

## RÉSILIATION EN TEMPS INOCCORTUN (2/2)

L'ECHO du mois de février a traité de l'objectif de la protection contre le congé en temps inoportun ainsi que des périodes de protection en faveur de l'employé. La présente fiche approfondit les incapacités fonctionnelles, la période de protection en faveur de l'employeur et les sanctions en cas de non-respect d'une période de protection.

### **Incapacités fonctionnelles**

Le phénomène des incapacités fonctionnelles a pris de l'ampleur ces dernières années. Une personne en incapacité fonctionnelle est empêchée de travailler à son poste concret, mais elle est apte au travail dans une autre fonction et n'est pas non plus entravée dans sa vie privée. Selon la jurisprudence récente, la protection contre le congé en temps inoportun ne s'applique pas dans ces cas. Cela se justifie par le but de l'instrument de protection, qui est d'éviter qu'une personne perde son emploi à un moment où elle a peu de chance d'en retrouver un autre. Or, les personnes en incapacité fonctionnelle n'étant pas prétéritées dans leurs recherches d'emploi, elles ne bénéficient pas de la protection.

### **Périodes de temps inoportun pour l'employé (336d CO)**

L'employé ne peut pas résilier le contrat si un supérieur dont il est en mesure d'assumer les fonctions ou l'employeur lui-même se trouve empêché de travailler en raison d'un service obligatoire, militaire ou dans la protection civile, ou d'un service civil, et qu'il lui incombe d'assurer le remplacement. Comme pour l'art. 336c CO, la protection s'applique aussi durant les 4 semaines avant et après le service si ce dernier a duré plus de onze jours. Si le supérieur ou l'employeur peut être remplacé par plusieurs personnes, la protection ne s'applique pas. Cette disposition n'a que très peu d'importance en pratique.

### **Sanctions**

Les conséquences de la protection contre la résiliation en temps inoportun diffèrent selon que le congé soit prononcé avant ou pendant une période de protection.

Tout congé reçu par l'autre partie durant une période de protection est nul et non avenu. Concrètement, l'employeur devra recommencer le processus de licenciement à la fin de la période de protection.

En revanche, si la période de protection intervient après le congé mais avant la fin du contrat de travail, le licenciement est valable, mais le délai de congé est suspendu durant la période de protection. Bien que cela entraîne une prolongation du délai de congé équivalente à la durée de la période de protection, les contrats sont systématiquement prolongés plus longtemps, car le CO les fait durer jusqu'au prochain terme, soit en principe la fin du mois. Exemple : L'employé est malade sept jours durant le délai de congé qui dure du 1<sup>er</sup> janvier au 28 février 2018. Son délai de congé est prolongé jusqu'au 7 mars, mais son contrat ne prendra fin que le 31 mars, car le CO prolonge les rapports de travail jusqu'à la fin du mois. Sur le plan pratique, il importe donc peu si l'employé est malade 2 jours ou 25 jours durant le délai de congé car les deux variantes repoussent la fin des rapports de travail d'un mois.

Il convient aussi de noter que seules les incapacités de travail tombant dans le délai de congé peuvent entraîner une prolongation de délai. Or, le délai de congé ne comprend pas toute la



période entre le moment du congé et la fin du délai de congé. En effet, le Tribunal fédéral applique un calcul rétroactif. Si le délai de congé est de 3 mois et que le congé est donné pour le 30 avril, le délai de congé court du 1<sup>er</sup> février au 30 avril (30 avril moins 3 mois), même si le congé est prononcé début janvier déjà. Dans cet exemple, si l'incapacité se produit en janvier, le délai de congé ne sera pas touché ; en revanche, si l'incapacité tombe entre février et avril, le délai de congé sera prolongé.

La nullité du congé respectivement la prolongation du délai de congé se produisent de par la loi, indépendamment de la volonté des parties. Dans la pratique, on constate souvent que les conséquences de la protection sont invoquées seulement au moment où l'employé s'inscrit au chômage. Afin d'anticiper un éventuel report de la fin du contrat, l'employeur est donc bien avisé de surveiller attentivement les absences de l'employé durant le délai de congé, notamment les maladies.

Avril 2018

