

PRINCIPALES VOIES LÉGALES À CONSIDÉRER EN CAS D'ATTEINTE À LA SANTÉ DE LA PERSONNE SALARIÉE

ANNE ROUX-FOUILLET

Avocate (Genève), spécialiste FSA en droit du travail

FABIEN V. RUTZ

Avocat (Genève), spécialiste FSA en droit du travail

Mots-clés: droit du travail, atteinte à la santé du travailleur, concours d'actions, responsabilité plurielle, assurances perte de gain, détection précoce

I. Introduction

En droit privé du travail, en cas d'atteinte à la santé de la personne salariée, les actions les plus communément envisagées par les praticiens sont celles fondées sur les art. 319 ss CO (cf. *infra chapitre II*). Cependant, plusieurs autres voies légales de différentes natures peuvent ou même, suivant les cas, doivent être prises en compte.

La présente contribution vise à présenter un aperçu des principales procédures auxquelles les praticiens peuvent être confrontés dans les cas d'atteinte à la santé avérée de la personne salariée dans un contexte de rapports de travail de droit privé.

La notion d'atteinte à la santé utilisée dans cet exposé visera des atteintes à la santé physique ou psychique, qui provoquent une incapacité de travail avérée¹ d'une certaine importance², étant relevé que les normes évoquées protègent en principe tant la santé physique que la santé psychique des individus³.

II. Actions civiles de l'employé fondées sur les normes de droit privé régissant le contrat de travail

En pratique, ces contentieux sont souvent centrés sur la violation des règles sur la protection de la personnalité (art. 328 CO) ou sur les licenciements abusifs (art. 336 ss CO) (cf. *infra chapitre II ch. 1 et 2*).

D'autres prétentions fondées sur des dispositions régissant le contrat de travail peuvent également être soulevées par la personne salariée en cas d'atteinte à sa santé, en particulier des prétentions concernant son salaire en cas d'empêchement de travailler (art. 324a et 324b CO). Ces dernières ne sont toutefois pas systématiquement litigieuses entre les parties au contrat de travail, notamment parce qu'elles sont souvent couvertes par une assurance sociale ou privée (cf. *infra chapitre VI*).

1. Protection de la personnalité et de la santé (art. 328 CO)

L'art. 328 al. 1 CO prévoit que l'employeur a l'obligation de protéger et respecter la personnalité de la personne salariée; il doit manifester les égards voulus pour sa santé et veiller au maintien de la moralité. L'art. 328 al. 2 CO impose en particulier à l'employeur la prise de mesures concrètes en vue de garantir la protection de la vie, de la santé et de l'intégrité corporelle de la personne salariée.⁴

Parmi les obligations de l'employeur résultant de cette disposition figurent notamment des obligations de prévention des conflits interpersonnels et des cas de harcèlement.⁵ L'employeur doit également respecter l'ensemble des obligations qui s'impose à lui dans le cadre du concept unifié d'obligation de sécurité⁶ qui renvoie à de multiples dispositions de droit public en matière de santé et sécurité au travail.⁷ L'art. 3 de l'Ordonnance sur la prévention des accidents et maladies professionnelles («OPA»), impose par exemple à l'employeur de prendre de

- 1 Les questions relatives aux contestations de l'incapacité de travail et de la véracité des certificats médicaux ne seront pas examinées dans cette contribution – à ces sujets, voir notamment NOVIER, Certificats de travail, de salaire et médical / Le certificat médical dans les relations de travail, CERT, 2018, p. 92, 93 et 110, 111; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd. 2019, p. 302 ss.
- 2 Ce qui exclut les atteintes insignifiantes.
- 3 Art. 328 CO, art. 6 LTr, OLT 3, art. 82 et 83 LAA, OPA, art. 122 et 123 CP, 126 CP, art. 3 et 4 LPGGA.
- 4 WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd. 2019, p. 391 ss; AUBERT, Commentaire romand, Code des obligations I, 2^e éd. 2012, n. 2 ad art. 328 CO, p. 2025.
- 5 DUNAND, in Dunand/Mahon, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 18-23 ad art. 328 CO, p. 276-278.
- 6 WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd. 2019, p. 407 ss.
- 7 Cf. WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd. 2019, p. 405.

nombreuses dispositions organisationnelles et techniques pour assurer et améliorer la sécurité au travail. Cette disposition renvoie aux prescriptions édictées par la CNA (SUVA) qui définissent très précisément les mesures de sécurité à prendre. L'examen du respect de ces mesures sera souvent décisif, particulièrement en cas d'accident survenu lors de travaux dangereux ou dans le domaine de la construction. Une violation par l'employeur de ses obligations à cet égard ayant causé une atteinte à la santé pourra non seulement donner lieu à réparation sur la base de l'art. 328 al. 2 CO⁸, mais également sur la base de l'art. 342 CO, qui renvoie aux normes de droit public.

Lorsque la personne salariée subit un dommage en raison d'une atteinte à sa santé physique ou psychique résultant d'une violation des obligations précitées, celle-ci a droit à une réparation, dont le mode et l'étendue se déterminent d'après les principes généraux des art. 97 ss et 41 ss CO.⁹ À cet égard, l'employeur répond des actes de ses auxiliaires (art. 101 CO) et de ses organes (art. 55 CC).

Comme dommage financier lié à une atteinte à la santé, on peut penser, par exemple, au préjudice économique découlant de l'impossibilité pour la victime d'utiliser pleinement sa capacité de gain, à une période de chômage suivant un licenciement, aux frais non pris en charge par une assurance-maladie, aux frais de recherche d'un nouvel emploi, aux frais de réinsertion ou encore aux frais d'avocat antérieurs au procès¹⁰. Il convient néanmoins de préciser que l'employeur ne peut pas être tenu pour responsable du dommage ou de son aggravation résultant du défaut de collaboration de la personne salariée aux mesures lui permettant de conserver sa capacité de travail.¹¹

L'atteinte à la personnalité peut également entraîner l'obligation de réparation du tort moral aux conditions posées par l'art. 49 CO¹² (applicable également en matière contractuelle par le renvoi de l'art. 99 al. 3 CO), pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur n'ait pas donné autrement satisfaction au lésé.¹³ Cependant, certaines dispositions spécifiques du droit du travail, telles que l'art. 336a CO (indemnité en cas de licenciement abusif) ou l'art. 337c al. 3 CO (indemnité en cas de licenciement immédiat injustifié), comprennent déjà la réparation du tort moral causé par l'atteinte, de sorte qu'une indemnité pour tort moral ne peut être allouée que dans des circonstances particulièrement graves, dans lesquelles l'indemnisation prévue ne suffit pas pour réparer le tort moral subi par le travailleur licencié.¹⁴

2. Licenciement abusif (art. 336 ss CO)

L'employeur est en principe en droit de résilier le contrat d'un employé malade après l'écoulement du délai de protection contre le congé donné en temps inopportun (cf. art. 336c CO), lorsque la maladie porte atteinte à la capacité de travail de l'employé. Un tel licenciement ne sera en principe pas considéré comme abusif, à moins que l'employeur ne soit responsable de l'empêchement de travailler.¹⁵ Dans ce dernier cas, le fait de se prévaloir de son propre comportement contraire au droit constitue un cas

typique d'abus de droit. Ainsi, l'employeur ne saurait se prévaloir des conséquences d'un manquement à ses propres obligations envers le travailleur pour justifier le licenciement de ce dernier.¹⁶ Notamment, doit être qualifié d'abusif le licenciement signifié à un travailleur après l'échéance du délai de protection de l'art. 336c al. 1 let. b CO, en raison d'une incapacité de travail persistante consécutive à des actes de harcèlement imputables à l'employeur¹⁷.

En cas de licenciement abusif, l'employeur peut être condamné à verser une indemnité à son (ancien) employé correspondant au maximum à six mois de salaire (art. 336a CO). Les dommages-intérêts qui pourraient être dus à un autre titre peuvent être réclamés en sus (par exemple: si l'employé se plaint d'une atteinte à la personnalité qui lui aurait fait subir un dommage et/ou un tort moral), étant toutefois rappelé que l'indemnité de l'art. 336a CO comprend en principe déjà la réparation du tort moral pouvant découler de la résiliation abusive.¹⁸

III. Actions civiles de l'employé fondées sur d'autres normes de droit privé contre l'employeur et/ou des tiers

1. Action contre l'employeur

Une atteinte à la santé de la personne salariée peut engager non seulement la responsabilité contractuelle de l'employeur, mais également sa responsabilité délictuelle (art. 41 ss CO). Notamment, l'employeur peut commettre un acte illicite lorsqu'il ne prend pas les mesures de précaution commandées par les circonstances ou crée un état de choses dangereux sans prendre toutes les mesures propres à empêcher un dommage de se produire¹⁹.

⁸ Pour un cas d'application, cf. TF 13. 6. 2016, 4A_21/2016.

⁹ SJ 1984 p. 556; DUNAND, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 79 s. ad art. 328 CO, p. 298.

¹⁰ DUNAND in RJN 2006, Le harcèlement psychologique (mobbing) en droit privé suisse du travail, p. 13 ss; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd. 2019, p. 397-398; ATF 139 III 190, c. 4.2; TF 27. 1. 2004, 5C.212/2003, c. 6.3.1.

¹¹ TF 1. 4. 2019, 4A_188/2018, c. 2.3 à 2.4.4 cité in WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd. 2019, p. 397-398; art. 44 al. 1 CO (cum art. 99 al. 3 CO).

¹² TF 1. 12. 2016, 4A_159/2016, c. 4.1.

¹³ TF 12. 1. 2012 4A_578/2011; ATF 137 III 303, c. 2.2.2 p. 309; 130 III 699, c. 5.1 p. 704; ATF 125 III 70, c. 3a p. 75; TF 1. 12. 2016, 4A_159/2016, c. 4.1.

¹⁴ WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd. 2019, p. 398.

¹⁵ TF 22. 10. 2019, 4A_293/2019, c. 3.5.1; TF 4. 12. 2015, 4A_437/2015, c. 2.2.2; TF 8. 2. 2006, 4C.354/2005, c. 2.3; ATF 132 III 257;

DUNAND, in Dunand/Mahon, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 30 ad art. 336 CO, p. 665; WITZIG, Droit du travail, Schulthess, 2018, p. 268-269.

¹⁶ TF 11. 10. 2011, 4A_329/2011, c. 5.

¹⁷ TF 4. 12. 2015, 4A_437/2015, c. 2.2.2; TF 11. 10. 2011, 4A_329/2011, c. 5.

¹⁸ DUNAND, in Dunand/Mahon, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 27 ad art. 336a CO, p. 697.

¹⁹ ATF 112 II 138, c. 2a et 3a.

Lorsque la responsabilité aquilienne de l'employeur est engagée, la personne salariée peut obtenir la réparation du dommage subi en raison de cette atteinte si les conditions usuelles prévues par les art. 41 ss CO sont remplies²⁰. L'employeur peut avoir à répondre des actes de ses auxiliaires (art. 55 CO) et de ses organes (art. 55 CC).

Les responsabilités contractuelle et délictuelle peuvent entrer en concours, lorsqu'un même acte (ou une même omission) constitue simultanément une violation des obligations contractuelles et un acte illicite.²¹ Ainsi, pour les cas où la personne salariée est victime d'un acte qui est à la fois illicite et contraire à une obligation contractuelle, elle pourra choisir la voie qui lui convient le mieux. La voie contractuelle présentera souvent certains avantages, notamment en raison du régime du fardeau de la preuve (art. 97 al. 1 CO) et de la responsabilité pour des auxiliaires (art. 101 CO).²²

Comme autre chef de responsabilité de l'employeur, on peut également envisager des responsabilités objectives (en sus de celle de l'art. 55 CO), notamment la responsabilité en qualité de propriétaire d'un bâtiment ou d'un ouvrage (art. 58 CO – pour plus de détails sur ce chef de responsabilité, cf. *infra* chapitre III, point 2). La jurisprudence admet également le concours des deux responsabilités causale et contractuelle lorsque l'employeur est aussi le propriétaire de l'ouvrage utilisé dans l'entreprise.²³

2. Action contre un autre employé et/ou un tiers

En cas d'atteinte à la santé causée par un collègue de travail ou un tiers (par exemple un client), le travailleur lésé a également la possibilité d'agir directement contre celui-ci. Dans la mesure où il n'existe en principe pas de relation contractuelle avec l'auteur, la personne salariée ne pourra pas se prévaloir des normes régissant le contrat de travail, mais devra invoquer d'autres fondements, par exemple les dispositions du Code civil (en particulier les art. 27, 28 et 28a CC) ou du Code des obligations en matière d'actes illicites (art. 41 ss CO)²⁴.

Dans les cas d'atteintes à la santé consécutives à un accident, il peut être en particulier utile d'examiner la responsabilité du propriétaire du bâtiment où l'accident s'est produit. Ancrée à l'art. 58 CO, elle est engagée lorsque l'accident est imputable à un défaut de construction. La responsabilité n'existe que lorsque le bâtiment est achevé et non pas déjà lorsqu'il est toujours en chantier²⁵. Elle sera engagée lorsque les normes de sécurité applicables à l'utilisation prévue par le bâtiment ne sont pas respectées²⁶ ou lorsque le propriétaire viole un devoir de prudence qui lui incombe et qui découle (i) d'une norme édictée en vue d'assurer la sécurité et d'éviter des accidents²⁷, (ii) de règles analogues qui émanent d'associations privées ou semi-publiques²⁸ lorsqu'elles sont généralement reconnues, ou encore (iii) des devoirs généraux de prudence²⁹. Le propriétaire ne doit prendre que les mesures que l'on peut raisonnablement exiger de lui, en tenant compte de la probabilité d'un accident grave, des possibilités de la technique et du coût des mesures à prendre³⁰, son devoir étant ainsi limité par la prévisibilité de la surve-

nance d'un accident ainsi que par le principe de proportionnalité³¹. À la différence de l'art. 41 CO, l'art. 58 CO instaure toutefois une responsabilité causale sans preuve libératoire.³²

3. Responsabilité plurielle

Suivant les cas, l'employeur et le collègue ou le tiers responsable peuvent avoir à répondre solidairement du dommage, en particulier lorsque l'employeur n'a pas pris les mesures nécessaires à la prévention de l'atteinte à la santé (art. 328 al. 2 CO).³³ Les règles applicables en matière de solidarité (art. 50 CO), de concours de responsabilité (art. 51 CO) et de droit de recours des uns contre les autres trouveront application dans ce cas.

On rappellera que lorsque deux personnes n'ont pas causé ensemble un dommage par une faute commune mais en raison d'actes illicites différents, indépendants les uns des autres, ou en raison d'un acte illicite pour l'une et d'une violation d'un devoir contractuel pour l'autre, l'interruption de la prescription contre l'un des débiteurs n'est pas valable contre l'autre. Le lésé doit donc interrompre la prescription contre chacun des responsables.³⁴ Le lésé peut toutefois rechercher chacun d'eux pour la totalité du dommage aussi longtemps qu'il n'a pas été entièrement désintéressé; il peut aussi choisir la partie adverse à son gré et il lui est loisible de n'actionner qu'un seul des débiteurs responsables³⁵.

IV. L'action pénale

Une atteinte à la santé du travailleur peut également être constitutive d'une infraction au sens du droit pénal. Le travailleur pourra alors déposer une plainte pénale contre son auteur³⁶. On peut notamment songer aux lésions

²⁰ WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd. 2019, p. 399.

²¹ ATF 112 II 138, c. 3b; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd. 2019, p. 401.

²² HALPERIN, in Panorama III en droit du travail, 2017, p. 157.

²³ ATF 126 III 113, c. 2a, ainsi que ATF 90 II 227, c. 2a cité in WERRO in CR-CO, THÉVENOZ/WERRO, 2012, n. 27 ad art. 58, p. 538.

²⁴ DANTHE in Conflit au travail, Sanctions, CERT, 2015, p. 128.

²⁵ ATF 108 II 184, c. 1.b; ATF 96 II 337, c. 2.b; ATF 94 II 151, c. 4.

²⁶ ATF 130 III 736, c. 1.3; ATF 129 III 65, c. 1.1; TF 5. 4. 2007, 4C.45/200, c. 2.1; TF 2. 3. 2005, 4C.386/2004, c. 2.1.

²⁷ P. ex.: les règles de police des constructions.

²⁸ On peut songer aux normes de la Société suisse des ingénieurs et des architectes (SIA) dans la mesure où le droit public y renvoie, aux publications du Bureau de prévention des accidents ainsi qu'aux prescriptions sur la prévention des accidents professionnels de la CNA (SUVA).

²⁹ ATF 126 III 113, c. 2.b.

³⁰ ATF 126 III 113, c. 2.a.cc.

³¹ ATF 130 III 193, c. 2.2.

³² TF 2. 3. 2005, 4C.386/2004 d, c. 2.3.

³³ ATF 112 II 138, c. 4a.

³⁴ ATF 112 II 138, c. 4a.

³⁵ ATF 97 II 343, c. 3; ATF 93 II 333, c. 3a; ATF 89 II 123, c. 5a.

³⁶ WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd. 2019, pp. 394 ss.

corporelles simples (art. 123 CP) ou graves (art. 122 CP)³⁷, le cas échéant commises par négligence (art. 125 CP), étant relevé que les lésions corporelles graves, intentionnelles ou par négligence (art. 125 al. 2 CP), se poursuivent d'office.

On peut se demander si une atteinte à la santé psychique du travailleur (p. ex. suite à un harcèlement psychologique) peut réaliser les éléments constitutifs de ces infractions. En janvier 2014, le Tribunal fédéral a retenu qu'une incapacité de travail, à 50% ou à 100%, de la travailleuse pendant seulement quelques mois, ne constituait pas une lésion grave au sens de l'art. 122 al. 2 ou 3 CP, puisqu'elle n'avait pas un caractère permanent, la travailleuse ne présentant en outre pas de stress post-traumatique ou de modification de sa personnalité³⁸. On peut en déduire qu'une atteinte psychique résultant d'un *mobbing* pourrait remplir les éléments constitutifs de lésions corporelles graves dans la mesure où le harcèlement psychologique aurait causé une incapacité de travail non limitée dans le temps et/ou une atteinte à la santé durable d'une importance comparable aux lésions visées à l'art. 122 al. 2 CP. Il nous semblerait ainsi soutenable d'affirmer que la norme pénale doit s'appliquer par exemple en cas de décision de l'assurance-invalidité constatant une incapacité de gain totale ou partielle en lien de causalité avec un harcèlement ou en cas de diagnostic établissant un état de stress post-traumatique important installé durablement.

À côté de l'auteur des lésions corporelles graves, l'employeur, mis au courant du cas de harcèlement psychologique ou d'un comportement problématique et qui n'aurait pas pris les mesures commandées par les circonstances, pourrait se retrouver poursuivi pour infraction à l'art. 125 CP. Dans un tel cas, le contenu du devoir de diligence de l'employeur se détermine sur la base d'une disposition légale dont le but est de prémunir contre le risque en question³⁹ ou de règles analogues qui émanent d'associations privées ou semi-publiques lorsqu'elles sont généralement reconnues⁴⁰. En matière de harcèlement psychologique sur le lieu de travail, il conviendra de se référer aux dispositions de droit public réglementant la matière, soit en particulier aux dispositions topiques de la LTr et de ses ordonnances d'application, en particulier l'art. 2 OLT 3.⁴¹ Relevons toutefois que, sauf cas d'application de l'art. 102 CP, seules des personnes physiques peuvent être poursuivies pénalement; si l'employeur est une personne morale, la personne physique responsable de l'infraction sera en principe celle qui devra être poursuivie.

Dans le domaine de la construction, l'employeur pourra également, suivant les cas, répondre de sa négligence sur la base de l'art. 125 CP ainsi que de l'art. 229 CP, réprimant la violation des règles de l'art de construire, dans la mesure où il n'aurait pas pris les mesures commandées par les circonstances pour prévenir la survenance d'un accident. La mesure de la diligence exigée de l'employeur se déterminera notamment sur la base des dispositions pertinentes de l'OLT 3, de l'Ordonnance sur la sécurité et la protection de la santé des travailleurs dans les travaux de construction⁴² ainsi que de l'art. 3 OPA et des prescrip-

tions de sécurité édictées par la SUVA⁴³. À noter qu'il est fréquent en pratique que la direction des travaux d'un chantier soit assumée par un mandataire tiers contre lequel la victime pourra également faire valoir ses prétentions en cas d'accident. Il est aussi fréquent que plusieurs personnes, compte tenu de leur domaine de compétence respectif et de la succession des intervenants sur un chantier, soient responsables d'une seule et même violation des règles de l'art de construire ayant conduit à un accident⁴⁴.

L'intérêt de la voie pénale (au-delà des chefs de responsabilité extracontractuelle qu'elle permet de faire naître ainsi que de la prescription pénale plus longue) est souvent de permettre d'instruire de manière anticipée un procès civil à introduire contre l'employeur. On notera à ce sujet que l'art. 122 al. 1 CPP dispose que l'action civile devient pendante dès que le lésé fait valoir dans la procédure pénale des conclusions civiles déduites de l'infraction, ce qu'il peut faire déjà dans sa plainte pénale (art. 118 CPP). Dans ce cas, le lésé ne pourra pas introduire, en parallèle à la procédure pénale, une action civile dont l'objet serait identique.

V. Procédures prévues par la Loi sur le travail (LTr)

La protection de la santé des travailleurs est également couverte par la LTr, en particulier par l'art. 6 LTr. D'après cette disposition, l'employeur est tenu de prendre, pour protéger la santé des travailleurs, toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise. Il doit par ailleurs prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité personnelle des travailleurs. Les mesures qui doivent être prises par l'employeur sont en grande partie définies de manière plus concrète dans l'OLT 3 et l'OLT 4.⁴⁵ Les commentaires du SECO, qui ont valeur de directives⁴⁶,

³⁷ Pour plus de détails sur les éléments constitutifs des lésions corporelles graves, voir notamment TF 9.1.2014, 6B_675/2013 et 6B_687/2013, c. 3.2.1.

³⁸ TF 9.1.2014, 6B_675/2013, 6B_687, c. 3.2.2.

³⁹ ATF 116 IV 308; ATF 121 IV 289; ATF 122 IV 20; ATF 129 IV 284; ATF 130 IV 11; ATF 133 IV 162; ATF 134 IV 203; ATF 134 IV 262; ATF 135 IV 64.

⁴⁰ ATF 133 IV 158, c. 5.1.

⁴¹ TF 9.5.2012, 2C_462/2011, c. 4.2.

⁴² RS 832.311.141.

⁴³ TF 3.10.2017, 6B_1420/2016, c. 1.1.1 et 1.1.2; CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, 3^e éd., 2010, art. 229 n. 17 et 18; TF 11.2.2010, 6B_1016/2009, c. 5.2.2.

⁴⁴ TF 3.11.2009, 6B_516/2009, c. 3.3.1; TF 3.8.2004, 6P.58/2003, c. 6.1.

⁴⁵ SECO, *Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2*, 006-1.

⁴⁶ Voir TF 9.5.2012, TF 2C_462/2011; FER/SAJEC, *le droit du travail au quotidien*, Slatkine, éd. 2020, p. 272.

précisent par ailleurs que l'art. 6 LTr impose également à l'employeur de prendre les mesures nécessaires contre les tensions psychosociales (y compris le *mobbing* ou d'autres formes de harcèlement)⁴⁷.

Les offices cantonaux de l'inspection du travail veillent à la bonne application de la loi sur le travail et de ses ordonnances (cf. art. 41 LTr).⁴⁸ Ainsi, lorsque la personne salariée estime que sa santé est en danger ou a été atteinte en raison de violations des obligations visées au paragraphe précédent, elle a la possibilité, si son rapport de travail est soumis à la loi sur le travail, de saisir l'inspection cantonale du travail. Par ce biais, la personne salariée n'aura pas besoin de se confronter à l'employeur directement, ni d'intenter un procès contre ce dernier.⁴⁹ Cela étant, l'inspection cantonale du travail ne rendra pas de décision concernant les éventuelles prétentions civiles de l'employé résultant des atteintes à sa santé. En pratique, en cas de constat de violation de l'employeur, l'inspection du travail donnera généralement un avertissement à l'employeur assorti d'un délai raisonnable afin qu'il prenne les mesures adéquates (cf. art. 51 al. 1 LTr). Si l'employeur ne donne pas suite à cette intervention, des procédures administratives (cf. art. 51 ss LTr) et/ou pénales (cf. art. 59 LTr) pourront être engagées contre lui.⁵⁰

VI. Voies de droit pour des prétentions à l'égard d'une assurance perte de gain

Quand l'incapacité de travail est couverte par une assurance perte de gain, une procédure contre l'assurance peut devoir être envisagée dans certaines situations, par exemple en cas de refus, cessation ou réduction des indemnités journalières. Les procédures à suivre seront différentes suivant l'assurance concernée:

1. Assurance perte de gain maladie

En application de l'art. 324a al. 4 CO, de nombreux contrats de travail et conventions collectives prévoient la conclusion par l'employeur, en faveur du travailleur, d'une assurance perte de gain maladie. De telles assurances prennent la forme de polices d'assurance qui peuvent être soumises soit à la LCA, soit à la LAMal.⁵¹ En pratique, les assurances perte de gain LAMal se rencontrent moins fréquemment.⁵² Par conséquent, nous limiterons ici notre exposé aux assurances perte de gain soumises à la LCA.

Conformément à l'art. 87 LCA, l'assurance collective perte de gain LCA confère au travailleur assuré un droit d'action direct contre l'assureur.⁵³ Dans ce cadre, les litiges entre des assureurs perte de gain maladie et des employés assurés sont des litiges civils soumis aux règles du CPC⁵⁴ et ce, même lorsque le tribunal compétent est un tribunal des assurances (cf. art. 57 LPGa), soit un tribunal administratif. Les cantons ont la faculté d'instituer pour ces litiges une instance cantonale unique (art. 7 CPC), auxquels cas ils sont exemptés de l'obligation de conciliation préalable (art. 198 let. f CPC).⁵⁵

En vertu de l'art. 243 al. 2 let. f CPC, ces litiges doivent être traités selon les règles de la procédure simplifiée.

Conformément à l'art. 247 al. 2 CPC, le tribunal établit les faits d'office, étant précisé que la maxime inquisitoire sociale doit trouver application. La procédure est en principe gratuite, les dépens n'étant toutefois pas exclus pour la procédure au fond par le Code de procédure civile (art. 113 al. 2 let. f et art. 114 let. e CPC). L'intégralité des frais engendrés par la conduite et l'instruction du procès devrait ainsi rester à la charge de l'État, y compris lorsque l'instruction de la cause requiert la mise en œuvre d'une expertise médicale.⁵⁶

2. Assurance-accidents

Dans le cadre de l'assurance obligatoire LAA, des prestations d'assurance peuvent être allouées au travailleur en cas d'accident professionnel, non professionnel, de maladie professionnelle et de certaines lésions corporelles (art. 6 à 9 LAA et 9 à 14 OLAA), dans les limites du gain maximum assuré (à savoir CHF 148 200.- par an, valeur 2021; cf. art. 22 OLAA). L'employeur peut compléter la couverture de l'assurance de base par un contrat d'assurance complémentaire.

La LAA déclare applicables à l'assurance-accidents les dispositions de la LPGa, à moins qu'elle n'y déroge expressément (art. 1 LAA) et à l'exception de quelques domaines. Ainsi, en cas de refus, cessation ou réduction d'indemnités journalières, l'assureur-accidents LAA devra en principe rendre une décision au sens de l'art. 49 LPGa, qui pourra faire l'objet d'une opposition adressée à l'assureur dans un délai de 30 jours (art. 52 LPGa). Le cas échéant, l'assureur examine le dossier et adopte une décision sur opposition, indiquant les voies de recours (art. 52 LPGa). En cas de décision défavorable, le travailleur concerné pourra former recours dans un délai de 30 jours, dans le cadre d'une procédure qui doit être simple, rapide et gratuite (art. 56, 60 et 62 LPGa). Il s'agit ici de litiges soumis à la procédure administrative, et non civile.

⁴⁷ SECO, Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2, 006-2.

⁴⁸ SECO, Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2, 041-1.

⁴⁹ Message CF FF 2013 8547, p. 8567.

⁵⁰ DUNAND, in Dunand/Mahon, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 71 ad art. 328 CO, p. 296.

⁵¹ DUPONT, L'impact des conflits au travail sur le droit aux prestations des assurances in *Conflits au travail, Prévention gestion sanctions*, Dunand/Mahon, Genève/Zurich/Bâle, 2015, p. 192.

⁵² LONGCHAMP in Commentaire du contrat de travail, Dunand/Mahon, 2013, N. 42 ad art. 324a CO.

⁵³ GLOOR in DTA 2014, p. 153 ss, Licenciement immédiat et incapacité de travail due à la maladie.

⁵⁴ TF 29.1.2018, 4A_42/2017, c. 1.1.

⁵⁵ DUPONT in *Le procès civil social*, Bohnet/Dupont, 2018, p. 105-106; ATF 138 III 558, c. 4 = JdT 2016 II 282; TF 29.4.2015, 4A_680/2014, c. 2.2.

⁵⁶ DUPONT in *Le procès civil social*, Bohnet/Dupont, 2018, p. 117 et 124.

VII. Procédures prévues par la loi sur l'assurance-invalidité (LAI)

Lorsqu'une incapacité de travail est ou risque d'être de longue durée, des démarches auprès de l'assurance invalidité fédérale (AI) peuvent être opportunes, en particulier un avis de détection précoce (art. 3a à 3c LAI) ou le dépôt d'une demande de prestations AI (art. 29 LPGGA).

1. Détection précoce

La détection précoce a pour but de prévenir l'invalidité de personnes en incapacité de travail, en visant à aider les personnes en incapacité de travail à trouver des solutions leur permettant de conserver leur emploi ou à en trouver un autre, dans leur entreprise d'origine ou dans une entreprise disposée à les accueillir.⁵⁷

D'après l'art. 3b al. 2 LAI, l'employeur et l'assureur perte de gain sont notamment habilités à communiquer à l'AI le cas d'une personne salariée qui est atteinte dans sa santé et dont l'incapacité de travail menace d'être chronique. Un tel avis peut être fait si le salarié a présenté une incapacité de travail ininterrompue de 30 jours au mois ou s'est absenté, pour des raisons de santé, de manière répétée pour des périodes de courte durée pendant une année (art. 1^{er} al. 1 RAI). L'employeur qui procède à une telle communication doit en informer au préalable le salarié (art. 3b al. 3 LAI).

En vertu de son devoir de limiter le dommage, la personne salariée devra accepter de collaborer. À défaut, elle s'expose à une réduction ou à une suppression des indemnités (art. 6 LPGGA et 61 LCA). Un défaut de collaboration de l'employé pourrait également jouer un rôle dans le cadre de l'examen d'une éventuelle responsabilité de l'employeur.⁵⁸

2. Demande AI

Les art. 28 et 29 LAI prévoient que le droit à la rente naît à partir du 12^e mois d'incapacité de travail, mais au plus tôt

six mois après le dépôt de la demande. En conséquence, une demande de prestations AI faite après plus de six mois d'incapacité pourrait avoir pour effet de retarder un éventuel droit à une rente. En outre, il arrive désormais que des assurances perte de gain demandent à la personne salariée de déposer une demande AI après quelques mois d'incapacité seulement, tout en sollicitant également son consentement pour obtenir des informations de l'AI pour, le cas échéant, pouvoir compenser les indemnités journalières déjà versées.

VIII. Conclusion

Les atteintes à la santé dans le contexte du droit du travail se situent à la croisée de nombreux domaines du droit et nécessitent une approche tenant compte des particularités procédurales propres à chaque voie de droit.

Du côté de la personne salariée, une approche pluridisciplinaire peut notamment permettre de choisir les angles d'attaques dans la perspective d'un contentieux, ainsi que sa ou ses parties adverses en fonction de leur solvabilité. Du côté de l'employeur, une telle approche peut, par exemple, lui permettre de prendre des mesures préventives pour limiter l'étendue de sa responsabilité ou d'envisager des actions récursoires en cas de responsabilité plurale.

⁵⁷ WITZIG, Droit du travail, Schulthess, 2018, p. 76.

⁵⁸ TF 1. 4. 2019, 4A_188/2018, c. 2.2 à 2.4.4.