

Mémento: nouveau congé de prise en charge (art. 329h et 329i CO)

a) Généralités

Deux types de congés de prise en charge seront introduits en 2021. D'une part, le congé pour la prise en charge d'un proche au sens de l'art. 329h CO entrera en vigueur au 1^{er} janvier 2021. Ainsi, les employés auront droit à un congé payé limité à trois jours au plus pour assurer la prise en charge nécessaire de leurs enfants, des membres de leur famille et/ou de leur partenaire de vie. D'autre part, avec l'introduction de l'art. 329i CO au 1^{er} juillet 2021, les parents d'enfants gravement atteints dans leur santé auront droit à un congé payé de prise en charge allant jusqu'à 14 semaines.

b) Congé de prise en charge des proches (art. 329h CO au 1^{er} janvier 2021)

Proches

Sont considérés comme proches au sens de cette disposition, les parents en ligne ascendante et descendante directe (principalement les parents et les enfants) ainsi que les frères et sœurs. S'y ajoutent le/la conjoint-e, le/la partenaire enregistré-e, les beaux-parents ainsi que le/la partenaire non marié-e qui fait ménage commun avec l'employé depuis au moins cinq ans.

Durée du congé

La durée du congé est de trois jours par événement. Le droit à ce congé s'applique une seule fois par incident et non pas de manière répétée, même si des crises exigeant à chaque fois une prise en charge se produisent à plusieurs reprises lors de maladies de longue durée. Ce droit est limité à dix jours par an. Ainsi, une personne peut par exemple s'occuper d'un enfant malade, de son père, de son frère et d'un autre enfant malade si le total de toutes ces absences ne dépasse pas dix jours. L'année de référence est l'année de service. Notons que la limite supérieure de dix jours ne s'applique pas à la prise en charge d'enfants atteints dans leur santé (voir lettre c).

Les personnes engagées à temps partiel ont droit à des jours de congé dans la même étendue que les personnes travaillant à plein temps. Néanmoins, le salaire pour les jours de congé isolés est calculé proportionnellement au taux d'activité. Une indemnité est versée pour compenser la perte de salaire effective. La base de calcul est la durée normale de travail convenue contractuellement. Cela signifie que seuls les jours pendant lesquels l'employé aurait effectivement travaillé selon la durée convenue contractuellement doivent être rémunérés.

Conditions

Le droit au congé présuppose l'existence d'une atteinte à la santé. Cette notion s'applique donc non seulement à une maladie ou à un accident, mais aussi à un handicap. La nécessité d'une prise en charge dépend notamment de la disponibilité d'autres personnes. Les membres de la famille doivent eux aussi être pris en compte. Un autre membre de la famille doit être disponible et pouvoir intervenir de manière acceptable, par exemple en habitant à proximité. Le fait qu'une autre personne bénéficie d'un congé n'exclut pas le droit en soi. Il incombe à la famille de décider qui prend congé à quel moment. Le besoin de prise en charge d'une personne représente également un critère de nécessité. Ainsi, la prise en charge sera plutôt jugée nécessaire s'il s'agit d'un enfant mineur ou en bas âge. Un certificat médical n'est pas explicitement demandé; or, il incombe à l'employé de prouver l'existence de l'atteinte à la santé, raison pour laquelle l'employeur peut exiger un tel certificat.

Relation entre l'art. 329h et l'art. 324a CO resp. l'art. 15 CCT LS

Le congé de trois jours a lieu indépendamment de l'art. 324a CO (voir lettre e). Cela signifie que les conditions de l'art. 324a CO, par exemple l'empêchement du travailleur ou le contingent annuel d'absences, ne s'appliquent pas. Cependant, l'employé est libre de prendre des congés selon l'art. 324a CO sans toucher à son contingent selon l'art. 329g CO.

Le congé payé de courte durée de trois jours au maximum prévu à l'art. 15 CCT LS pour la garde d'un enfant malade est un cas d'application de l'art. 324a CO. Le travailleur est donc en principe libre de prendre un congé au sens de l'art. 324a CO ou de l'art. 15 CCT LS sans prendre de congé au sens de l'art. 329h CO.

c) Congé de prise en charge pour les enfants gravement malades (329i CO au 1^{er} juillet 2021)

Désormais, un congé de 14 semaines est accordé aux parents exerçant une activité professionnelle et dont les enfants souffrent d'une grave atteinte à la santé en raison d'une maladie ou d'un accident.

Conditions

Le droit au congé de prise en charge selon cette disposition n'existe que si l'employé a droit à une indemnité de prise en charge selon les allocations pour perte de gain (APG). Cela est par exemple le cas de parents dont l'enfant mineur est gravement atteint dans sa santé. Ce droit dépend de la filiation au sens de l'art. 252 CC. L'état civil des parents n'est donc pas pertinent.

La définition de grave atteinte à la santé est définie par la loi et s'applique lorsque:

- (i) un changement net de l'état physique ou psychique de l'enfant intervient;
- (ii) l'évolution de ce changement est difficilement prévisible, ou qu'il faut s'attendre à des séquelles durables ou à une détérioration de l'état de santé, voire à la mort de l'enfant;
- (iii) une prise en charge accrue par les parents est nécessaire.
- (iv) De plus, au moins un des parents doit exercer une activité lucrative en tant qu'employé ou travailleur indépendant et interrompre cette activité lucrative pour s'occuper de l'enfant.

La nécessité de l'accompagnement, de la prise en charge et des soins doit être attestée par un certificat médical. Il convient d'en distinguer les maladies sans gravité et les séquelles légères d'accidents, comme les fractures. Pour déterminer s'il s'agit d'une grave atteinte à la santé, il convient de tenir compte notamment des symptômes, de l'âge de l'enfant et de la nécessité d'un traitement stationnaire ou ambulatoire de longue durée.

Contrairement aux allocations pour perte de gain lors d'un congé maternité ou paternité, l'indemnité de prise en charge ne présuppose aucune durée minimale préalable d'assurance ou d'activité lucrative.

Durée du congé et indemnisation

Le droit à une indemnité et à un congé de prise en charge naît par maladie ou accident. Le congé de prise en charge s'élève à 14 semaines au maximum et doit être pris dans un délai-cadre de 18 mois. Ce délai-cadre débute le jour où la première indemnité journalière est touchée. Le congé peut être pris en une fois ou à la journée. Le congé de prise en charge doit aussi être accordé si un seul des parents exerce une activité lucrative ou si les deux parents travaillent à temps partiel. Si les deux parents exercent une activité lucrative, chacun d'entre eux a droit à un congé de prise en charge d'une durée maximale de sept semaines. Ils peuvent

cependant aussi décider d'une autre répartition du congé. Les parents peuvent également prendre leur part de congé en même temps. L'employeur ne doit pas approuver la modification de la répartition, mais doit être informé des modalités de la prise de congé.

L'allocation de prise en charge est versée sous forme d'indemnités journalières des APG. Le congé de prise en charge de 14 semaines correspond à 98 jours calendaires, raison pour laquelle les ayants droit peuvent toucher un maximum de 98 indemnités journalières.

L'indemnité journalière correspond à 80% du revenu moyen de l'activité lucrative (salaire AVS) perçu avant le début du congé de prise en charge et ne peut pas dépasser CHF 196.00 par jour. Les personnes employées à temps partiel touchent 80% du revenu moyen perçu dans le cadre de leur activité à temps partiel (voir calcul sur le site <https://www.ahv-iv.ch/fr/Assurances-sociales/Les-allocations-pour-perte-de-gain-Assurance-maternit%C3%A9-APG-AMat/Berechnung-EO-fr-FR>).

d) Répercussions des nouvelles dispositions sur les rapports de travail

Une protection contre le licenciement s'applique pendant le congé de prise en charge d'un enfant gravement malade (art. 329i CO) pris après le temps d'essai (art. 336c, al.1 let. c^{bis} CO). Cette période de protection dure jusqu'à la fin du droit au congé de prise en charge, mais au plus tard pendant six mois à partir du jour où la première indemnité journalière est due. Un licenciement pendant cette période est nul et non avenu.

De plus, le droit aux vacances d'un employé ne peut pas être raccourci en raison d'un congé de prise en charge.

e) Réglementation légale existante lors d'absences de courte durée (art. 324a CO)

Selon la jurisprudence appliquée jusqu'ici, les employés avec des devoirs d'assistance ou de soins avaient déjà droit, sous certaines conditions, à la libération de leur obligation de travailler et, dans certains cas, au maintien du versement de leur salaire.

Selon l'art. 36, al. 3 LTr, l'employeur doit, sur présentation d'un certificat médical, donner congé aux travailleurs pour le temps nécessaire à la garde d'un enfant malade, jusqu'à concurrence de trois jours. Ce droit est cependant limité à la garde d'enfants malades. La garde d'autres proches ou membres de la famille nécessitant des soins n'est pas mentionnée. En outre, la LTr ne régit pas le maintien du versement du salaire.

L'art. 324a CO indique une obligation du maintien du salaire limitée dans le temps et dépendant du nombre d'années de service effectuées. L'employeur est donc tenu de verser le salaire à un employé qui, pour des causes inhérentes à sa personne, ne peut satisfaire à son obligation de travailler ou si celle-ci ne peut pas être raisonnablement exigée. Un tel empêchement existe par exemple aussi lorsque l'employé doit exercer un devoir légal (art. 324a al. 1 CO, par exemple la garde de ses propres enfants). L'obligation de maintien du salaire n'existe que tant qu'aucune alternative pour la garde ne peut être trouvée ou, en cas de maladie d'un enfant, que la garde par les parents est considérée comme nécessaire d'un point de vue médical. Un contingent de trois semaines au maximum est prévu la première année de service. Ensuite, le salaire doit être versé pendant une «période plus longue fixée équitablement» (voir échelles bâloise, bernoise ou zurichoise). Les absences de l'employé (maladie, garde d'un autre enfant malade, etc.) durant l'année de service concernée sont additionnées.