

## LES CONTOURS DE LA SUSPENSION DU CONTRAT

---

« *Tout travail mérite salaire et tout salaire mérite travail* »... enfin pas toujours. En effet, de nombreuses absences du salarié peuvent entraîner un maintien de salaire mais aussi un maintien d'autres droits tels que prestations de Sécurité sociale, acquisition des congés payés et de l'ancienneté, droits aux versements issus de l'intéressement et de la participation ...

Chaque absence a son propre régime, ses propres règles expliquées dans ce manuel.

### DÉFINITION DE LA SUSPENSION

La suspension du contrat de travail résulte d'une absence du salarié. Elle est constituée par l'inexécution momentanée des obligations contractuelles sans rupture du contrat. A la différence de la rupture du contrat, certaines obligations demeurent pendant une période de suspension et, à l'issue de celle-ci, la relation de travail reprend dans des conditions identiques ou équivalentes à l'avant suspension.

### EFFETS DE LA SUSPENSION

Les sources réglementant les effets et les conséquences des absences du salarié sont très variées. Dans la plupart des cas, la loi, au travers du Code du travail ou du Code de la Sécurité sociale, organise la gestion pratique de ces absences.

#### *Exemples*

*L'article L. 6322-13 du Code du travail prévoit le maintien de l'ancienneté lorsque le salarié est en congé individuel de formation.*

*L'article L. 1225-54 du même code prévoit lui aussi le maintien de l'ancienneté mais uniquement pour moitié en cas de congé parental total.*

Les conventions collectives ou accords d'entreprise prévoient aussi certains avantages en cas d'absence du salarié.

#### *Exemple*

*Pour reprendre le cas de l'ancienneté, l'article 10 de la Convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie du 13 mars 1972 prévoit qu' « on entend par présence le temps écoulé depuis la date d'entrée en fonction, en vertu du contrat de travail en cours, sans que soient exclues les périodes de suspension de ce contrat. Pour la détermination de l'ancienneté, on tiendra compte non seulement de la présence au titre du contrat en cours, mais également de la durée des contrats de travail antérieurs dans la même entreprise, ainsi que de l'ancienneté dont bénéficiait l'intéressé en cas de mutation concertée à l'initiative de l'employeur, même dans une autre entreprise ». Ainsi, aucune période de suspension du contrat ne vient réduire les droits à ancienneté du salarié et ce, quel que soit le motif. Ce droit au maintien de l'ancienneté peut avoir un impact sur l'éventuel maintien de salaire en maladie ou encore sur le calcul de potentielles indemnités de rupture.*

Enfin, le maintien de certains avantages peut être prévu par engagement unilatéral de l'employeur.

### Exemples

*Un employeur peut prévoir de prendre à sa charge les trois jours de carence de la Sécurité sociale en cas d'absence maladie non professionnelle.*

*L'employeur peut aussi, alors qu'aucun accord ne l'y contraint, assimiler à du travail effectif pour les droits issus de l'ancienneté certaines absences du salarié.*

Il convient dans ce manuel de définir avec précision les conséquences législatives et jurisprudentielles des absences du salarié à l'exception des dispositions propres aux conventions collectives ou pratiques d'entreprise.

### Droit du travail

L'absence du salarié a pour corollaire une suspension des obligations principales du contrat de travail. À ce titre, le salarié est dispensé de fournir la prestation de travail prévue contractuellement lors de son embauche et l'employeur se trouve donc dispensé par principe de le rémunérer. On le voit en principe si « tout travail mérite salaire » alors « tout salaire mérite travail ».

Cependant, nous le verrons par la suite en détail, l'obligation de verser une rémunération subsiste parfois en l'absence de prestation de travail.

Malgré l'absence du salarié, son appartenance à l'entreprise n'est pas remise en cause et le lien juridique unissant l'employeur et le salarié n'est pas rompu. À ce titre, le salarié est toujours compté dans les effectifs de l'entreprise et, si l'occasion se présentait, il pourrait parfaitement être électeur et éligible aux élections des représentants du personnel (sous réserve de remplir les autres conditions nécessaires).

### Paie

Les absences du salarié peuvent parfois donner lieu, sous certaines conditions, à un maintien partiel ou total de la rémunération.

### Exemples

*Le salarié en RTT perçoit la même rémunération que s'il était venu travailler.*

*Le salarié en congés payés bénéficie d'un maintien total de sa rémunération*

Malgré tout, si le salarié bénéficie du maintien de sa rémunération, il est toute une partie de son salaire qui peut être diminuée lors de ses absences.

### Exemples

*La suppression ou la réduction d'une prime d'assiduité en raison de l'absence du salarié ne constitue pas une sanction pécuniaire puisque rien n'interdit à l'employeur de subordonner l'attribution d'une prime à une condition de présence.*

*Cass. Soc, 10 juin 1992, n° 88-44.717*

Cette même prime d'assiduité peut être réduite par exemple lors d'une mise à pied disciplinaire.

*Cass. Soc, 19 juillet 1994, n° 90-43.785*

Ou même en cas d'absence pour grève dans certaines conditions.

*Cass. Soc, 2 juillet 1987, n° 84-44.043*

De même, les frais professionnels, contrepartie immédiate d'une charge supplémentaire liée au travail ne sont dus que lorsque la dépense est réellement engagée par le salarié. Ainsi, le salarié dont le contrat de travail est suspendu ne bénéficie pas du maintien des primes et avantages constitutifs de frais professionnels.

### Exemple

Une prime de panier octroyée pour les salariés travaillant de manière postée n'a pas à être versée lors d'un arrêt maladie ou d'une absence pour congés payés.

### Protection sociale

Le salarié dont le contrat de travail est suspendu peut parfois perdre certains droits qu'il tient de sa prestation de travail et notamment les prestations en nature (remboursement des médicaments) ou en espèce (perception d'indemnités journalières de Sécurité sociale) versées par la Sécurité sociale. Au-delà des remboursements et indemnités, le salarié qui travaille est couvert au titre de la législation sur les accidents du travail et maladies professionnelles (détaillés par la suite). Ce régime très protecteur à plusieurs égards suppose un accident résultant du « travail » ou une maladie d'origine « professionnelle ».

Les mots mêmes témoignent de l'importance de l'exercice d'un travail. Voilà pourquoi, sauf quelques exceptions, les absences du salarié entraînent une perte de la protection en matière d'accident du travail, le lien avec le travail étant difficile à établir lorsque le salarié est absent.

### Épargne salariale

Dans ce domaine, la rédaction des accords de participation, d'intéressement ou autres est prépondérante. En effet, il est tout à fait possible de moduler l'épargne salariale en fonction de la présence et par ricochet de l'absence du salarié. Un salarié absent verra ainsi une diminution de ses droits proportionnelle à la durée de son absence. Toutefois, certaines absences ne peuvent entrer en ligne de compte et il convient alors de considérer que le salarié est présent, ce qui ne va pas sans poser de difficultés. En effet, lorsqu'il existe des répartitions au prorata de la présence mais aussi du salaire, il est facile de recalculer une juste présence mais beaucoup plus difficile de rétablir un juste salaire. Qu'aurait perçu le salarié s'il avait travaillé ? Quelles primes, quels avantages ? Cet ouvrage tentera absence, par absence de donner les clés d'une bonne gestion de l'épargne salariale.

## LA VALORISATION DES ABSENCES DU SALARIÉ

Il n'existe pas une mais plusieurs méthodes pour valoriser l'absence du salarié. La plupart des entreprises valorisent les absences en fonction des cas. Ainsi, lorsque le salarié est malade, il va être tentant de calculer l'absence de la même façon que la Sécurité sociale c'est-à-dire en calendaire. À l'inverse pour les congés payés, les méthodes en jours ouvrables ou ouvrés sont plébiscitées. Selon la méthode retenue, le calcul peut réellement varier.

### Exemple

L	M	M	J	V	S	D
Mai 2009						
				1	2	3
4	5	6	7	8	9	10
11	12	13	14	15	16	17
18	19	20	21	22	23	24
25	26	27	28	29	30	31

Soit un salarié absent du 1<sup>er</sup> au 19 mai 2009. Ce salarié a un salaire habituel de 2 600 € pour 151,67 heures par mois. Le reste du mois, ce salarié a travaillé 9 heures le 20 mai 2009, 10 heures les 25 et 26 mai 2009 et 8 heures les 27 et 28 mai 2009.

Au final, ce salarié a donc travaillé 12 jours calendaires, 9 jours ouvrables, 7 jours ouvrés et 59 heures. Parallèlement, il a été absent 19 jours calendaires, 14 jours ouvrables, 11 jours ouvrés et 77 heures.

### Méthodes en jours ouvrables

Le calcul en jours ouvrables se décompose en deux sous méthodes : le calcul en jours ouvrables réels et celui en jours ouvrables moyens. En moyenne, un mois comporte 26 jours ouvrables mais le mois de mai 2009 comportait 23 jours ouvrables réels.

#### Méthode en jours ouvrables réels

Pour valoriser les absences en jours ouvrables réels, il convient d'appliquer la formule suivante :

$$\text{Salaire mensuel} \times \frac{\text{nombre de jours ouvrables d'absence dans le mois}}{\text{Nombre de jours ouvrables réels du mois}}$$

En reprenant l'illustration précédente, ce salarié subit la déduction d'absence suivante :

$$2\,600 \times \frac{14}{23} = 1\,582,61 \text{ €}$$

#### Méthode en jours ouvrables moyens

Pour valoriser les absences en jours ouvrables moyens, il convient d'appliquer la formule suivante :

$$\text{Salaire mensuel} \times \frac{\text{nombre de jours ouvrables d'absence dans le mois}}{26}$$

En reprenant l'illustration précédente, ce salarié subit la déduction d'absence suivante :

$$2\,600 \times \frac{14}{26} = 1\,400 \text{ €}$$

### Méthodes en jours ouvrés

Le calcul en jours ouvrés, comme le calcul en jours ouvrables se décompose en deux sous méthodes : le calcul en jours ouvrés réels et celui en jours ouvrés moyens. En moyenne, un mois comporte 21,67 ou 22 jours ouvrés mais le mois de mai 2009 comportait 18 jours ouvrés réels.

#### Méthode en jours ouvrés réels

Pour valoriser les absences en jours ouvrés réels, il convient d'appliquer la formule suivante :

$$\text{Salaire mensuel} \times \frac{\text{nombre de jours ouvrables d'absence dans le mois}}{\text{Nombre de jours ouvrables réels du mois}}$$

En reprenant l'illustration précédente, ce salarié subit la déduction d'absence suivante :

$$2\,600 \times \frac{11}{18} = 1\,588,89 \text{ €}$$

### **Méthode en jours ouvrés moyens**

Pour valoriser les absences en jours ouvrés moyens, il convient d'appliquer la formule suivante :

$$\text{Salaire mensuel} \times \frac{\text{nombre de jours ouvrables d'absence dans le mois}}{21,67}$$

En reprenant l'illustration précédente, ce salarié subit la déduction d'absence suivante :

$$2\,600 \times \frac{11}{21,67} = 1\,319,80 \text{ €}$$

### **Méthode en trentième ou calendaire**

Pour valoriser les absences en jours calendaires, il convient d'appliquer la formule suivante :

$$\text{Salaire mensuel} \times \frac{\text{nombre de jours ouvrables d'absence dans le mois}}{30}$$

En reprenant l'illustration précédente, ce salarié subit la déduction d'absence suivante :

$$2\,600 \times \frac{11}{30} = 1\,646,67 \text{ €}$$

### **Méthodes en heures**

Le calcul en heures, comme le calcul en jours ouvrables ou ouvrés se décompose en deux sous méthodes : le calcul en heures réelles et celui en heures moyennes.

#### **Méthode en heures réelles**

Pour valoriser les absences en heures réelles, il convient d'appliquer la formule suivante :

$$\text{Salaire mensuel} \times \frac{\text{nombre de jours ouvrables d'absence dans le mois}}{\text{Nombre d'heures réelles de travail dans le mois}}$$

En reprenant l'illustration précédente, ce salarié subit la déduction d'absence suivante :

$$2\,600 \times \frac{77}{136} = 1\,472,06 \text{ €}$$

Selon la Cour de cassation, en l'absence de précisions législatives contraires, il convient d'appliquer cette méthode lors d'une absence du salarié. Ainsi ce n'est pas la méthode la plus favorable au salarié mais bien la méthode en heures réelles.

#### **Exemple**

*Pour être proportionnel à l'interruption de travail, l'abattement du salaire pour fait de grève doit être calculé sur l'horaire mensuel des salariés.*

*Cass. soc. 19 mai 1998, n° 97-41.900*

**Méthode en heures moyennes**

Pour valoriser les absences en heures moyennes, il convient d'appliquer la formule suivante :

$$\frac{\text{Salaire mensuel} \times \text{nombre d'heures d'absence dans le mois}}{\text{nombre d'heures moyenne de travail dans le mois}}$$

En reprenant l'illustration précédente, ce salarié subit la déduction d'absence suivante :

$$2600 \times 77 = 1 \square 319,97$$

151,67

**LISTE DES SUSPENSIONS DU CONTRAT DE TRAVAIL**

Accident du travail et maladie professionnelle	L. 1226-6
Maladie non professionnelle	L. 1226-1
Congé maladie grave	L. 1226-5
Absences pour cause de maternité	L. 1225-16
Appel de préparation à la défense	L. 114-1 et s.
Bilan de compétences	L. 6322-42 et R. 6322-34
Congé d'adoption	L. 1225-37
Événements familiaux	L. 3142-1
Jours fériés	L. 3133
Journée pour enfant malade	L. 1225-61 et s.
Jours RTT	L. 3122-19 et s.
Congé individuel de formation (CIF)	L. 6322-1
Congés payés	L. 3141-1
Congé pour création d'entreprise	L. 3142-78
Congé sabbatique	L. 3142-91
Congé de solidarité familiale	L. 3142-16
Congé de soutien familial	L. 3142-22 et s.
Congé de paternité	L. 1225-35
Congé de présence parentale	L. 1225-61
Congé de solidarité internationale	L. 3142-32
Congé parental d'éducation	L. 1225-47
Congé de formation	L. 6322-1
Congé pour les membres d'un jury criminel et témoins	Absence de droit
Congé d'accueil dans la citoyenneté française	L. 3142-116
Congé des administrateurs des mutuelles	L. 3142-47
Congé de formation des cadres et animateurs de jeunesse	L. 3142-43
Congé de formation des conseils de prud'hommes	L. 1442-2
Congé d'enseignement, de recherche et d'innovations	L. 6322-53
Congé pour examen	L. 6322-3
Congé jury d'examens	L. 3142-3

Congé formation économique, sociale et syndicale	L. 3142-7
Congé formation des jeunes travailleurs	L. 6322-59
Congé de représentation	L. 3142-51
Formation des administrateurs salariés des organismes de Sécurité sociale	L. 231-9
Absence pour conseil d'administration ou surveillance	L. 3341-2
Absence pour les membres assesseurs du TCI ou de la CNITAT	L. 143-5
Contrepartie obligatoire en repos	L. 3121-11
Absence élus et candidats parlementaires	L. 3142-56 et L. 3142-60
Mise à pied disciplinaire	L. 1332-3
Chômage partiel	L. 5122-1
Exercice d'un mandat politique	L. 3142-46
Heures de délégation des délégués du personnel	L. 2315-3
Heures de délégation du comité d'entreprise	L. 2325-7
Congé formation des membres du comité d'entreprise	L. 2325-44
Heures de délégation des délégués syndicaux	L. 2143-17
Congé de formation des membres du CHSCT	L. 4614-14
Heures passées pour l'exercice de la mission de conseiller du salarié	L. 1232-12
Heures de récupération	R. 3122-4
Repos compensateur de remplacement	L. 3121-24
Congé des réservistes	L. 3142-65
Grève	L. 2512-2
Pause	L. 3121-33
Temps d'habillage et de déshabillage	L. 3121-3
Visite médicale d'embauche et examens médicaux obligatoires	R. 4624-10 et s.
Absence des élus locaux	L. 2123-1 et s.



## DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES PENDANT UNE SUSPENSION DU CONTRAT

### LES DROITS DU SALARIÉ

#### Le droit de retrouver son poste ou un poste équivalent

Par principe, en cas de suspension du contrat de travail, le salarié est fondé à reprendre son travail aux conditions antérieures. Néanmoins, il arrive parfois que le salarié ne retrouve pas son poste initial. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'aptitude du salarié est modifiée à la suite d'une longue maladie, d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

Lorsque le poste initialement occupé par le salarié est indisponible ou supprimé, l'employeur a l'obligation de lui proposer un poste équivalent en termes de compétences et de rémunération.

*Cass. soc. 25 février 1997, n° 94-41.351*

Par emploi similaire ou équivalent, il convient d'entendre un emploi comportant le même niveau de rémunération, la même qualification ainsi que les mêmes perspectives de carrière que l'emploi initial.

*Cass. soc. 22 octobre 1997, n° 94-44.706*

Cette réintégration à un emploi similaire n'emporte pas les mêmes conséquences selon les différentes suspensions.

#### Exemples

*En cas de non réintégration à un poste identique ou similaire suite à une maladie non professionnelle, le salarié peut prétendre aux indemnités de licenciement ainsi qu'aux dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.*

*Cass. soc. 25 février 1997, n° 94-41.351*

À l'inverse, lorsque le salarié n'est pas réintégré à la suite d'une maladie professionnelle, il est fondé à obtenir toute une série d'indemnités : une indemnité spéciale de licenciement, une indemnité compensatrice de préavis, et une indemnité de douze mois de salaire minimum.

*Articles L. 1226-14 et L. 1226-15 du Code du travail*

#### Le droit au maintien de certains avantages de l'entreprise

L'absence justifiée du salarié n'entraîne aucune conséquence sur le lien l'unissant à son employeur. À ce titre, le salarié est toujours présent dans les effectifs de l'entreprise et demeure électeur et éligible aux élections des représentants du personnel. Cette règle supporte pourtant des exceptions jurisprudentielles.

Ainsi la jurisprudence tend à déclarer inéligible aux fonctions de représentants du personnel les salariés qui, de façon prolongée, n'effectuent pas leur prestation habituelle de travail.

*Cass. AP, 18 décembre 1981, n° 80-60.395*

*Cass. soc. 14 janvier 1982, n° 81-60.850*

La Cour de cassation considère en effet que le rôle de représentant du personnel suppose une véritable possibilité de remplir la mission de représentation. Aussi un salarié dont l'absence se prolonge ne peut effectuer parfaitement sa mission. Toutefois pour qu'elle admette l'inéligibilité d'un candidat, au-delà de la durée de la suspension, il faut en plus que cette dernière ne résulte pas d'un manquement de l'employeur à son obligation de fournir du travail au salarié.

*Cass. soc. 15 novembre 1988, n° 88-60.091*

Le salarié dont le contrat de travail est suspendu ne perd pas non plus ses droits à épargne salariale et notamment à participation.

Pour l'administration, l'ancienneté exigée correspond à la durée totale d'appartenance juridique à l'entreprise englobant ainsi toutes les périodes de suspension du contrat.

*Circulaire Interministérielle du 14 septembre 2005*

Lorsque l'entreprise dispose d'un comité d'entreprise et d'activités sociales et culturelles, le salarié dont le contrat de travail est suspendu continue à en bénéficier. En effet, les activités sociales et culturelles sont instituées prioritairement au bénéfice des salariés de l'entreprise et les concernent dans leur ensemble sans discrimination. Si un salarié en contrat à durée déterminée ne peut être exclu du bénéfice des activités sociales et culturelles, un salarié absent non plus.

*Cass. soc. 24 février 1983, n° 81-14.118*

Lorsqu'il existe une couverture mutuelle et/ou prévoyance dans l'entreprise, il est possible de prévoir un maintien de cette couverture lors d'une période de suspension du contrat de travail. Il convient toutefois de distinguer deux cas de figures. Toutes les absences donnant lieu à un maintien total ou partiel de rémunération à la charge de l'employeur donnent lieu à conservation de la couverture mutuelle et/ou prévoyance.

À l'inverse les absences ne donnant pas lieu à maintien total ou partiel de la rémunération, ne permettent pas la conservation systématique des droits à mutuelle et/ou prévoyance.

*Fiche 7 de la circulaire n° DSS/5B/2009/32 du 30 janvier 2009*

Par exemple, l'employeur est obligé de maintenir la couverture mutuelle lors des congés payés, des RTT ou encore d'un accident du travail. Il n'est pas obligé de le faire lors d'un congé individuel de formation ou d'un congé pour création d'entreprise.

Par contre certains avantages naissent avec l'exécution du contrat de travail, ils disparaissent donc en cas d'absence et ce, quel que soit le motif. Il en est ainsi des titres restaurants ou autres remboursements constitutifs de frais professionnels. Les frais professionnels naissent de l'exécution du contrat. Son inexécution fait donc obstacle à leur versement.

## LES OBLIGATIONS DU SALARIÉ

### L'obligation de loyauté

L'obligation de loyauté résulte de l'article 1135 du Code civil qui précise que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Ce principe est rappelé par l'article L. 1222-1 du Code du travail au terme duquel « le contrat de travail est exécuté de bonne foi ». Cette obligation s'impose dès la conclusion du contrat de travail et perdure pendant toute sa durée, y compris lors des périodes de suspension. Cette obligation consiste pour le salarié à ne pas nuire à la réputation ou au bon fonctionnement de l'entreprise. Il est par exemple interdit de tenir des propos préjudiciables à l'employeur auprès d'une tierce personne, d'accepter des pots-de-vin ou d'exercer une activité concurrente à l'employeur. Cette obligation de loyauté ne s'arrête pas aux portes de l'entreprise. Aussi, même en dehors de ses heures de travail, le salarié ne doit pas évoquer de manière négative son employeur. L'obligation de loyauté ne se confond ni avec l'obligation de confidentialité ni avec la clause de non-concurrence.

L'obligation de confidentialité impose un strict secret des pratiques et usages en vigueur dans l'entreprise peu importe la finalité. Ainsi même les informations positives sur l'entreprise ne peuvent pas être divulguées lorsque le salarié est tenu par une clause de confidentialité. A l'inverse, l'obligation de loyauté suppose la non divulgation d'informations pouvant se révéler préjudiciables à l'entreprise. Le potentiel préjudice est inhérent à l'obligation de loyauté alors qu'il est indifférent à l'obligation de confidentialité.

La clause de non concurrence, quant à elle, a vocation à s'appliquer dès la rupture du contrat de travail lorsque le salarié n'est plus soumis à son obligation de loyauté. Une fois la rupture consommée, les parties ne se doivent plus rien et l'intégralité des effets du contrat s'achève. Aussi pour éviter le risque de concurrence postérieure à la rupture, certains employeurs sont tentés de mettre en place une clause de non concurrence.

L'obligation de loyauté impose cette absence de concurrence lors de la relation contractuelle en l'absence de toute stipulation. Il est inutile d'avoir une clause d'exclusivité pour interdire au salarié de ne pas faire concurrence à son employeur, l'obligation de loyauté se suffit à elle-même.

Attention, le devoir de loyauté comporte malgré tout certaines limites. Ainsi, il n'implique pas pour le salarié l'obligation d'informer son employeur d'un fait de sa vie privée pouvant avoir des répercussions sur sa vie professionnelle.

L'obligation de loyauté et ses éventuels manquements sont une source inépuisable de contentieux.

### **Exemples**

*Le fait pour le salarié de se retrouver en concurrence avec son employeur lors d'un appel d'offres alors que celui-ci recherche un emploi ne constitue pas un manquement à l'obligation de loyauté du salarié. En effet, le salarié n'est pas tenu d'informer son employeur de ses démarches de recherche d'emploi.*

*Cass. soc. 26 janvier 2010, n° 08-44.972*

La dispense de préavis entraîne la rupture de l'obligation de loyauté, le salarié pouvant travailler immédiatement pour une entreprise concurrente.

*Cass. soc. 28 mars 2007, n° 05-45.423*

Le fait de ne pas envoyer le justificatif d'une absence en temps et en heure n'est pas constitutif d'un manquement à l'obligation de loyauté.

*Cass. soc. 26 mai 2010, n° 08-41.595*

Le fait d'effectuer un voyage d'agrément pendant un arrêt maladie relève de la vie privée du salarié ne caractérisant pas un manquement à son obligation de loyauté.

*Cass. soc. 2 décembre 2009, n° 08-44.402*

Le fait pour un salarié d'avoir eu lors d'une réunion de travail une attitude très négative démotivant les personnes du groupe de travail, de partir avant la fin de la réunion, et de critiquer vivement la direction de l'entreprise lors d'une autre réunion, de refuser de collaborer avec un nouveau salarié, de s'introduire dans l'entreprise pour y prendre des documents ne lui appartenant pas lors d'une mise à pied conservatoire sont autant d'éléments caractéristiques d'un manquement à l'obligation de loyauté du salarié.

*Cass. soc. 9 janvier 2008, n° 06-44.522*

L'obligation de loyauté pesant sur le salarié est maintenue pendant la période de suspension du contrat de travail pour maladie. Aussi le salarié adopte un comportement déloyal en travaillant pour le compte d'un autre employeur pendant cette période.

*Cass. soc. 21 novembre 2007, n° 06-44.229*

### **L'obligation d'information**

Le salarié a pour obligation principale de fournir la prestation de travail pour laquelle il reçoit une rémunération. Aussi quelle que soit la raison, chaque absence doit donner lieu à information voir justification de cette dernière auprès de l'employeur. Faute d'information de l'employeur, il s'agit d'une absence injustifiée. Une absence injustifiée est une absence sans demande préalable, mais aussi une absence refusée par l'employeur.

Il en est de même en cas de prolongation. Dans tous ces cas, si l'absence n'est pas justifiée par un empêchement imprévu, le salarié manque à son obligation principale de fourniture de la prestation de travail. L'employeur peut donc le sanctionner pour manquement à son obligation d'information et/ou de justification. Une justification tardive de l'absence peut malgré tout donner lieu à sanction lorsque des délais sont imposés.

### Exemples

*Un salarié partant en congés payés doit obtenir au préalable l'accord de son employeur, faute de quoi, il pourrait s'exposer à un licenciement pour faute grave.*

*Le fait pour un salarié de partir en congés payés le 2 septembre au lieu du 9 septembre sans autorisation préalable constitue un motif de licenciement pour faute grave, quand bien même le salarié en question n'aurait jamais reçu d'avertissements ou autres sanctions lors de sa carrière. Le non respect des dates de congés payés constitue à lui seul un motif de licenciement pour faute grave.*

*Cass. soc. 31 octobre 1989, n° 87-40.196*

*Toutefois, le retour tardif de congés payés du salarié ne constitue pas une volonté claire, sérieuse et non équivoque de rompre le contrat de travail. Dès lors ce retour tardif ne peut être assimilé à une volonté de salarié de démissionner.*

*Cass. soc. 19 février 1997, n° 94-41.610*

Pour certaines absences, le salarié dispose d'un certain délai pour justifier de son absence. C'est le cas de l'arrêt maladie par exemple. Que se passe-t-il si le salarié n'informe pas son employeur de son absence et ne fournit pas les justificatifs exigés ? L'employeur est en droit de sanctionner le salarié pour absence injustifiée. Malgré tout, il doit éviter d'agir avec précipitation. En premier lieu, l'employeur doit s'assurer du caractère irrégulier de l'absence. À ce titre, il doit vérifier que ce salarié n'a pas obtenu des congés ou des RTT de dernière minute. Il est souhaitable aussi de s'assurer auprès des collègues de l'intéressé s'il n'y aurait pas d'éventuelles explications de cette absence (accident, problèmes familiaux, détention...). Une fois ces démarches effectuées, qu'il n'y ait toujours pas d'explication à l'absence du salarié, il est envisageable d'essayer de le contacter par téléphone par exemple. En dernier lieu il paraît souhaitable de mettre en demeure le salarié de justifier son absence. Cette mise en demeure n'est pas un préalable obligatoire à une éventuelle sanction disciplinaire mais elle est fortement recommandée.

### Exemple

*Le retour tardif d'un salarié après un congé sans solde est constitutif d'un licenciement pour faute grave quand bien même l'employeur n'a pas mis en demeure le salarié de réintégrer son poste.*

*Cass. soc. 15 mai 2008, n° 06-44.755*

Lorsque l'employeur a la certitude que l'absence du salarié est injustifiée, il doit agir rapidement. En effet, l'absence de réaction de l'employeur pourrait s'analyser en une tolérance rendant non fondée une éventuelle sanction future. Par exemple, en cas d'absence maladie, il convient de réagir à partir de trois ou quatre jours d'absence, le délai légal pour produire les justificatifs étant de 48 heures. Lorsque l'employeur choisit de mettre en demeure le salarié de reprendre son poste ou de justifier de son absence, il doit veiller à ne pas inscrire des mots comme « avertissement » ou « sanction » faute de quoi cette mise en demeure pourrait priver l'employeur de toute sanction ultérieure, l'absence ayant déjà été sanctionnée par l'envoi de la mise en demeure. La seule absence de justification peut donc conduire au licenciement du salarié y compris pour faute grave.

### Exemples

*Lorsque le salarié ne justifie pas de son absence en dépit de deux lettres de mise en demeure adressées par l'employeur, il commet une faute grave justifiant son licenciement sans préavis ni indemnités.*

*Cass. soc. 9 juillet 2008, n° 07-41.483*

*De même, la remise des justificatifs deux mois après l'absence est constitutif d'une faute grave justifiant un licenciement pour ce motif.*

*Cass. soc. 15 octobre 2008, n° 07-40.111*

*En revanche, la seule absence de justification de prolongations d'arrêt maladie alors que l'employeur a reçu le certificat médical initial n'est pas constitutif d'une faute grave.*

*Cass. soc. 17 mars 2010, n° 08-43.414*

*Cass. soc. 24 avril 2001, n° 98-42.585*

L'absence injustifiée même pour raisons de santé ne constitue pas toujours une faute grave mais constitue très souvent une cause réelle et sérieuse de licenciement comme l'illustre efficacement l'arrêt suivant rendu par la Cour de cassation le 21 avril 2010 (n° 09-40.722).

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

*Sur le moyen unique :*

*Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 6 juin 2008), que M. X... engagé le 1<sup>er</sup> juillet 1994 en qualité d'agent d'entretien par une société d'HLM, aux droits de laquelle se trouve la Fondation de Madame Jules Lebaudy, et qui exerçait en dernier lieu les fonctions de gardien d'immeubles, a été licencié le 23 novembre 2004 ;*

*Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de le débouter de ses demandes tendant à la condamnation de son employeur à lui payer une somme à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors selon le moyen :*

*1°/ que le fait de quitter son poste en raison de son état de santé afin de consulter un médecin ne constitue pas, en soit, une faute de nature à justifier le licenciement ; que l'exposant avait fait valoir et démontré que pour chacune des dates visées par l'employeur au soutien du grief tiré d'« absences réitérées sans justificatifs », il justifiait d'une visite chez le médecin et, sollicitant la confirmation du jugement entrepris, que les deux absences des 8 et 15 octobre 2004 avaient été de très courte durée et pour visites médicales, l'employeur ayant au surplus été prévenu par fax ; qu'après avoir retenu que certaines absences reprochées par l'employeur étaient justifiées par un arrêt de travail, la cour d'appel qui, tout en retenant que le salarié versait également pour justifier ses absences des 8 et 21 octobre 2004 deux ordonnances médicales, relève, pour dire que ces absences répétées justifiaient le licenciement, qu'aucun arrêt de travail ne lui avait été prescrit pour ces deux journées et que le salarié avait reçu un courrier quelques jours auparavant, le 22 septembre, lui enjoignant de ne plus s'absenter, sans rechercher si l'exposant n'avait pas quitté son poste en raison de son état de santé afin de consulter un médecin, ce qui était de nature à exclure toute faute, n'a pas caractérisé celle-ci et a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 122-45 du Code du travail (recodifié à l'article 1132-1 dudit code), ensemble l'article L. 122-14-3 dudit code (recodifié aux articles L. 1232-1 et L. 1235-1 du Code du travail) ;*

*2°/ que par un moyen pertinent nécessitant réponse, l'exposant avait fait valoir que les visites chez le médecin au cours de ses derniers mois de travail, qui lui étaient reprochées au titre des absences injustifiées, étaient liées à des problèmes de santé ayant pour cause « le harcèlement continu de ses supérieurs qui remettaient systématiquement en cause son travail », ce qui était de nature à priver son comportement de tout caractère fautif ; qu'en délaissant totalement ce moyen pertinent des conclusions d'appel de l'exposant, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article 455 du Code de procédure civile ; Mais attendu que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis, et alors qu'elle n'était pas tenue d'entrer dans le détail de l'argumentation développée par les parties, que la cour d'appel a retenu qu'une partie des manquements reprochés au salarié étaient établis ; qu'elle n'a fait qu'user du pouvoir qu'elle tient de l'article L. 1235-1 du Code du travail pour décider que le licenciement procédait d'une cause réelle et sérieuse ;*

**PAR CES MOTIFS :**

**REJETTE le pourvoi**

## LES DROITS DE L'EMPLOYEUR

### Le pouvoir de direction de l'employeur

Du fait de son pouvoir de direction, l'employeur dispose de plusieurs prérogatives lors de l'absence du salarié. En premier lieu, il peut parfaitement remplacer le salarié temporairement absent. En effet, les tâches du salarié ne disparaissent pas avec son absence. L'employeur dispose alors de plusieurs possibilités. La première est de réaffecter temporairement les missions du salarié auprès des autres collègues. Toutefois lorsque ces missions ne sont pas identiques ou similaires aux tâches habituelles du salarié ou lorsqu'elles ne correspondent pas à son statut, il s'agit d'une modification du contrat de travail que le salarié est tout à fait en droit de refuser. Au-delà du refus légitime du salarié se pose aussi la question de la charge de travail afférente. Comment l'employeur va-t-il compenser cette surcharge de travail ? Une autre solution consiste alors au remplacement du salarié absent mais là encore plusieurs éléments doivent être pris en considération.

En premier lieu quel est le type de contrat du remplaçant ? Un contrat de durée déterminée de remplacement soumis à une stricte législation ou un contrat à durée indéterminée ? Lors d'un remplacement le CDI semble inapproprié. En effet, à son retour le salarié remplacé doit pouvoir récupérer son poste ou un poste similaire, l'employeur risque de se retrouver avec deux salariés titulaires du même poste. Le remplacement en CDI ne se conçoit donc en pratique que dans le cas de certaines absences. Il en est ainsi par exemple lorsque le salarié remplacé est absent à la suite d'un congé pour création d'entreprise. En effet si son entreprise fonctionne, il est peu probable qu'il souhaite revenir à son ancien poste. Ce remplacement en CDI est aussi envisageable en cas d'absence suite à un Congé Individuel de Formation. Ainsi un mécanicien automobile effectuant une formation de plombier souhaite probablement changer de branche et donc d'entreprise. Il est donc peu probable qu'il y ait un retour. Un autre cas est celui du salarié dont l'absence résulte d'une maladie grave engageant le pronostic vital. Dans ce dernier cas, il est possible que du fait de son état de santé, le salarié ne soit jamais en mesure de réintégrer l'entreprise. Toutefois ces cas sont à la marge et les employeurs préfèrent bien souvent se soumettre aux règles strictes du CDD plutôt que de devoir faire face à deux salariés sur le même poste.

En second lieu, une fois la question du contrat évacuée, surgit la problématique de la rémunération et du statut du remplaçant. Faut-il lui donner le même statut ? La même rémunération ? La rémunération que perçoit le salarié sous contrat à durée déterminée ne peut être inférieure au montant de la rémunération d'un salarié sous contrat à durée indéterminée de qualification équivalente et occupant les mêmes fonctions.

*Article L. 1242-15 du Code du travail*

Selon l'adage « à travail égal, salaire égal » le remplaçant doit donc jouir des mêmes droits et avantages que le remplacé et ce, quel que soit son type de contrat. Dans ces conditions, il peut être important de définir la marge de manœuvre en matière de différenciation. En effet, selon la Cour de cassation, l'égalité de rémunération s'applique uniquement lorsque le salarié en contrat à durée déterminée exerce exactement les mêmes fonctions que le salarié en contrat à durée indéterminée.

*Circulaire DRT n° 90-18 du 30 octobre 1990 - BOMT n° 24*

C'est pourquoi une pratique s'est développée consistant à effectuer un remplacement partiel. Le salarié est remplacé uniquement pour une partie seulement de ses tâches, ceci justifiant une partie seulement de la rémunération du remplacé. Cette pratique est valable si le remplaçant n'effectue en réalité qu'une partie des tâches du remplacé, à défaut, le remplaçant sera fondé à demander le bénéfice du total des avantages du remplacé lors de la rupture du contrat. L'employeur peut donc utiliser d'autres méthodes pour justifier un écart de rémunération.

### Exemples

*L'employeur ne méconnaît pas le principe « à travail égal, salaire égal », s'il justifie par des raisons objectives et matériellement vérifiables la différence de rémunération entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale. En l'espèce, l'employeur a été confronté à la nécessité, pour éviter la fermeture d'une crèche, par l'autorité de tutelle, de recruter en CDD de toute urgence, une directrice qualifiée pour remplacer la directrice en congé de maternité.*

*Cass. soc. 21 juin 2005, n° 02-42.658*

L'employeur ne méconnaît pas le principe « à travail égal, salaire égal », s'il justifie par des raisons objectives et matériellement vérifiables la différence de rémunération entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale. En l'espèce, l'employeur avait embauché quatre salariés en tant que moniteur éducateur non diplômé. Ces derniers revendiquaient un classement et une rémunération identiques à leurs collègues diplômés car ils effectuaient des tâches similaires. Pour la Cour de cassation, une différence de diplôme peut justifier un écart de rémunération.

*Cass. soc. 10 novembre 2009, n° 07-45.528*

Le principe « à travail égal, salaire égal » ne s'applique pas lorsque les salariés qui revendiquent le bénéfice d'un droit ou d'un avantage n'appartiennent pas à l'entreprise au sein de laquelle ce droit ou cet avantage est reconnu en vertu d'un accord collectif, d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur quand bien même il existe une UES.

*Cass. soc. 2 juin 2010, n° 08-44.152*

Le principe « à travail égal, salaire égal » ne s'applique pas lorsqu'il existe une différence de classification conventionnelle. En l'espèce une salariée contestait une classification inférieure à sa collègue alors qu'elles occupaient le même poste avec la même ancienneté. Sans succès pour la Cour de cassation qui constate qu'elle n'accomplissait aucune des tâches du niveau de la classification qu'elle revendiquait.

*Cass. soc. 2 juin 2010, n° 08-44.219*

L'ancienneté si elle ne fait pas l'objet d'une prime spéciale peut justifier avec l'expérience, une différence de rémunération. En l'espèce, une salariée percevait une rémunération moins élevée que les salariées qui occupaient des fonctions similaires aux siennes. Or, son employeur l'avait engagée 10 ans après les collègues avec lesquelles elle se comparait. La salariée bénéficiait donc ainsi d'une ancienneté moindre que ces dernières. Par conséquent, pour la Cour de cassation, la différence de rémunération que l'employeur avait opérée était légitime.

*Cass. soc. 17 février 2010, n° 08-44.375*

Est considéré comme un travail égal, celui qui exige des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse. Ainsi, un poste de responsable ressources humaines et juridiques est égal à un poste de directeur chargé de la politique commerciale et des finances.

*Cass. soc. 6 juillet 2010, n° 09-40.021*

Il convient de noter que le non respect de l'égalité de traitement en matière de rémunération est sanctionné par une amende de **3 750 €** portée à **7 500 €** et/ou 6 mois d'emprisonnement en cas de récidive.

*Article L. 1248-8 du Code du travail*

La dernière question qui se pose lorsque l'employeur opte pour un CDD de remplacement est le type de CDD. En effet, le contrat de remplacement peut être à terme précis ou imprécis et chaque contrat présente ses avantages et ses inconvénients. Le choix de l'employeur pourra être différent selon le type d'absence. Par exemple, un contrat pour remplacer un salarié en congés payés sera probablement à terme précis puisque la date de fin de l'absence est connue par avance. Il n'en est pas de même en cas d'absence pour un motif de maladie qui peut être prolongée tant que le salarié n'est pas guéri ou pour raison de maternité, la salariée pouvant opter pour un congé parental par la suite. Or quelque soit le motif, un CDD ne peut être renouvelé qu'une seule fois. Si l'on prend l'exemple d'un salarié qui prolonge dix fois son arrêt maladie, la gestion n'est pas la même pour un contrat à terme précis ou à terme imprécis.

En optant pour le contrat à terme imprécis, l'absence et ses dix renouvellements feront l'objet d'un seul et unique contrat conclu pour toute la durée de l'absence du salarié. Ce contrat prendra fin au moment du retour effectif du salarié remplacé. Cette solution a l'avantage de la simplicité de gestion. Un contrat pour une absence.

L'inconvénient réside dans le fait que si le salarié recruté ne convient pas, l'employeur ne peut pas mettre un terme au remplacement à l'issue de la période d'essai tant que le salarié remplacé est absent.

En optant pour le contrat à terme précis, l'employeur se trouve dans l'obligation de rédiger plusieurs contrats : le premier ayant pour terme la fin de l'absence initiale avec un renouvellement s'achevant à la fin de la première prolongation. À ce stade, l'employeur a l'obligation de payer la prime de précarité au remplaçant. Lors de la seconde prolongation, l'employeur peut choisir de proposer un nouveau CDD au même salarié ou d'en recruter un autre. Mais même s'il choisit l'ancien salarié, l'employeur doit à nouveau rédiger un nouveau contrat suivi éventuellement d'un renouvellement correspondant à la troisième prolongation de l'arrêt du salarié remplacé. Là encore, l'employeur doit verser l'indemnité de précarité au remplaçant et établir un nouveau contrat pour la quatrième prolongation, et ainsi de suite jusqu'au retour du salarié remplacé. Ce choix permet à l'employeur de ne pas être lié avec le salarié remplaçant pendant une durée indéfinie. Cependant, ce choix comporte de nombreux dangers lorsque le retour du salarié remplacé n'a pas de date certaine.

Le premier danger réside dans la succession de CDD. Cette succession ne pose pas de problème en termes de requalification en CDI sauf si l'employeur oublie de transmettre et de faire signer le CDD dans les 2 jours. Comme le rappelle régulièrement la jurisprudence, le contrat de travail à durée déterminée doit être transmis au salarié au plus tard dans les 2 jours suivant l'embauche et sa transmission tardive pour signature équivaut à une absence d'écrit qui entraîne requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée.

*Cass. soc. 17 juillet 2007, n° 06-42.298*

Et, plus il y a de contrats, plus il y a de risque de ne pas en remettre un dans les délais, ce qui entraîne automatiquement la requalification en CDI.

Le deuxième danger du terme précis est le retour anticipé du salarié remplacé. En effet, si l'on prend l'exemple d'une salariée ayant pris un congé parental et dont les ressources viennent à diminuer de manière considérable, l'employeur, dans ce cas de figure, est obligé de permettre à la salariée de retravailler si elle en fait la demande.

*Article L. 1225-52 du Code du travail*

Aussi l'employeur se retrouve avec deux salariés pour un même poste, le salarié remplaçant dont le contrat à durée déterminée ne peut être rompu car le retour anticipé du salarié remplacé n'est pas un motif valable de rupture anticipée, et le salarié remplacé revenu plus tôt que prévu. L'administration rappelle qu'en cas de CDD à terme précis, si l'absence du salarié se transforme en départ définitif, le CDD du remplaçant doit se poursuivre jusqu'au terme prévu.

*Circulaire ministérielle DRT 90-18 du 30 octobre 1990*

Le constat est identique pour la jurisprudence. Le retour anticipé du salarié ou la suppression de son poste ne constitue pas un cas de force majeure justifiant la rupture anticipée du CDD conclu avec son remplaçant.

*Cass. Soc, 26 mars 2002, n° 00-40652*

La rupture anticipée du CDD à terme précis entraîne donc pour l'employeur le versement de dommages et intérêts d'un montant équivalent aux salaires que le salarié aurait perçus s'il avait continué à travailler.

*Article L. 1243-4 du Code du travail*

*Cour d'appel de Nîmes, 24 avril 1996, Tôleries Rhodaniennes Bertrand*

Une autre question se pose en termes de fourniture de prestation de travail. En effet, l'employeur a l'obligation de conserver le salarié aux effectifs de l'entreprise. Cependant son contrat a été conclu pour remplacer un salarié absent qui n'est plus absent. Avec le retour du salarié remplacé, c'est le motif même du recours au CDD qui disparaît. Il existe alors deux positions possibles qui n'ont pas été tranchées (à notre connaissance) par la Cour de cassation.

La première option consiste pour l'employeur à admettre que le retour du salarié remplacé entraîne la disparition de l'objet pour lequel le CDD a été conclu. En conséquence, faute d'objet l'employeur se doit de dispenser le salarié d'effectuer sa prestation de travail en continuant malgré tout de lui verser les salaires jusqu'à l'échéance du terme. Cette solution est la plus sécurisante juridiquement mais elle est loin d'être satisfaisante économiquement.

La seconde option est de faire une interprétation très stricte des textes. Le Code du travail dispose dans son article L. 1242-2 qu'« un contrat de travail à durée déterminée ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire » et seulement dans certains cas comme le remplacement d'un salarié absent. De même l'article L. 1245-1 du même code précise qu'« est réputé à durée indéterminée tout contrat de travail conclu en méconnaissance des dispositions des articles L. 1242-1 à L. 1242-4, L. 1242-6 à L. 1242-8, L. 1242-12, alinéa premier, L. 1243-11, alinéa premier, L. 1243-13, L. 1244-3 et L. 1244-4 ». Aussi en faisant une interprétation stricte des textes, il est possible d'admettre que lors de la conclusion du contrat le motif existait et était réel, la disparition du motif en milieu de contrat n'entraînerait pas la requalification en CDI si le salarié fournissait sa prestation de travail. Avec cette interprétation, il est tout à fait possible de faire travailler le salarié jusqu'à l'échéance du terme. Néanmoins, l'employeur ne peut affecter le salarié remplaçant à un autre poste que celui pour lequel il a été embauché. La raison est simple : alors que l'employeur peut sanctionner un salarié en CDI qui refuserait une modification de ses conditions de travail (autres tâches correspondant à sa qualification par exemple), l'employeur ne dispose pas de cette faculté pour un CDD. Le refus d'accepter la modification de ses conditions de travail est passible d'un licenciement pour cause réelle et sérieuse or la cause réelle et sérieuse n'est pas un motif de rupture du CDD admis.

En conclusion, l'employeur dispose en effet de la possibilité de remplacer le salarié absent mais il doit faire très attention sur les conditions de ce remplacement.

En plus de cette faculté de remplacer le salarié absent pendant la période de suspension, l'employeur conserve l'exercice de son pouvoir disciplinaire. Il ne peut pas l'exercer de manière pleine et entière comme lorsque le salarié est présent mais il continue de disposer d'un réel pouvoir de sanction. Il peut, par exemple, prononcer une sanction disciplinaire, voir dans certains cas engager une procédure de licenciement, au cours de la suspension du contrat, pour une faute commise avant le début de la suspension ou lors de la suspension lorsque cette faute est caractéristique d'une violation de l'obligation de loyauté du salarié. De même, l'employeur est fondé à sanctionner le salarié dont l'absence est injustifiée.

## LE DROIT DE SUSPENDRE CERTAINS AVANTAGES

En principe, le salarié n'acquiert pas d'ancienneté pendant les périodes de suspension du contrat de travail lorsque la notion d'ancienneté est fondée sur l'idée de services continus, ou de temps de travail effectif. L'employeur peut donc suspendre l'ancienneté du salarié pour l'ensemble des droits fondés sur les notions de services continus ou de temps de travail effectif. Par exemple, le salarié doit avoir un an d'ancienneté pour bénéficier d'un complément de salaire en cas de maladie ou encore d'une indemnité de licenciement. Cette ancienneté est fondée sur la notion de travail effectif. Ainsi l'employeur a tout à fait le droit de suspendre l'ancienneté du salarié lors des absences de ce dernier.

Par contre, si l'ancienneté est appréciée en fonction de l'appartenance juridique du salarié à l'entreprise, les suspensions du contrat sont sans effet sur les droits du salarié.

En matière de congés payés, il convient de distinguer les conditions d'ouverture du droit, des conditions d'acquisition. Ainsi, nous le verrons plus en détail lors de l'étude sur les congés payés mais l'ouverture des droits à congés payés est subordonnée au travail effectif du salarié. De la présence effective dépend l'ouverture des droits à congés payés. L'employeur peut donc refuser d'ouvrir les droits du salarié à congés payés du salarié lorsque ce dernier ne remplit pas les conditions requises. À l'inverse les règles d'acquisition sont plus souples et certaines absences sont assimilées à du travail effectif pour l'acquisition des congés payés. Il en est ainsi par exemple des absences pour congé de maternité ou congé individuel de formation.

Lorsque le salarié est absent, l'employeur peut aussi supprimer certains avantages pécuniaires du salarié tels que les titres restaurants ou des primes liées à la présence du salarié (prime de présence, prime d'assiduité...). Si l'entreprise dispose d'un treizième mois et que ce dernier est versé en fonction de la présence du salarié, il peut alors être diminué à hauteur de l'absence du salarié. Une autre question se pose sur les avantages en nature tels que téléphone ou ordinateur portables, logement et véhicule de fonction. L'employeur est-il fondé à demander la restitution de ce matériel lorsque le salarié est absent ? L'avantage en nature est constitué par la fourniture par l'employeur de biens ou services appartenant à l'entreprise, soit gratuitement, soit moyennant une participation du salarié inférieure à la valeur réelle du bien ou service alors que le salarié en a un usage personnel. L'avantage en nature est donc un élément à part entière de la rémunération.

Aussi sauf précisions contraires, l'employeur est tenu de laisser le bénéfice de ces avantages au salarié lorsque ce dernier est absent. Lors de la mise à disposition d'avantages en nature, il semble judicieux pour l'employeur d'insérer une clause au contrat de travail prévoyant qu'en cas d'absence ou de certaines absences du salarié (par exemple celle excédant une certaine durée), ce dernier aura l'obligation de restituer les avantages mis à disposition par l'employeur.

### **Exemple**

*Sauf disposition contraire, un véhicule de fonction ne peut pas être retiré au salarié lors d'un arrêt maladie, sauf à l'indemniser, quand bien même son état ne lui permet plus d'accomplir ses fonctions.*

*Cass. soc. 24 mars 2010, n° 08-43996*

## **LES OBLIGATIONS DE L'EMPLOYEUR**

### **L'obligation de maintenir le contrat de travail**

Par principe, face à une suspension du contrat de travail, l'employeur a l'obligation de le maintenir et d'éviter de le rompre. Certaines suspensions constituent même des obstacles à la rupture du contrat de travail. Lors de ces suspensions, le salarié n'est pas seulement dispensé d'effectuer sa prestation de travail, il est en plus protégé contre un éventuel licenciement de l'employeur. Cette suspension fait totalement échec à une éventuelle procédure de licenciement. Il en est ainsi par exemple de la suspension en raison de la maternité de la salariée ou de la suspension pour grève.

*Article L. 1225-4 du Code du travail*

A l'inverse d'autres suspensions sont des préludes à la rupture du contrat ou même une conséquence de cette rupture. La mise à pied conservatoire ou la dispense de préavis à l'initiative de l'employeur sont intrinsèquement liées à l'idée de rupture du contrat.

Enfin d'autres suspensions, et il s'agit là de la majorité des cas, sont indépendantes de la rupture du contrat. C'est uniquement leur durée qui risque de les lier à la rupture. Par exemple l'arrêt maladie, lorsqu'il est de courte durée n'entraîne aucune conséquence sur le maintien du contrat. Par contre si cet arrêt a vocation à se prolonger ou à se répéter entraînant une désorganisation de l'entreprise, alors cette suspension pourra aboutir à une rupture. L'obligation de maintenir le contrat de travail n'est donc pas absolue.

### **Concours de suspensions**

Que se passe-t-il lorsque deux suspensions coexistent dans un délai très court ? La Cour de cassation retient le critère chronologique pour résoudre ce problème. La première cause de suspension prévaut sur la ou les suivantes. Ainsi, l'employeur regardera la seconde cause de suspension uniquement si la première a disparu.

### **Exemples**

*Lorsque le salarié tombe malade pendant qu'il est gréviste alors il est présumé être toujours gréviste au moment de la maladie et ne peut ainsi prétendre à aucun avantage tel que le maintien de salaire.*

*Cass. soc. 1 mars 1972, n° 71-40.257*

Lorsque l'employeur décide de mettre en place du chômage partiel alors que les salariés sont en grève, il ne peut leur demander la récupération de leurs heures, la grève étant intervenue avant la décision de chômage partiel.

*Cass. crim. 12 janvier 1971, n° 70-90.753*

La grève décidée antérieurement à la décision de fermer l'entreprise un jour habituellement travaillé prédomine sur cette décision de l'employeur qui ne peut, dès lors, exiger des salariés qu'ils récupèrent la journée de fermeture.

*Cass. soc. 30 mars 1971, n° 69-40.333*

Lorsque la maladie intervient pendant les congés payés, elle ne les interrompt pas. L'employeur est fondé à considérer que le salarié a bénéficié de ses congés payés.

*Cass. soc. 31 janvier 1980, n° 78-40.970*

Le salarié dont le contrat de travail est déjà suspendu par un arrêt de travail pour maladie à la date des départs en congé fixé par l'employeur, conserve son droit et peut donc en bénéficier ultérieurement.

*Cass. soc. 4 décembre 1996, n° 93-44.916*

Cette option du critère chronologique n'a pas l'avantage de la simplicité comme on pourrait le croire. En effet, il existe des causes de suspension volontaires et d'autres involontaires. Il est douteux de considérer que le salarié qui devient malade lors d'un mouvement de grève aurait forcément participé à la totalité du mouvement. De même ce n'est pas parce qu'un salarié est malade avant une grève, qu'il n'aurait pas participé au mouvement. D'autres solutions pourraient exister telles que d'appliquer les deux régimes de suspension ou d'appliquer le plus favorable. D'autant plus que cette coexistence se produit parfois. En effet, le salarié malade pendant ses congés payés n'a pas le droit au report de ces derniers mais il peut tout à fait percevoir des indemnités journalières de Sécurité sociale. Ainsi le salarié cumule son indemnité de congés payés avec les indemnités journalières de Sécurité sociale. En effet la solution retenue pour l'employeur n'est pas applicable à la Sécurité sociale qui doit verser les indemnités journalières dès lors que le salarié réunit les conditions d'ouverture du droit.

