

COMMENT PAYER UNE INDEMNITÉ COMPENSATOIRE DE PRÉAVIS EN PLUSIEURS FOIS ?

SECONDE PARTIE : LA DISPENSE DE PRESTATION DU PRÉAVIS

(Ou quand la Cour de Cassation joue les empêcheurs de tourner en rond).

Nous avons vu que faire prester un préavis était souvent contre-productif mais que cela obligeait l'employeur à s'acquitter en une seule fois de l'indemnité compensatoire de préavis nette ainsi que de l'intégralité des cotisations patronales et personnelles de sécurité sociale et du précompte professionnel.

La première solution, à savoir l'hypothèse d'un licenciement moyennant paiement d'une indemnité compensatoire de préavis mensualisée, a été abordée dans la première partie de l'analyse.

La seconde solution consiste en un licenciement moyennant un préavis à prester mais assorti d'une dispense conventionnelle¹ de prestations.

1.-

L'hypothèse est la suivante :

- (1) L'employeur licencie le salarié moyennant un préavis à prester ;
- (2) Les parties conviennent que le salarié est dispensé de prestations pendant toute la durée du préavis.

Dans cette hypothèse, le salarié reste sur le Payroll de la société, ce qui permet de le payer au mois le mois jusqu'à l'échéance du préavis et donc de ne pas avoir les inconvénients de la débiton immédiate et intégrale du coût de la rupture (cfr. 1^{ère} Partie).

Cette dispense conventionnelle devra faire l'objet, comme son nom l'indique, d'une convention entre parties dont la rédaction devra être très pointue pour rencontrer toutes les situations qui pourraient se présenter. Ainsi, il sera notamment prudent de prévoir le sort des avantages acquis en vertu du contrat. Par exemple, pendant cette période, les chèques-repas sont-ils maintenus ? Il en est de même de l'usage éventuel d'un véhicule de société et de la carte essence, etc...

Les parties veilleront également à prévoir quelles seront les modalités pratiques de la fin des relations de travail si le salarié trouve un nouvel emploi. En effet, il ne pourra en principe pas s'engager auprès d'un nouvel employeur tout en étant toujours sur le Payroll du précédent sauf si la convention le prévoit explicitement². L'interdiction devient absolue si le nouvel employeur est un concurrent du premier. Idem s'il souhaite exercer une activité concurrente en qualité d'indépendant.

Si ces écueils et d'autres existent, il est cependant possible de les résoudre grâce à la convention de dispense de prestation, dont, nous le répétons, la rédaction devra être très précise.

Tout cela serait bien beau si la Cour de cassation n'était pas venue y mettre son grain de sel.

¹ Pour des raisons que nous n'exposerons pas ici, la dispense unilatérale de prestations par l'employeur doit être proscrite.

² Ceci posera toutefois un problème fiscal pour le salarié.

2.-

Durant la période de dispense de prestations, seules les obligations de fournir du travail (pour l'employeur) et de travailler (pour le salarié) sont concernées mais le contrat se poursuit normalement pour le surplus.

Or, nul n'ignore que le délai de préavis est suspendu et prolongé à due concurrence pendant notamment les périodes de maladie, de vacances annuelles ou encore certaines journées de repos compensatoire³.

Comment dès lors combiner ces périodes de suspension – et donc de prolongation du délai de préavis – avec le fait que le salarié est dispensé de toutes prestations sans condition, peu importe qu'il soit malade ou en train de bronzer au bord d'une piscine sous des cieus plus cléments ?

C'est la question que la Cour de cassation a été amenée à analyser dans son arrêt du 30 janvier 2017 :

En vertu de l'article 38, § 2, alinéa 2, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, en cas de congé donné par l'employeur avant ou pendant la suspension de l'exécution du contrat, le délai de préavis ne court pas pendant la suspension.

Cette disposition impérative instaure en faveur du travailleur une protection à laquelle ce dernier ne peut renoncer aussi longtemps que subsiste sa raison d'être.

Il s'ensuit que le travailleur ne peut renoncer à la suspension du préavis qu'une fois qu'elle s'est produite et uniquement pour le temps déjà couru de cette suspension.

2

Notons que la Cour du travail de Bruxelles avait déjà statué dans le même sens en 2013⁴.

Il résulte clairement de ces deux décisions que le salarié ne peut renoncer à l'avance – c'est-à-dire au moment de la signature de la convention de dispense de prestation – à se prévaloir des périodes de suspension légale du contrat qui interviendraient durant la période de dispense de prestations.

En effet, il est unanimement admis que l'on ne peut renoncer à l'application de dispositions légales impératives avant que les droits qu'elles consacrent ne soient nés⁵.

3.-

Le délai de préavis a donc pris fin et le salarié réclame le paiement d'une indemnité complémentaire de préavis égale aux périodes légales de suspension intervenues pendant les périodes de dispense de prestation.

Soulignons tout d'abord que la charge de la preuve de la réalité de ces périodes de suspension repose sur le salarié. En ce qui concerne les périodes d'incapacités de travail, il pourra utilement produire des certificats médicaux pour en attester.

³ Articles 38 et 38bis de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

⁴ CT Bruxelles, 15 janvier 2013, JTT, 208 et note ML & C Wantiez.

⁵ Cass., 13 octobre 1997, JTT, 1998, 159. Voy ég. S. van Wassenhove, « La renonciation en droit du travail », JTT, 2007, p. 409-416

Petite subtilité souvent oubliée, la communication d'un certificat médical n'est **pas** une obligation automatique pour le salarié. En effet, selon l'article 31, §2 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, « *Le travailleur doit avertir immédiatement son employeur de son incapacité de travail. Si une convention collective de travail ou le règlement de travail le prescrit, ou, à défaut d'une telle prescription, si l'employeur l'y invite, le travailleur produit à ce dernier un certificat médical* ». L'on ne rappellera donc jamais assez l'importance du règlement de travail.

Pour autant donc qu'il en ait l'obligation, le fait pour le salarié de ne pas avoir communiqué les certificats médicaux dans les délais prévus ne change rien quant à la suspension de l'écoulement du délai de préavis. En effet, l'article 31, §1^{er} ne distingue pas selon que l'incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident est ou non justifiée⁶. Le contrat de travail est suspendu en tout état de cause.

La seule sanction de l'absence de justification de ladite incapacité est la perte du salaire garanti.

Or, pendant la durée de la dispense de prestations, la rémunération du salarié a été payée tous les mois - l'employeur ignorant par définition l'existence de ladite incapacité - de sorte qu'une partie des sommes ainsi versées doit être considérée comme indue.

Exemple :

Un salarié est licencié moyennant un préavis de 9 mois prenant cours le 1^{er} janvier avec dispense conventionnelles de prestations. Il est en incapacité de travail durant les mois d'avril, mai et juin. Alors qu'il en a l'obligation⁷, il ne communique pas à son employeur les certificats médicaux justifiant de ladite incapacité.

A l'échéance du délai de préavis, il réclame le paiement d'une indemnité complémentaire de préavis égale à 3 mois de rémunération :

- ✓ Le contrat a été suspendu en raison de la maladie du salarié. Le délai de préavis doit donc être prolongé à due concurrence et les juridictions sociales condamneront l'employeur à payer une indemnité complémentaire de préavis ;
- ✓ Toutefois, durant la suspension du contrat, le salarié a perçu sa rémunération :
 - Pour le mois d'avril alors qu'il n'a pas droit au salaire garanti (30 premiers jours d'incapacité de travail) puisqu'il n'a pas communiqué – par hypothèse – les certificats médicaux ;
 - Pour les mois de mai et juin alors qu'il aurait dû percevoir des indemnités d'incapacité de travail.

L'employeur veillera donc à réclamer le remboursement de la rémunération payée indûment pour ces trois mois, ce qui neutralisera, par compensation, la revendication du salarié.

A notre connaissance, ce moyen n'a jamais été soulevé, à tout le moins dans les décisions judiciaires publiée.

La situation n'est évidemment pas la même – à tout le moins pour les 30 premiers jours de salaire garanti – si les certificats médicaux ont été produits ou si, à défaut de cette obligation, le salarié a informé son employeur de son incapacité de travail.

⁶ « *L'impossibilité pour le travailleur de fournir son travail par suite de maladie ou d'accident suspend l'exécution du contrat* ».

⁷ Rappelons en effet que seules les obligations de fournir du travail et de travailler sont suspendues, toutes les autres obligations découlant de la relation restant d'application.

La question de la suspension en raison des vacances annuelles qui se posera dans l'hypothèse d'une dispense de prestations de longue durée sera plus simple à résoudre dans la mesure où leur octroi est automatique et par conséquent la suspension qui en découle. La revendication du salarié pour ces périodes de suspension en raison des vacances annuelles sera donc jugée fondée. La question est cependant théorique puisque qu'une suspension du préavis en raison des vacances annuelles entraîne automatiquement une réduction proportionnelle des pécules de départ.

4.-

La rédaction de la convention de dispense de prestation peut cependant pallier cette question de la suspension. Il faudra donc être attentif à sa rédaction.

LITIS-S

Dimitri SAVOSTIN

Avocat – Senior Associate

Spécialiste en droit du travail

PS. Vous trouverez aisément les dispositions légales citées sur le site :

<http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm>

Certaines décisions de jurisprudence citées ici sont disponibles sur le site :

<http://jure.juridat.just.fgov.be/JuridatSearchCombined/?lang=fr&jur=>

La présente note constitue une analyse théorique. Elle ne peut en aucun cas se substituer à une analyse détaillée des éléments factuels propres à chaque cause.

