



---

## L'absence du travailleur en raison de la maladie d'un enfant

---

Aux termes de l'art. 36 al. 3 de la loi fédérale sur le travail (LTr), « l'employeur doit, sur présentation d'un certificat médical, donner congé aux travailleurs ayant des responsabilités familiales, pour le temps nécessaire à la garde d'un enfant malade, jusqu'à concurrence de trois jours ». Est considérée, dans ce cadre, comme « responsabilité familiale » l'éducation des enfants jusqu'à l'âge de quinze ans (art. 36 al. 1LTr). D'apparence simple, cette première disposition amène un certain nombre de questions auxquelles on va tenter de répondre, en avertissant le lecteur que, faute de jurisprudence clairement établie et d'unanimité de la doctrine, elles restent sujettes à controverses.

### **Un droit au salaire ?**

L'art. 36 al. 3 LTr ne règle pas la question du salaire. Lors des débats aux Chambres fédérales, la proposition de mentionner expressément dans cet alinéa l'absence de rémunération a été refusée (BO CN 1997, p. 2810), de sorte que le droit au salaire ne saurait être d'emblée exclu et doit être étudié à la lumière des dispositions du Code des obligations (CO) régissant le contrat de travail.

En vertu de l'art. 324a CO, « si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité, y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois ».

### **Une cause inhérente à la personne du travailleur**

L'art. 324a CO ne vise pas tous les cas d'empêchements non fautifs de travailler, mais uniquement ceux dont la cause est inhérente à la personne du travailleur, notion qui ne couvre pas la maladie d'un tiers en tant que telle.

La très grande majorité de la doctrine, se basant pour l'essentiel sur certains jugements cantonaux, considère toutefois que les absences dues à la maladie d'un enfant sont couvertes par l'art. 324a CO, dès lors que l'art. 276 du Code civil (CC) fonderait une obligation légale pour les parents de prodiguer des soins à leurs enfants, à tout le moins lorsqu'aucune autre solution n'est possible (JAR 1988 p. 197). En effet, l'art. 324a CO cite expressément l'accomplissement d'une obligation légale au titre des situations inhérentes à la personne du travailleur.

Le Tribunal fédéral n'a, à notre connaissance, jamais eu à se prononcer spécifiquement sur un tel cas, mais a rappelé, dans un arrêt où le droit au salaire du travailleur a été dénié, ce qui suit : « Dès lors qu'elle s'applique aux empêchements de travailler inhérents à la personne du travailleur, cette disposition ne saurait, en principe, protéger le travailleur en cas de maladie d'un tiers. Cependant, le travailleur peut invoquer CO 324a I lorsqu'il doit prendre soin d'un proche malade à raison d'une obligation légale (...) » (JAR 1999 p. 223).

## L'empêchement de travailler

Toute situation inhérente à la personne du collaborateur ne provoque pas forcément un empêchement de travailler. Or, c'est la première et nécessaire condition d'application de l'art. 324a CO, qui est bien souvent occultée par la doctrine lorsqu'il s'agit d'envisager des hypothèses autres que la maladie ou l'accident. Pour que l'on admette que le travailleur est empêché de travailler, il ne suffit pas, à notre avis, que son absence soit considérée comme justifiée ou compréhensible, en particulier au regard de critères de nature sociale – auquel cas elle relèvera, tout au plus, des congés usuels au sens de l'art. 329 al. 3 CO. Ainsi, seuls sont à notre sens constitutifs d'empêchements les cas où l'exécution du travail est matériellement ou juridiquement impossible. Par exemple, le collaborateur atteint d'une forte fièvre n'est physiquement pas en mesure de remplir ses obligations contractuelles ; et l'employé qui reçoit un ordre de marche a l'obligation légale d'exécuter son service personnellement, de sorte qu'il lui est impossible d'accomplir son travail durant la période considérée. En revanche, l'employé qui se rend à l'enterrement d'un proche n'est pas empêché de travailler au sens où on vient de l'exposer, puisqu'il n'est légalement pas contraint d'assister à la cérémonie et qu'il est physiquement apte à exécuter ses tâches ; il doit toutefois être mis au bénéfice d'un congé au sens de l'art. 329 al. 3 CO, lequel sera souvent mais pas nécessairement rémunéré (voir *Questions de droit* n° 54, novembre-décembre 2008).

## L'obligation légale d'entretien

Il s'agit donc de déterminer si l'accomplissement par le collaborateur de son obligation d'entretien au sens de l'art. 276 CC (*voir encadré*) cause un empêchement de travailler. Tel n'est à notre avis pas le cas pour les motifs suivants. L'art. 276 CC fonde une créance de l'enfant à recevoir des soins et une éducation, créance qui est même de nature strictement pécuniaire à l'égard du parent qui n'est pas au bénéfice du droit de garde. Quant à celui qui a la garde, il n'est nullement tenu de prodiguer personnellement les soins visés, mais peut recourir à des tiers (amis ou proches, garderie, maman de jour, personnel au pair, voire internat, etc.), ce que font par définition les parents qui travaillent. Ainsi, dans la mesure où cette disposition légale ne fait aucunement obligation à l'employé d'être personnellement présent auprès de son enfant (malade ou non), elle ne saurait être à l'origine d'un empêchement de travailler.

---

### L'art. 276 CC

*Les deux premiers alinéas de cette disposition ont la teneur suivante :*

*Al. 1 : les père et mère doivent pourvoir à l'entretien de l'enfant et assumer, par conséquent, les frais de son éducation, de sa formation et des mesures prises pour le protéger.*

*Al. 2 : l'entretien est assuré par les soins et l'éducation ou, lorsque l'enfant n'est pas sous la garde de ses père et mère, par des prestations pécuniaires.*

---

En pratique, ce qui provoque l'absence du travailleur, ce n'est pas son obligation générale d'entretien, mais l'éventuelle carence de sa solution de garde habituelle. L'exemple typique est celui de la crèche qui refuse les enfants malades en raison des risques de contagion, situation que l'on ne saurait qualifier d'inhérente à la personne du travailleur, même en accordant une acception large à cette notion.

Il est cependant à notre avis une autre disposition légale susceptible de rendre momentanément impossible l'exécution du travail dans de telles circonstances, à savoir l'art. 127 du Code pénal (CP), qui est rédigé comme suit : « Celui qui, ayant la garde d'une personne hors d'état de se protéger elle-même ou le devoir de veiller sur elle, l'aura exposée à un danger de mort ou à un danger grave et imminent pour la santé, ou l'aura

abandonnée en un tel danger, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. » Si le travailleur est tenu, le temps qu'un tiers prenne le relais, de rester auprès de son enfant sous peine de mettre sa vie ou sa santé en danger et ainsi de commettre une infraction pénale, on doit admettre qu'il accomplit une obligation légale qui l'empêche de remplir ses obligations contractuelles.

Il est à noter toutefois que la défection de la personne habituellement chargée de la garde n'a pas pour conséquence de rendre ipso facto l'art. 127 CP applicable. La nécessité pour le parent de veiller sur sa progéniture dépendra de l'ensemble des circonstances, à commencer par l'âge de l'enfant ; si les enfants en bas âge requièrent une surveillance constante, il en va autrement des préadolescents, par exemple. En outre, lorsque c'est le seul bien-être psychologique de l'enfant qui commande au travailleur de rester auprès de lui, ce dernier ne remplit pas une obligation légale au sens de la disposition précitée. Ainsi, les certificats médicaux qui attestent de la nécessité de la présence du parent auprès de l'enfant malade ne sont à notre sens d'aucun secours pour déterminer l'existence d'un empêchement non fautif de travailler couvert par l'art. 324a CO. De même, contrairement à ce qu'on peut lire chez certains auteurs, le temps passé au chevet d'un enfant hospitalisé (et donc sous bonne garde) ne saurait être considéré comme un empêchement de travailler au sens de cette dernière disposition, indépendamment de la gravité de la maladie.

### **L'absence de faute**

Dans la mesure où les conditions énumérées ci-dessus sont remplies, il faut encore, pour que l'absence soit considérée comme non fautive, qu'elle se limite à ce qui est strictement nécessaire pour trouver une solution de substitution. Le devoir de diligence et de fidélité du travailleur (art. 321a al. 1 CO) lui commande de tout mettre en œuvre pour y parvenir dans les meilleurs délais. Il ne saurait donc, à notre avis, limiter ses recherches à son cercle de connaissances, mais doit aussi accepter de recourir, lorsque c'est la seule et/ou la plus rapide des options, à des organismes tels que, par exemple, la Croix-Rouge, qui dispose d'un service de garde d'enfants à domicile précisément destiné à faire face à de telles situations et qui réagit dans bien des cas en l'espace de quelques heures seulement. L'employeur, qui ne connaît pas nécessairement la situation personnelle du collaborateur, est en droit, au moment où ce dernier lui annonce qu'il ne se présentera pas à son poste en raison de la maladie de son enfant, d'obtenir toutes les informations utiles pour déterminer si l'absence aurait pu être évitée ou peut être limitée par des mesures organisationnelles adéquates (JAR 1988, p. 197).

### **Le droit à un congé**

La question qu'il s'agit ensuite de résoudre est celle de savoir si l'art. 36 al. 3 LTr se contente de rappeler que la maladie d'un enfant peut entraîner un empêchement de travailler au sens de l'art. 324a CO ou s'il ouvre au contraire un droit à un congé plus étendu.

L'intention du législateur à cet égard n'est pas extrêmement claire. Le rapport de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (FF 1998 1128, spéc. 1138) se contente de rappeler les difficultés organisationnelles auxquelles peuvent être confrontés les parents qui travaillent dans une telle situation.

La Conseillère fédérale Ruth Dreifuss précisait devant le Conseil des Etats, après l'adoption par celui-ci de l'art. 36 al. 3 LTr, que cette disposition ne faisait que fixer dans la loi ce que certains tribunaux avaient déjà admis. Mais elle ajoutait que « le principe même de cet article est que la responsabilité des parents envers leurs employeurs les oblige à régler, dans un laps de temps aussi court que possible, le problème de la prise en charge de leur enfant » (BO CE 1998, p. 190).

Ce que l'on peut en tous les cas déduire de ce qui précède, c'est qu'il n'existe pas un droit du parent de rester auprès de son enfant durant trois jours. La rédaction de l'art. 36 al. 3 LTr plaide toutefois pour le reste en faveur d'une vision un peu plus large que celle découlant de l'art. 324a CO telle qu'on l'a examinée. En effet, en cas d'empêchement de travailler au sens strict du terme, l'employeur ne peut que prendre acte de la situation. En exigeant de lui qu'il donne congé au collaborateur, c'est-à-dire qu'il autorise son absence, on laisse entendre que ladite absence ne s'impose pas forcément – et ne constitue donc pas un empêchement –, mais qu'elle doit néanmoins être accordée. De ce point de vue, il y a lieu d'admettre que le travailleur peut bénéficier d'un congé un peu plus long que ce qui est objectivement indispensable pour organiser la garde de son enfant en faisant preuve de toute la diligence requise, en ce sens que la notion de temps « nécessaire » peut comprendre une part de subjectivité. On pourrait ainsi admettre que des considérations autres que la seule sécurité de l'enfant puissent entrer en ligne de compte dans le choix de la solution de substitution (par exemple, le désir de recourir à un tiers connu de l'enfant) et se montrer moins strict quant à la célérité et à l'intensité des efforts devant être déployés par le collaborateur.

### **La durée du congé**

L'art. 36 al. 3 LTr prévoit qu'il doit être accordé au travailleur un congé pour le temps nécessaire à la garde d'un enfant malade, « jusqu'à concurrence de trois jours ». Il faut à notre avis entendre par là trois jours de calendrier – et non de travail –, d'une part, par cas de maladie d'un enfant – et non par année –, d'autre part. En effet, l'objectif étant d'accorder du temps au parent pour organiser une solution de substitution, le problème se pose potentiellement chaque fois qu'un enfant est malade et ne peut bénéficier de sa solution de garde habituelle. En outre, le maximum fixé doit être considéré comme la présomption qu'une solution peut en tous les cas être trouvée en l'espace de trois jours, ce qui est sans lien avec l'horaire et le taux d'activité effectifs du travailleur.

Le fait que l'employeur doit accorder un congé a pour corollaire que le travailleur doit le lui demander. Ce dernier ne saurait ainsi se contenter d'annoncer son absence (sauf pour ce qui relève d'un empêchement de travailler au sens strict du terme) ; il ne lui appartient pas non plus d'en fixer unilatéralement la durée dont il ne saurait revendiquer qu'elle soit systématiquement de trois jours. Celle-ci doit être déterminée, de cas en cas, en fonction des circonstances – qui doivent être portées à la connaissance de l'employeur –, de ce que l'on peut raisonnablement attendre du travailleur et de ce que permet l'organisation du travail.

### **Le paiement du congé**

Lorsque l'absence ne tombe pas – ou plus – sous le coup de l'art. 324a CO, l'employeur n'a pas l'obligation de la rémunérer. A défaut de disposition contractuelle réglant la question du droit au salaire, celui-ci doit selon nous être envisagé de la même manière que pour les congés usuels au sens de l'art. 329 al. 3 CO, dont on admet généralement qu'ils sont offerts aux travailleurs payés au mois.

### **Le fardeau de la preuve**

En vertu des règles relatives au fardeau de la preuve, « chaque partie doit, si la loi ne prescrit pas le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit ». Il appartient donc au travailleur de prouver soit qu'il est empêché de travailler, soit qu'il est légitimé à revendiquer un congé.

On se heurte donc ici à un problème pratique tenant à l'absence de moyens de preuve à disposition. En effet, la présentation d'un certificat médical, comme le prescrit l'art. 36 al. 3 LTr, permet uniquement d'attester de la maladie de l'enfant. Or, pour qu'on admette que cette dernière entraîne un empêchement de travailler au sens de l'art. 324a CO, le collaborateur doit encore démontrer les éléments suivants : l'impossibilité de recourir à sa

solution de garde habituelle, l'absence de solution de substitution immédiate, le fait qu'il a entrepris absolument toutes les démarches possibles afin d'éviter, puis de limiter, son absence, ainsi que son obligation de veiller sur son enfant sous peine de mettre la vie ou la santé de ce dernier gravement en danger. De même, pour pouvoir revendiquer le droit à un congé au sens de l'art. 36 al. 3 LTr, le travailleur doit, outre la maladie de l'enfant, prouver les deux premiers éléments cités.

Dans les faits, c'est donc sur la base des informations fournies par le travailleur – et ainsi de la foi que l'on accorde à ses dires – que se régleront les questions du droit au salaire et de la durée du congé, qu'il est par ailleurs recommandé de régler contractuellement.