.
- e. L'institution établit un certificat de stage.
- f. Les stagiaires doivent rester hors-dotation par rapport à l'effectif de l'institution.
- g. Couverture accident prise en charge par l'institution.
- h. Les stagiaires ne doivent pas être mis en concurrence en vue de l'octroi d'un poste ou d'une place d'apprentissage.
- i. Sauf disposition contraire du contrat de stage, le ou la stagiaire est soumis aux normes de la CCT quant aux conditions de travail, aux assurances ainsi qu'aux devoirs et droits des employés et employeurs.

3. LES CONTRATS SUCCESSIFS, CDD, CDI...

3. Rémunération

Les stages sont en principe rémunérés, à l'exception du stage d'observation/ découverte (1a) pour lequel une indemnité en nature (repas) peut être offerte.

Échelle de rémunération :

- Stage préalable à l'Université (pédagogie curative et spécialisée) ou à la HETS : CHF 1'300.-
(x12)
- Premier stage durant la formation HETS : CHF 1'500.-
(x12)
- 2^{ème} stage ou stage final durant la formation HETS ou stage final Université : CHF 1'600.-
(x12)

Pour les stages en institutions de pédagogie spécialisée (IPS), les directives du SESAM sont réservées.

Pour les stages en cours de formation, le ou la stagiaire peut être appelé-e à effectuer le remplacement momentanément d'un employé. Si ce remplacement dépasse 3 jours, il est rétribué sur la base de la classification des fonctions.

CCT/INFRI-FOPIS / entrée en vigueur au 1.1.2006 / mise à jour au 1.1.2019/1.7.2021/1.1.2023

3. LES CONTRATS SUCCESSIFS, CDD, CDI...

Si deux contrats se suivent : pas de possibilité de mettre un nouveau temps d'essai, car les parties se connaissent déjà.

Il est par contre possible de prévoir contractuellement de changer quelqu'un de poste « à l'essai » et de le réintégrer à son ancien poste si cet essai devait ne pas s'avérer concluant. Dans ce cas-là, nous sommes hors du temps d'essai du CO.

Si deux contrats se suivent, mais avec une interruption au milieu, ce qui sera déterminant est la durée de l'interruption entre les deux contrats.

-> très longue interruption : possibilité de prévoir un nouveau temps d'essai

-> interruption brève à longue : pas de possibilité de prévoir un nouveau temps d'essai

4. LES CONVENTIONS DE DÉPART

On les appelle également « accords de résiliation ».

On y recourt souvent parce que les parties ont des risques en fin de contrat.

Il s'agit d'un accord entre l'employé et l'employeur pour mettre fin au contrat de travail et/ou pour fixer les modalités de la résiliation.

2 cas différents :

1. Une des parties résilie. Les parties souhaitent fixer les modalités.
2. L'employeur veut se séparer du travailleur, mais veut éviter une procédure judiciaire. Il licencie donc le travailleur, puis discute avec lui des modalités du congé.

4. LES CONVENTIONS DE DÉPART

Les parties sont libres de s'entendre sur la fin du contrat, y compris de déroger au contrat. Il faut toutefois qu'il y ait des concessions réciproques et l'art. 341 CO s'applique :

Art. 341

H. Impossibilité
de renoncer et
prescription

1 Le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective.

2 Les dispositions générales en matière de prescription sont applicables aux créances découlant du contrat de travail.

Il faut également qu'il y ait une volonté claire et sans équivoque des parties. Un délai de réflexion doit leur être octroyé.

Aucune forme particulière n'est exigée (il est toutefois conseillé de faire la convention par écrit et de la faire signer par les deux parties).

4. LES CONVENTIONS DE DÉPART

Il peut y avoir des effets sur le droit aux indemnités de chômage de l'employé : art 30 al. 1^{er} let. a et b LACI

Art. 30 Suspension du droit à l'indemnité¹³⁸

¹ Le droit de l'assuré à l'indemnité est suspendu lorsqu'il est établi que celui-ci:¹³⁹

- a. est sans travail par sa propre faute;
- b. a renoncé à faire valoir des prétentions de salaire ou d'indemnisation envers son dernier employeur, cela au détriment de l'assurance;

Une des problématiques peut notamment être la renonciation à l'application par l'employé de l'application de l'art 336c CO.

En résumé, pour que l'accord soit valable, il faut :

- qu'il y ait une volonté commune des parties;
- que l'accord soit équilibré avec des concessions réciproques;
- qu'un délai de réflexion ait été accordé à l'employé

4. LES CONVENTIONS DE DÉPART

Remboursement des frais de formation - Art. 35 CCT

Art. 35 **Financement de la formation continue**

- 35.1 Si la formation continue présente un intérêt pour l'institution, celle-ci participe à sa prise en charge selon le principe du partage de la prise en charge proportionnelle à cet intérêt (25, 50, 75 ou 100%). La participation est par ailleurs calculée au prorata du taux d'activité.
- 35.2 Les frais totaux de formation continue pris en compte dans le calcul du financement comprennent les frais d'inscription et d'écologie, ainsi que les frais salariaux correspondant au temps consacré à la formation, jusqu'à concurrence de la totalité des heures de cours, séminaires ou ateliers, ainsi qu'aux examens. Ils englobent également les frais supplémentaires de transports publics si, pour des raisons inhérentes à l'institution, l'employé doit fréquenter une école hors du canton.
- 35.3 Les autres frais annexes exigés par la formation sont à la charge de l'employé

4. LES CONVENTIONS DE DÉPART

La question des frais de formations et de ce que les parties conviennent au moment d'adopter une convention de départ est en principe déjà réglé dans la convention de formation.

Exemple de clause classique :

Si l'employé quitte l'employeur, il lui remboursera les frais avancés par ce dernier à hauteur de :

- 75 % la première année suivant la fin de la formation*
- 50% la deuxième année suivant la fin de la formation*
- 25% la troisième année suivant la fin de la formation*

4. LES CONVENTIONS DE DÉPART

Art. 36 Convention de formation

- 36.1 Si le montant des frais totaux de formation continue s'élève à plus de **CHF 3'000.--**, le financement et les modalités de cette formation font l'objet d'une convention signée par les deux parties.
- 36.2 L'employé qui accomplit une formation continue s'engage à rester de deux à cinq ans au service de l'institution après la fin de la formation, en fonction du montant financé par l'employeur :
- de CHF 3'001.-- à CHF 7'000.-- = 2 ans,
 - de CHF 7'001.-- à CHF 10'500.-- = 3 ans,
 - de CHF 10'501.-- à CHF 14'000.-- = 4 ans,
 - dès CHF 14'001.-- = 5 ans.

4. LES CONVENTIONS DE DÉPART

CONVENTION DE FIN DES RAPPORTS DE TRAVAIL

conclue entre

E, Employeur d'une part,

et

X, employé d'autre part,

PRÉAMBULE

Pour la bonne compréhension de la présente convention, il est sommairement exposé ce qui suit :

Figure ici l'historique de ce qui a amené les parties à arrêter une convention

* * * * *

4. LES CONVENTIONS DE DÉPART

Désireuses de régler conventionnellement la fin de leurs rapports de travail, parties conviennent de ce qui suit :

CONVENTION

- I. Les parties conviennent que le contrat de travail de X prendra irrévocablement fin **le 30 septembre 2023**. X est conscient du fait que, en signant la présente convention, il renonce à la protection stipulée à l'art. 336c CO.
- II. Jusqu'à l'échéance du contrat, E versera à X son salaire conformément au contrat de travail et aux art. 324a et 324b CO.
- III. X est libéré de son obligation de travailler jusqu'à la fin du contrat. Tous solde de vacances et/ou heures supplémentaires sont considérés comme compensés durant cette période.
- IV. Sans reconnaissance de responsabilité aucune et à bien plaisir, E versera à X une indemnité transactionnelle globale de CHF 10'000.- net.

4. LES CONVENTIONS DE DÉPART

- V. Dans les 20 jours suivant la signature de la présente convention, E délivrera à X un certificat de travail intermédiaire, puis un certificat de travail final au 30 septembre 2023. X, si besoin, peut demander des rectifications des certificats intermédiaire et final, malgré la clause du chiffre X ci-après.
- VI. X demeure lié par son obligation de confidentialité, même après la fin des rapports de travail.
- VII. X est informé du fait qu'il doit annoncer la fin des rapports de travail à son assurance-maladie, afin que puisse, cas échéant, être rétablie la couverture contre les accidents non-professionnels.
- VIII. Conformément à l'art. 3 LAA, X est informé que la couverture d'assurance LAA prendra fin à l'expiration du 31^e jour qui suit celui où a pris fin le droit au demi-salaire au moins (*art. 3 al. 2 LAA*) et qu'il dispose de la possibilité de prolonger l'assurance par convention spéciale pendant 180 jours au plus (*art. 3 al. 3 LAA*), conclue avec l'assureur avant l'expiration du rapport d'assurance.

4. LES CONVENTIONS DE DÉPART

- IX. Sous la seule réserve des dispositions qui précèdent, les parties se donnent réciproquement quittance pour solde de tout compte et de toutes prétentions du chef des rapports de travail.
- X. Le présent accord de résiliation est exhaustif. Il règle la totalité des prestations restant dues par les parties du chef de leurs rapports de travail.
- XI. La présente convention contient des concessions réciproques que les parties déclarent bien connaître.
- XII. La présente convention est strictement confidentielle. Parties conviennent que la communication au sujet de la fin des rapports de travail se limitera à mentionner une fin des rapports de travail d'un commun accord en raison de divergences de vue.
- XIII. La présente convention est exclusivement soumise au droit matériel suisse. Le for se situe à Fribourg.

Ainsi fait en deux exemplaires originaux, soit un pour chaque partie.

4. LES CONVENTIONS DE DÉPART

Fribourg, le

AU NOM DE E

A et B

Fribourg, le

.....

X|

5. LE CONGÉ ABUSIF - CONSÉQUENCES

La CCT présente quelques exigences quant au déroulement du processus de licenciement (en s'inspirant en partie des règles de la LPers) :

4.5 Conditions de la résiliation après le temps d'essai

- a) Le licenciement a lieu lorsque le/la collaborateur/trice ne répond plus aux exigences de la fonction sous l'angle des prestations, du comportement ou des aptitudes.
- b) A la demande du collaborateur ou de la collaboratrice licencié(e), le motif du licenciement lui/elle est communiqué par écrit, en termes généraux, faute de quoi le licenciement est considéré comme injustifié.
- c) Le licenciement est précédé au moins d'un avertissement écrit et motivé ou d'une évaluation circonstanciée mentionnant cette éventualité, donné suffisamment tôt pour permettre au collaborateur ou à la collaboratrice de répondre aux exigences du poste.
- d) L'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail (selon CO art. 336c) :
 - pendant que le collaborateur ou la collaboratrice effectue une période de service obligatoire (si cette période dépasse 12 jours, la restriction s'étend aux 4 semaines qui suivent et aux 4 semaines qui précèdent) ;
 - pendant toute la grossesse et au cours des 16 semaines qui suivent l'accouchement ;

- tant que dure le droit au congé de prise en charge visé à l'art. 20.6, pour une période maximale de six mois à compter du jour où le délai-cadre commence à courir ;
- pendant une incapacité totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputable à la faute du/de la collaborateur-trice, et cela, durant 30 jours au cours de la première année de service, durant 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service, durant 180 jours de la sixième à la neuvième année de service, et durant une année à partir de la dixième année de service.

La résiliation après ce délai de protection n'est pas soumise à la procédure d'avertissement selon la lettre c). Une information sur les délais de protection doit être donnée au/à la collaborateur-trice absent-e pour raison de maladie ou accident.

Pour tous les autres cas, à l'exception de la procédure relative à l'art. 4.3, l'avertissement est obligatoire.

- 4.6 L'employeur accorde au collaborateur ou à la collaboratrice, une fois le contrat dénoncé, le temps nécessaire pour chercher un nouvel emploi. Le personnel licencié ayant trouvé un nouvel emploi peut abandonner son poste si la moitié du délai de dénonciation est échue, auquel cas le versement du traitement cesse avec la fin de l'activité.
- 4.7 Le licenciement a lieu à la suite d'une procédure garantissant au collaborateur/trice le droit d'être entendu. En cas d'annulation du licenciement, le collaborateur ou la collaboratrice est informé(e) par écrit.

5. LE CONGÉ ABUSIF - CONSÉQUENCES

La CCT ne dit rien des conséquences d'une violation des dispositions de la convention. Le juge devra ainsi décider des conséquences de dite violation, en l'occurrence si la résiliation est nulle, annulable ou abusive.

La plupart du temps, le Tribunal partira sur le caractère abusif du congé et appliquera donc les art. 336ss CO.

Exemple de jurisprudence avec application de la CCT (2019) :

- un mois de salaire d'indemnité selon l'art. 336a CO à l'employeur qui a licencié une employée sans l'avoir correctement avertie auparavant (violation de l'article 4.5 let. c) CCT).

- c) Le licenciement est précédé au moins d'un avertissement écrit et motivé ou d'une évaluation circonstanciée mentionnant cette éventualité, donné suffisamment tôt pour permettre au collaborateur ou à la collaboratrice de répondre aux exigences du poste.

5. LE CONGÉ ABUSIF - CONSÉQUENCES

Rappel : il y a également tous les cas de congé abusif de l'art. 336 CO :

Ainsi que ceux développés par la jurisprudence, comme les cas des collaborateurs « âgés et avec une certaine ancienneté » : ex : arrêt du TF 4A-117/2023 du 15.05.23

3.4.4. T., âgé de 64 ans au moment du licenciement, avait travaillé pour E. pendant environ 30 ans et n'était qu'à 11 mois de la retraite. Pour l'instance inférieure, il ne faisait donc aucun doute que E. avait un devoir d'assistance accru.

L'instance inférieure s'est penchée sur l'objection de E. selon laquelle il n'avait licencié T. qu'en raison de son mauvais état de santé et de son manque de capacité opérationnelle. L'instance inférieure a toutefois déduit du devoir d'assistance accru que E. aurait dû informer T. suffisamment tôt de son intention de le licencier et au moins examiner une alternative socialement plus acceptable. Ainsi, l'instance inférieure n'a pas dénié au recourant son droit de résiliation. Elle a plutôt qualifié d'abusif le mode de résiliation.

A propos de l'arrêt des prestations de l'assurance perte de gain et des problèmes de santé de T., E. ne réfute pas la considération de l'instance précédente selon laquelle il aurait dû, avec T., au moins envisager une alternative socialement plus supportable au licenciement, d'autant

plus que, selon les constatations de l'instance précédente, T. n'était pas en incapacité totale de travail avant le licenciement.

Dans un arrêt de 2021, le Tribunal fédéral a souligné que l'employeur n'était pas tenu de continuer à employer la salariée pendant près d'un an alors qu'elle était totalement incapable de travailler et sans que l'on sache si elle pourrait reprendre le travail dans l'intervalle. A cet égard, le cas présent se distingue des faits jugés dans cet arrêt 4A_390/2021 du 1^{er} février 2022.

Art. 336¹⁹²

III. Protection
contre les congés
1. Résiliation
abusive
a. Principe

¹ Le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie:

- a. pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise;
- b. en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel, à moins que l'exercice de ce droit ne viole une obligation résultant du contrat de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise;
- c. seulement afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques de l'autre partie, résultant du contrat de travail;
- d. parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail;
- e.¹⁹³ parce que l'autre partie accomplit un service obligatoire, militaire ou dans la protection civile, ou un service civil, en vertu de la législation fédérale, ou parce qu'elle accomplit une obligation légale lui incombant sans qu'elle ait demandé de l'assumer.

² Est également abusif le congé donné par l'employeur:

- a. en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance du travailleur à une organisation de travailleurs ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale;
- b. pendant que le travailleur, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise et que l'employeur ne peut prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation.
- c.¹⁹⁴ sans respecter la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs (art. 335f).

³ Dans les cas prévus à l'al. 2, let. b, la protection du représentant des travailleurs dont le mandat a pris fin en raison d'un transfert des rapports de travail (art. 333) est maintenue jusqu'au moment où ce mandat aurait expiré si le transfert n'avait pas eu lieu.¹⁹⁵

6. LA MALADIE ET LES VACANCES

Il faut distinguer la notion d'incapacité de travail de celle de l'incapacité de pouvoir prendre et profiter de ses vacances (ou de temps libre pour compenser les heures supplémentaires).

Exemple : un pianiste professionnel peut être en arrêt de travail, parce qu'il a un doigt cassé, mais peut tout de même prendre ses vacances. Ce sera, le cas échéant, le médecin qui certifiera s'il est ou non apte à prendre ses vacances.

Pour que les jours de vacances soient « rendus », parce que le travailleur était en incapacité (médicalement attestée) de pouvoir prendre ses vacances, il y a lieu de produire un certificat médical.

ATTENTION : il n'est pas possible d'être 50% en vacances et 50% en arrêt maladie.

Certains cas peuvent paraître critiquables : maladie psychique et OK pour partir à l'étranger tout en restant en arrêt maladie.

7. LES CERTIFICATS MÉDICAUX (PARTICULARITÉS)

-> LES CERTIFICATS MÉDICAUX RÉTROACTIFS

- A) Généralités

- Le certificat médical peut être défini comme un document portant sur l'état de santé d'une personne, établi par un médecin ou un autre professionnel de la santé légalement autorisé, sur la base de ses constatations, fondé sur ses connaissances médicales et destiné à prouver un fait médical ayant une portée juridique.
- Cette définition vise plusieurs types de documents, notamment le certificat médical pré-emploi, le certificat d'aptitude ou d'inaptitude et le certificat médical d'arrêt de travail. (source : le certificat médical dans les relations de travail – in « *Les certificats dans les relations de travail* » – CERT - Neuchâtel – 2018)

- B) Les certificats médicaux rétroactifs

- Dans la plupart des cas, le médecin délivre le certificat à partir du jour où le travailleur va le consulter. Parfois, il fait remonter le début du certificat à la survenance d'un événement déclencheur et identifiable de l'incapacité.
- Où cela commence à poser problème, c'est quand la rétroactivité va au-delà, surtout lorsqu'il s'agit d'atteintes psychiques. -> La nullité du congé ne devrait ainsi pas être admise sur la base d'un certificat médical rétroactif lorsque le patient vient de recevoir son congé et entend démontrer qu'il était déjà malade lors de la réception de la résiliation.

7. LES CERTIFICATS MÉDICAUX (PARTICULARITÉS) -> LES CERTIFICATS MÉDICAUX RÉTROACTIFS

- C) Conclusion
- Sauf situations particulières, un certificat médical ne saurait être rétroactif sur une trop longue durée (en principe plus de trois jours, période permettant de fixer un rendez-vous chez le médecin). Au-delà, il devrait en principe être dénué de toute valeur probante.

8. L'ALLAITEMENT PENDANT LE TEMPS DE TRAVAIL

Base légale : art. 22.11 CCT (qui reprend l'art. 6o OLT¹)

22.11 Allaitement

- a) La collaboratrice peut disposer des temps nécessaires pour allaiter ou tirer du lait. Au cours de la première année de vie de l'enfant, la collaboratrice qui allaite ou tire du lait a droit par enfant à une pause rémunérée de :
- 30 minutes pour une journée de travail jusqu'à 4 heures,
 - 60 minutes pour une journée de travail de plus de 4 heures,
 - 90 minutes pour une journée de travail de plus de 7 heures.

En amont, il y a l'art. 35a LTr

Art. 35a

Occupation
durant la
maternité

¹ Les femmes enceintes et les mères qui allaitent ne peuvent être occupées sans leur consentement.

² Sur simple avis, les femmes enceintes peuvent se dispenser d'aller au travail ou le quitter. Les mères qui allaitent peuvent disposer du temps nécessaire à l'allaitement.

8. L'ALLAITEMENT PENDANT LE TEMPS DE TRAVAIL

Se pose la question de l'interprétation de l'art. 35a al. 2 LTr quant à l'allaitement

² Sur simple avis, les femmes enceintes peuvent se dispenser d'aller au travail ou le quitter. Les mères qui allaitent peuvent disposer du temps nécessaire à l'allaitement.

Il convient d'admettre que la loi ne reconnaît pas formellement aux mères qui allaitent un droit à se dispenser de travailler après la 16^{ème} semaine suivant la naissance de leur enfant, mais qu'à tout le moins, passé ce délai, si les mesures proposées par l'employeur ne permettent pas à l'employée d'allaiter son nourrisson à satisfaction, celle-ci peut **demander à être dispensée de travailler sur la base de l'art. 35a LTr**. (Arrêt TC-FR 102 2022 42 du 08.08.22)

8. L'ALLAITEMENT PENDANT LE TEMPS DE TRAVAIL

L'art. 35a al. 2 LTr fonde néanmoins une obligation d'avis aux femmes qui souhaitent se dispenser de travailler. L'avis peut être oral ou écrit, mais doit être adressé à un supérieur (Wylér, in Commentaire Loi sur le travail, 2005, art. 35a n. 5). Ainsi, **il appartient à la travailleuse** qui souhaite exercer son droit d'allaiter son nourrisson **d'en informer l'employeur** et, cas échéant, d'indiquer les périodes qui seront consacrées à l'allaitement. Il s'agit d'une incombance qui a pour but de permettre à l'employeur d'identifier le motif de la non-fourniture du travail. En effet, bien qu'informé de l'allaitement, l'employeur doit pouvoir savoir si l'absence de son employée est due à l'allaitement, à l'exercice du droit à ne pas être occupée ou à d'autres motifs (Wylér, art. 35a n. 16). **Le temps consacré à l'allaitement est en effet considéré comme du temps de travail** dans la mesure indiquée à l'art. 60 al. 2 OLT 1. En revanche, **le temps pendant lequel les mères qui allaitent se dispensent de travailler n'est pas pris en compte comme temps de travail et celles-ci ne sont donc pas rémunérées** (Wylér, art. 35a n. 12). En l'absence d'avis, et pour autant qu'il soit informé de l'allaitement de la travailleuse, l'employeur doit faire preuve d'une certaine mansuétude et ne pas prononcer de sanction sans un rappel préalable du devoir d'avis (Wylér, art. 35a n. 5).

9. NOUVEAUTÉS JURISPRUDENTIELLES

Cour de justice GE – arrêt 194/2022 du 7 décembre 2022

2.1 Selon la jurisprudence, une incapacité de travail, même limitée à la place de travail, constitue une réelle incapacité de travail. Un certificat médical jouit quant à lui d'une force probante accrue, en raison du fait que la rédaction d'un faux certificat est punie par l'art. 318 CP (TF 4D_7/2021 du 12 avril 2021, consid. 4.4 et 4.5).

2.2 En l'espèce, il n'y a aucune raison de remettre en cause la réalité de l'incapacité de travail de T. du 19 mars au 31 août 2019. Cette incapacité est en effet attestée par des certificats médicaux dont aucun élément figurant au dossier ne permet de remettre en question la valeur probante.

Le courrier de l'assurance perte de gain à E., du 12 juillet 2019, ne permet pas d'arriver à une conclusion différente puisque, dans celui-ci, l'assurance a confirmé qu'elle entendait verser des indemnités jusqu'au 31 août 2019, dans la mesure où une reprise du travail ne pouvait pas être exigée de T. avant cette date. Le fait que l'assurance ait indiqué que T. était apte à reprendre une activité auprès d'un autre employeur dès le 1^{er} septembre 2019 n'est pas pertinent. T. n'a d'ailleurs pas prétendu que son incapacité de travail aurait perduré après le 31 août 2019.

Le congé ayant été signifié à T. le 26 novembre 2018 avec effet au 31 mai 2019 (délai de six mois), le délai de congé a été suspendu pendant 74 jours, soit du 19 mars au 31 août 2019, conformément à l'art. 336c al. 2 CO. C'est par conséquent à bon droit que le Tribunal a retenu que la fin des rapports de travail était reportée au 30 novembre 2019.

Contrairement à ce que soutient E., le fait que l'assurance perte de gain ait cessé de verser des indemnités dès le 1^{er} septembre 2019, ne la libère pas du paiement du salaire pendant le délai de congé. En effet, T. n'étant plus malade, il n'y avait aucune raison que l'assurance verse des indemnités pour cette période. Cela n'a aucune influence sur l'obligation de E. de payer le salaire pendant le délai de congé de T.

9. NOUVEAUTÉS JURISPRUDENTIELLES

- Arrêt du TF 4A_39/2023 du 14.02.23

5. Il découle du principe de la liberté de licenciement en vigueur en droit suisse du travail qu'aucun motif particulier n'est nécessaire pour qu'un licenciement soit licite. Le Tribunal fédéral a précisé qu'en présence d'une motivation mensongère il n'existe pas de présomption légale du caractère abusif du licenciement ; la motivation fautive en tant que telle ne constitue pas un abus de droit (ATF 121 III 60 consid. 3b, c et d).

T., qui est tenu d'alléguer et de prouver l'existence d'un fait constitutif d'abus, n'aurait donc pas été aidé, faute de présomption de caractère abusif, s'il avait pu démontrer la fausseté de la motivation du licenciement. Même en cas d'absence de motivation du congé, de motivation fautive ou incomplète, le fardeau de l'allégation et de la preuve reste à la charge du travailleur qui invoque le caractère abusif du congé (cf. ATF 121 III 60 consid. 3c p. 63).

Dès lors, l'instance précédente a reconnu à juste titre que le tribunal du travail pouvait, sans violer le droit fédéral, renoncer à l'administration de preuves sur la question de la véracité des motifs de licenciement indiqués.

9. NOUVEAUTÉS JURISPRUDENTIELLES

- Si encore du temps, évocation d'éventuels autres arrêts.
- Sinon :

▪ QUESTIONS ?

▪ Merci pour votre attention!