



Collection lausannoise

Bettina Hummer / Patricia Dietschy / Aurélien Witzig
(éditeurs)

Du prétoire à l'auditoire : perspectives transversales en droit du travail

Mélanges en l'honneur du
Professeur Rémy Wyler



Stämpfli
Éditions



Collection lausannoise

Bettina Hummer / Patricia Dietschy / Aurélien Witzig
(éditeurs)

Du prétoire à l'auditoire : perspectives transversales en droit du travail

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'A' followed by a long horizontal line.



Collection lausannoise

Du prétoire à l'auditoire : perspectives transversales en droit du travail

Mélanges en l'honneur
du Professeur Rémy Wyler

Édité par
Bettina Hummer
Patricia Dietschy
Aurélien Witzig

Comité éditorial

Hansjörg Peter ; Damiano Canapa, Robert J. Danon,
Anne-Christine Favre, Andrew M. Garbarski, Eva Lein

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi. Nous nous réservons expressément le droit d'utiliser nos œuvres à des fins de text- et data-mining.

© Stämpfli Éditions SA Berne · 2025

ISBN 978-3-7272-3041-7

Pour toute question concernant la sécurité du produit

Fabricant : Stämpfli Éditions SA, Wölflistrasse 1, CH-3001 Berne,
editions@staempfli.ch, www.staempfli.ch

Importateur UE : Brockhaus Commission GmbH, Kreidlerstrasse 9,
DE-70806 Kornwestheim,
gpsr@brocom.de, www.brocom.de



Le scribe symbolise notre volonté
de produire, en collaboration avec
nos auteurs, du contenu d'exception.

© Stämpfli Éditions SA Berne

Incapacité de travailler, contrat de travail et assurance

Un triptyque complexe

GIUSEPPE DONATIELLO

Docteur en droit, Avocat spécialiste FSA en droit du travail

Table des matières

I.	Introduction	215
II.	Rappel du système	216
III.	Régime conventionnel et exigence de forme.....	217
IV.	Incapacité de travail liée au poste de travail et assurance	220
	A. Le risque de la « métonymie » du cas lié au poste de travail	221
	B. L'incapacité de travailler limitée au poste de travail	223
V.	Libération de l'obligation de travailler et assurance	227
VI.	Conclusion	228
VII.	Bibliographie	228

I. Introduction

Dans des rapports de travail, l'incapacité de travailler de la personne salariée peut avoir de nombreuses conséquences juridiques, par exemple en matière de droit au salaire bien que la prestation de travail ne soit pas fournie (art. 324a et 324b CO¹), de soins et secours médicaux en cas de communauté domestique (art. 328a CO), de réduction du droit aux vacances (art. 329b CO), de prolongation du temps d'essai (art. 335b al. 3 CO), ou encore de protection face à la résiliation en temps inopportun (art. 336c CO).

La présente contribution n'entend pas analyser exhaustivement l'une ou l'autre de ces problématiques. Elle vise à proposer quelques réflexions en matière de droit au salaire lorsqu'une clause contractuelle intègre à un rapport de travail une couverture d'assurance pour l'incapacité de travailler de la personne salariée. Elle s'intéresse à l'incapacité de travail qui résulte d'une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique (*cf.* art. 6 LPG²), principalement d'une maladie (*cf.* art. 3 al. 1 LPG²).

¹ Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (CO ; RS 220).

² Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1).

Ces quelques considérations s'intéressent à des situations où l'incapacité de travailler est attestée médicalement et n'est pas imputable à la faute de la personne salariée.

II. Rappel du système

En droit suisse, il ne suffit pas que la personne salariée soit partie à un contrat de travail pour qu'elle ait droit à un salaire. Encore faut-il qu'elle fournisse sa prestation de travail (ou, à tout le moins, offre ses services), conformément à l'adage « pas de travail, pas de salaire » (*Ohne Arbeit kein Lohn*)³. Ce principe connaît des exceptions. D'une part, le cas de la demeure de l'employeur est réservé (art. 324 CO)⁴. D'autre part, lorsqu'un empêchement de travailler pour une cause inhérente à la personne du travailleur se produit sans faute de la personne salariée, la partie employeuse doit continuer à payer le salaire pendant une durée limitée, même si la personne employée ne fournit pas (ou que partiellement) la prestation de travail (art. 324a et 324b CO)⁵.

Qu'il soit total ou partiel, un empêchement de travailler se définit en fonction du travail accompli par la personne salariée. La même maladie (ou le même accident) n'entraînera pas des empêchements de travailler identiques selon l'activité exercée. Ainsi, un doigt cassé affecte différemment un guide touristique et un pianiste⁶.

Les art. 324a et 324b CO aménagent trois régimes :

- le régime légal de base (art. 324a al. 1 à 3 CO) qui est réglementé par la loi et s'applique subsidiairement (si aucun des deux autres régimes n'est applicable) ;
- le régime légal dérogatoire (art. 324b CO) qui découle aussi de l'application légale et vise les cas où une assurance obligatoire verse des prestations ;
- le régime conventionnel (art. 324a al. 2 et 4 CO) qui résulte de l'accord entre les parties, d'une convention collective de travail ou d'un contrat-type de travail.

³ WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 71 ; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLF, art. 324 CO N 1 ; BK *Arbeitsvertrag*-REHBINDER/STÖCKLI, art. 324 CO N 1.

⁴ Commentaire du contrat de travail-LONGCHAMP, art. 324 CO N 1.

⁵ Commentaire du contrat de travail-LONGCHAMP, art. 324a CO N 1.

⁶ DUNAND/LEMPEN, N 326 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 279.

Les deux régimes légaux instaurent un seuil minimal de protection auquel il n'est pas possible de déroger en défaveur de la personne salariée⁷. Le texte de l'art. 324a al. 2 et 4 CO le démontre, en indiquant à quelles conditions matérielles des dérogations sont possibles. L'art. 362 CO confirme la nature relativement impérative des régimes légaux.

Le régime conventionnel est complémentaire (art. 324a al. 2 CO) lorsqu'il améliore la protection de la personne salariée prévue par le régime légal de base⁸. Tel est notamment le cas si la durée du droit au salaire est prolongée (*cf.* « sous réserve de délais plus longs » à l'art. 324a al. 2 CO) ou si les conditions du droit sont améliorées, par exemple en renonçant ou en allégeant les exigences de la durée minimale du rapport de travail ou de l'absence de faute.

Le régime conventionnel est dérogatoire (art. 324a al. 4 CO) lorsqu'il remplace le régime légal de base par d'autres règles. Des exemples notables sont ceux de l'introduction d'un délai de carence ou d'un paiement à hauteur de 80 % ou 90 % du salaire contractuel. Ces éléments se retrouvent typiquement lorsqu'une couverture collective d'assurance pour l'incapacité de travailler de la personne salariée est conclue. Conformément à l'art. 362 CO qui interdit de déroger à une disposition légale de nature relativement impérative au détriment de la personne employée, le régime conventionnel dérogatoire doit « accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes » (art. 324a al. 4 CO).

III. Régime conventionnel et exigence de forme

La loi impose parfois des exigences de forme pour déroger à certaines dispositions légales. Ces exigences ont généralement pour but de protéger la personne salariée. C'est le cas de l'art. 324a al. 4 CO s'agissant de la conclusion d'un accord de régime conventionnel dérogatoire⁹.

Lorsqu'une couverture d'assurance est mise en place, la forme écrite doit recouvrir les points essentiels du régime conventionnel dérogatoire, c'est-à-dire le ou les risques couverts, le pourcentage du salaire assuré, la durée des prestations, les modalités de financement des primes d'assurance et, le cas échéant, la durée du délai de carence. Il est toutefois possible de renvoyer aux conditions générales de l'assurance ou à un autre document mis à disposition de la personne salariée. Si ces exigences de forme ne sont pas respectées,

⁷ DUNAND/LEMPEN, N 329 ; ATF 131 III 623, c. 2.2.

⁸ WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 312.

⁹ *Ibidem*, p. 71.

aucun accord dérogatoire tel que l'entend l'art. 324a al. 4 CO n'est conclu valablement¹⁰.

Dans une affaire jugée par le Tribunal fédéral en 2005, la partie employeuse n'avait pas souscrit d'assurance d'indemnités journalières pour cause de maladie en faveur de l'employée, comme elle s'était obligée à le faire par clause contractuelle. La cour cantonale avait retenu que la partie employeuse était responsable du dommage subi par l'employée du fait de cette violation contractuelle¹¹. Le Tribunal fédéral a lui aussi affirmé que cette inexécution contractuelle ne devait pas porter préjudice à l'employée. Il n'a toutefois pas confirmé le raisonnement de l'autorité cantonale. Il a considéré que la clause contractuelle qui ne valait pas accord dérogatoire recelait un accord de régime conventionnel complémentaire supprimant l'exigence de la durée minimale du rapport de travail. Il a, dès lors, condamné la partie employeuse à payer trois semaines de salaire en application de l'art. 324a al. 2 CO¹².

Il en est résulté une solution moins favorable à l'employée que celle de l'autorité cantonale qui avait reconnu à la partie salariée la réparation du dommage pendant la durée intégrale de l'incapacité de travail (sans égard à la durée limitée de l'art. 324a al. 1 et 2 CO). Une exigence de forme destinée à protéger la personne employée a favorisé la partie employeuse, qui a échappé à une responsabilité contractuelle pleine et entière malgré l'inexécution.

Contrairement aux accords de régime conventionnel dérogatoire, les accords de régime conventionnel complémentaire ne sont soumis à aucune exigence de forme. Un accord oral ou des actes concluants suffisent¹³.

Il est intéressant de s'interroger sur la raison d'une exigence de forme différente entre les régimes conventionnels complémentaire et dérogatoire. Dans les deux cas, la différence ne s'explique pas par l'atteinte portée aux droits de la personne salariée, parce que, comme déjà relevé, il n'est pas possible de déroger aux régimes légaux en défaveur de la personne employée. Cela étant, les régimes conventionnels complémentaire et dérogatoire se distinguent dans leur relation au régime légal de base. Si le premier complète celui-ci, le deuxième en écarte l'application. Il est logique de considérer que la discordance dans la forme exigée s'explique par l'effet dérogatoire lui-même.

L'effet dérogatoire ne se produit que si deux conditions sont satisfaites simultanément, l'une de contenu (« des prestations au moins équivalentes » selon le

¹⁰ ATF 131 III 623, c. 2.5.1 ; TF, 4A_98/2014 du 10 octobre 2014, c. 4.2.1 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 314.

¹¹ ATF 131 III 623, let. B.

¹² *Ibidem*, c. 2.5.2.

¹³ *Ibidem*.

texte de l'art. 324a al. 4 CO) l'autre de forme (respect de la forme écrite). Si, malgré le respect de la forme écrite, l'équivalence des prestations n'est pas respectée en raison, par exemple, d'un long délai de carence, l'effet dérogatoire ne se réalise pas. Cela ne signifie pas que le contenu contractuel qui a été convenu entre les parties est nul, mais uniquement que le régime légal de base continue à s'appliquer, en concours avec l'avantage promis dans la clause contractuelle (absence d'effet dérogatoire au sens strict). Ainsi, le régime légal de base se déploiera (sous déduction des indemnités journalières d'assurance pour la même période), mais la personne salariée pourra, si l'incapacité de travailler se poursuit au-delà de la durée fixée par l'échelle applicable, bénéficier de l'avantage qui a été stipulé contractuellement¹⁴. La couverture d'assurance joue alors le rôle d'un régime conventionnel complémentaire, dont l'utilité apparaît notamment pour les incapacités de travail de plus longue durée.

En bonne logique, il devrait en aller de même si c'est l'autre condition, celle de la forme écrite, qui fait défaut, voire même si les deux conditions de l'art. 324a al. 4 CO ne sont pas réunies. Seul l'effet dérogatoire doit être nié. Mais la promesse à la personne salariée d'une assurance d'indemnités journalières pour cause de maladie n'est pas nulle. En particulier, cet avantage trouve son intérêt lors d'incapacités de travail d'une durée dépassant la durée « limitée » (art. 324a al. 1 CO) du régime légal de base, comme dans l'affaire jugée par le Tribunal fédéral en 2005.

Étant donné que nul n'est censé ignorer la loi, le fait que l'effet dérogatoire ne se produise pas parce que l'exigence de forme écrite n'est pas respectée, ne devrait pas invalider la volonté des parties de conclure un régime conventionnel, même dans l'hypothèse où leur volonté était, par hypothèse (ce qui doit encore être le cas échéant établi en fait), de conclure un régime conventionnel dérogatoire¹⁵. En effet, leur volonté était (déjà) de conclure un régime conventionnel. Celui-ci est valable tant qu'il ne viole pas la nature relativement impérative du régime légal de base. Une exigence de forme destinée à protéger la personne salariée ne doit pas priver cette dernière d'une amélioration (matériellement valable) de ses droits, par exemple d'une assurance d'indemnités journalières pour cause de maladie, ou de la prétention en responsabilité pour violation contractuelle si l'employeur ne contracte pas celle-ci (art. 97 al. 1 CO) ; l'idée que la nullité n'est alors pas une conséquence juridique appropriée est exposée dans un arrêt de 2010, en langue allemande¹⁶.

¹⁴ WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 315.

¹⁵ *Contra* TF, 4A_98/2014 du 10 octobre 2014, c. 4.3 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 315.

¹⁶ TF, 4A_517/2010 du 11 novembre 2010, c. 4.2 et 4.3 ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 324a CO N 22 ; AUBERT, p. 123.

En résumé, selon l'analyse ici proposée, la clause d'un contrat individuel de travail qui stipule l'avantage d'une assurance d'indemnités journalières pour cause de maladie est valable en vertu du principe de la fidélité contractuelle (*pacta sunt servanda*)¹⁷. Si la partie employeuse ne contracte pas ou ne maintient pas la couverture d'assurance alors qu'elle en a l'obligation, elle engage sa responsabilité contractuelle (art. 97 al. 1 CO) : elle doit réparer le dommage subi par la personne salariée et ce dommage correspond aux prestations d'assurance perdues¹⁸. Si elle contracte la couverture d'assurance comme convenu et que la clause du contrat individuel de travail satisfait aux exigences posées par l'art. 324a al. 4 CO, le régime légal de base ne s'applique pas au rapport de travail (effet dérogatoire) : le droit au salaire résultant de l'incapacité de travailler prise en charge par l'assureur ne sera déterminé qu'en application de la couverture d'assurance contractée¹⁹. En revanche, si l'une, l'autre ou les deux conditions de l'art. 324a al. 4 CO ne sont pas remplies, le régime légal de base continue à s'appliquer, en concours avec la couverture d'assurance contractée qui vaut régime conventionnel complémentaire. La personne salariée ne pourra pas cumuler les droits du régime légal de base et de la couverture d'assurance pour un même jour d'incapacité de travail²⁰. Ses droits seront d'abord déterminés selon le régime légal de base (avec imputation des prestations d'assurance pour la même période), puis selon la couverture d'assurance²¹.

IV. Incapacité de travail liée au poste de travail et assurance

Il arrive que l'incapacité de travail surgisse dans un contexte de conflit interpersonnel ou consécutivement à une situation de harcèlement au travail ou de mal-être à la place de travail. Elle se caractérise par le fait que son origine est liée au poste de travail de la personne salariée. En pratique, l'attention de l'assurance peut être attirée sur de telles situations de différentes façons, par exemple de par l'échange de la personne salariée avec le gestionnaire d'assurance ou par les réponses du médecin-traitant aux questions du médecin-conseil de l'assurance.

¹⁷ CR CO I-MORIN, art. 1 CO N 34.

¹⁸ ATF 124 III 126, 133 ; ATF 141 III 112, 115.

¹⁹ WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 314.

²⁰ *Ibidem*, p. 323 s.

²¹ CR CO I-PERRENOUD, art. 324a CO N 94.

Le contexte factuel peut alors influencer le traitement du cas d'assurance, ce qui appelle quelques considérations.

A. Le risque de la « métonymie » du cas lié au poste de travail

La métonymie est la figure de style qui consiste à remplacer un mot par un autre qui entretient avec le premier un rapport logique, par exemple une partie pour le tout (« il a trouvé un nouveau toit », pour indiquer qu'il a trouvé un logis). Le terme est ici employé improprement, pour introduire le constat que, dans les contextes d'incapacité de travailler liée au poste de travail, l'attention est parfois mise sur ce deuxième aspect au détriment de la reconnaissance de l'incapacité de travailler et de ses effets. Pour départager les rôles respectifs, il peut être utile de se référer au principal système de classification des diagnostics médicaux, c'est-à-dire la « Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes (CIM) ».

Née au XIX^e siècle, la classification a été révisée au fil du temps. La onzième et dernière version de la CIM, CIM-11, a été adoptée par la 72^e Assemblée mondiale de la santé en 2019, sous l'égide de l'Organisation mondiale de la santé (OMS). Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022. En Suisse, la transition vers la CIM-11 n'est pas accomplie. Le codage des diagnostics se fait (encore) avec la version « *German Modification* » (GM) de la CIM-10. La CIM-10-GM se base sur la version de l'OMS et comporte des modifications spécifiques à l'Allemagne. Elle est établie par l'allemand « *Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM)* ». En Suisse, ses versions française et italienne sont assurées par l'Office fédéral de la statistique (OFS). La version 2024 de la CIM-10-GM est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2025. Son application est obligatoire pour le codage des diagnostics en milieu hospitalier. Elle est usuelle en milieu ambulatoire. Dans la CIM-10, les codes du catalogue de classification ont une structure alphanumérique, composée d'une lettre suivie de deux chiffres, puis d'un point et d'une ou deux décimales.

La classification CIM-10-GM distingue notamment les « Troubles psychiques et du comportement » (F00-F99) qui sont des maladies, de facteurs qui influencent l'état de santé mais qui ne sont pas en soi une maladie ou une blessure (Z00-Z99). L'utilisation des codes Z00-Z99 peut servir à enregistrer le facteur comme une information supplémentaire à garder à l'esprit lorsque la personne reçoit des soins pour une maladie ou une blessure, ou, dans une optique statistique, à mettre en évidence le facteur lors d'enquêtes auprès de la population. Parmi les catégories répertoriées, figurent notamment le litige avec le supérieur hiérarchique ou un collègue (Z56.4) et le *burnout* (Z73.0).

Pour les mêmes utilisations, la CIM-11 (dont les codes sont légèrement différents) contient une partie dédiée aux « Facteurs influant sur l'état de santé » où l'on retrouve, par exemple, le *burnout* (QD85).

Ces classifications internationales permettent d'illustrer quelques idées importantes lorsqu'un souci de santé survient dans un contexte de difficultés liées au poste de travail :

- Des difficultés liées à la place de travail relèvent de facteurs à caractère psychosocial qui, à eux seuls, ne constituent pas de maladie ;
- Des difficultés liées au poste de travail n'excluent pas l'éventualité d'une maladie ;
- Une maladie présuppose l'établissement d'un diagnostic, qui peut être indiqué par référence aux codes de la CIM-10-GM qui répertorient des maladies ;
- Par rapport à une maladie diagnostiquée, des difficultés liées à la place de travail peuvent être enregistrées comme une information supplémentaire à garder à l'esprit lorsque la personne reçoit des soins pour sa maladie.

Il en résulte que l'existence de difficultés liées au poste de travail ne représente pas une raison valable pour refuser de prendre en considération une maladie qui a été dûment diagnostiquée. Le plaideur qui soutient que la personne salariée « s'est mise à l'arrêt » se référant à des éléments circonstanciels, se trompe d'approche s'il ne peut pas invalider médicalement le diagnostic et/ou ses conséquences sur la capacité de travailler.

Concernant celles-ci, l'élément contextuel ne doit pas servir à occulter la maladie et ses effets. Même lorsque la maladie survient dans un contexte où la personne salariée rencontre des difficultés liées au poste de travail, l'incapacité de travailler peut être généralisée, dans le sens que la personne salariée est empêchée de reprendre son emploi ou un autre. Une fois que la maladie est survenue, son traitement relève de considérations médicales qui échappent au juriste. L'existence de difficultés liées à la place de travail n'offre pas de fondement suffisant pour affirmer résolument que l'incapacité de travailler est uniquement limitée au poste de travail. À titre de comparaison, s'agissant de la personne qui a développé une maladie dans un contexte familial toxique, personne n'imagine qu'il suffit de l'en extraire pour qu'elle soit automatiquement guérie.

B. L'incapacité de travailler limitée au poste de travail

Comme déjà indiqué, la même maladie n'entraîne pas le même empêchement de travailler, selon l'activité exercée par la personne salariée. Il est inhérent à la notion même d'empêchement de travailler que celui-ci se définit relativement au travail que la personne salariée s'est engagée à fournir. C'est le reflet des principes de la relativité des conventions²² et de la liberté de l'objet contractuel²³. Du point de vue du droit des contrats, seul est déterminant le fait que la prestation de travail promise ne peut pas être effectuée. En principe, il est sans importance qu'une prestation de travail différente puisse être fournie ou que la prestation de travail puisse être fournie auprès d'une autre partie employeuse.

En revanche, en matière d'assurance d'indemnités journalières pour cause de maladie (que l'assurance soit souscrite dans le cadre de l'assurance-maladie sociale ou par un contrat d'assurance privée), la jurisprudence admet que l'obligation de diminuer le dommage peut signifier pour le bénéficiaire des prestations de changer de profession, pourvu qu'un tel changement puisse être raisonnablement exigé de lui, que l'assureur l'ait averti à ce propos et lui ait donné un délai approprié pour s'adapter et pour trouver un nouvel emploi. Pendant ce délai à compter de l'avertissement de l'assureur, l'indemnité journalière reste due. Dans la pratique, un délai de trois à cinq mois est en règle générale considéré comme adéquat²⁴. À défaut d'avertissement au sujet du changement commandé par l'obligation de diminuer le dommage, le versement des indemnités journalières se poursuit²⁵.

Cette même obligation de diminuer le dommage peut valoir à l'ayant droit des indemnités journalières l'injonction de la part de l'assureur de changer d'emploi dans la même profession. Les mêmes conditions s'appliquent. Il faut notamment qu'un tel changement d'emploi puisse être raisonnablement exigé de l'ayant droit, que l'assureur l'ait averti à ce propos et lui ait donné un délai approprié d'adaptation²⁶. Lorsque le retour à l'emploi comporte une reprise progressive, il est particulièrement difficile pour la personne salariée à la recherche d'un emploi de trouver un employeur prêt à accepter de pareilles

²² CR CO I-MORIN, art. 1 CO N 40 ss.

²³ *Ibidem*, N 45.

²⁴ ATF 133 III 527, c. 3.2.1 ; TF, 4A_73/2019 du 29 juillet 2019, c. 3.3.2 et 3.3.3 ; TF, 4A_228/2019 du 2 septembre 2019, c. 2.3.1.

²⁵ TF, 4A_228/2019 du 2 septembre 2019, c. 2.3.2 et 2.3.4.

²⁶ TF, 4A_111/2010 du 12 juillet 2010, c. 3.1 ; TF, 4A_73/2019 du 29 juillet 2019, c. 3.3.3.

modalités, de sorte qu'il n'est pas contraire au pouvoir d'appréciation du juge de considérer qu'un délai d'adaptation de cinq mois se justifie²⁷.

Tant dans le cas de la réinsertion professionnelle par changement de profession que dans celui par changement d'emploi dans la même profession, l'éventuelle possibilité de solliciter l'assurance-chômage n'affecte pas le droit aux prestations de l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie. En effet, c'est la première qui est subsidiaire par rapport à la seconde (y compris une assurance privée) et c'est donc l'assurance-chômage qui diminue ses indemnités de ce que l'assuré reçoit de l'autre assurance (art. 28 al. 2 LACI²⁸)²⁹. La possibilité de s'inscrire au chômage ne justifie pas d'écourter le délai d'adaptation à partir de l'avertissement de l'assureur³⁰.

La coordination entre ces principes bien établis du droit des assurances et le droit du contrat de travail soulève de nombreuses questions, en particulier dans le cas où il est médicalement attesté que la personne salariée ne peut pas retourner travailler à son poste de travail, mais serait capable de travailler à une autre place ou auprès d'un autre employeur³¹. Ce constat médical apparaît surtout là où une assurance d'indemnités journalières pour cause de maladie intervient, parce qu'il a la portée spécifique (précédemment décrite) que le droit des assurances lui réserve. Le droit du travail se l'approprie en parlant parfois d'incapacité de travail « à géométrie variable » pour décrire l'incapacité de travailler qui est limitée au poste de travail.

Au vu des principes, déjà cités, de la fidélité contractuelle, de la relativité des conventions et de la liberté de l'objet contractuel, le droit au salaire selon l'un des régimes des art. 324a ou 324b CO existe même en présence d'une incapacité de travailler limitée à la place de travail³². Les principes exposés en matière de droit des assurances confirment indirectement cette considération, parce qu'ils visent à mobiliser le devoir de l'assuré de diminuer le dommage pour permettre à l'assurance de mettre fin au versement des indemnités journalières au-delà d'une certaine durée d'indemnisation (en général, six mois³³).

²⁷ TF, 4A_111/2010 du 12 juillet 2010, c. 3.2.

²⁸ Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (Loi sur l'assurance-chômage, LACI ; RS 837.0).

²⁹ TF, 4A_111/2010 du 12 juillet 2010, c. 4 ; TF, 4A_73/2019 du 29 juillet 2019, c. 3.3.4 ; TF, 4A_228/2019 du 2 septembre 2019, c. 2.3.3.

³⁰ TF, 4A_73/2019 du 29 juillet 2019, c. 3.3.4.

³¹ Cf. TF, 4A_111/2010 du 12 juillet 2010, let. A.

³² TC VD, HC/2016/544 du 13 avril 2016, c. 3.2.2, JAR 2017 462, p. 466 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 284 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 336c CO N 8 ; CR CO I-PERRENOUD, art. 324a CO N 29.

³³ CR CO I-PERRENOUD, art. 324a CO N 29.

En raison des mêmes principes du droit des contrats, il paraît inadéquat d'affirmer que si la partie employeuse propose à la personne salariée un changement d'affectation à un poste convenable pour lequel sa capacité de travail n'est pas limitée, la personne employée doit l'accepter sous peine de perdre toute prétention salariale³⁴. En effet, le pouvoir d'instruction de la partie employeuse au sens de l'art. 321d CO n'est pas illimité. En particulier, il doit respecter le cadre contractuel du rapport de travail et la personnalité du travailleur ainsi que présenter une balance équilibrée des intérêts respectifs des deux parties³⁵. De même, le devoir de loyauté de la personne salariée selon l'art. 321a al. 1 CO n'est pas illimité. Ses limites sont du même ordre de celles qui restreignent le pouvoir d'instruction de la partie employeuse³⁶. En raison de ces limites, une imputation sur le droit au salaire de la personne employée ne peut se justifier que si cette dernière refuse une activité de remplacement proposée par la partie employeuse, qui aurait été acceptable au vu de ses capacités, de son expérience, de son crédit professionnel et de sa situation personnelle et familiale. Même lorsque le poste de remplacement est acceptable selon ces critères, la situation personnelle de la personne salariée peut justifier d'envisager un délai d'adaptation entre la communication et la mise en place de l'activité de remplacement, à l'instar de ce qui vaut en matière d'assurances. Par ailleurs, les règles sur la demeure s'appliquent lorsque l'incapacité de travailler résulte d'une violation de l'obligation de protéger la personnalité de la personne salariée dont la partie employeuse répond³⁷.

En revanche, il paraît injustifié de vouloir fonder sur les art. 44 al. 1 et 99 al. 3 CO une obligation de la personne salariée de rechercher un nouvel emploi lorsque l'incapacité limitée au poste de travail est durable³⁸. L'art. 99 al. 3 CO (qui renvoie aux règles relatives à la responsabilité pour acte illicite dont l'art. 44 al. 1 CO fait partie) est une disposition du droit de la responsabilité contractuelle, dont ne relève pas le droit au salaire selon l'un des trois régimes des art. 324a et 324b CO. Au demeurant, lorsque le droit au salaire résulte de l'un des deux régimes légaux, notamment du régime légal de base, il est reconnu pour un « temps limité » (art. 324a al. 1 et 2 CO). En pratique, la fin du droit survient généralement avant que le caractère durable de l'incapacité de travailler ne puisse être établi. Lorsque la personne salariée perçoit des indemnités journalières de la part d'une assurance, les principes déjà décrits

³⁴ *Contra* CR CO I-PERRENOUD, art. 324a CO N 29 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 284.

³⁵ CR CO I-WITZIG, art. 321d CO N 11 ss.

³⁶ CR CO I-WITZIG, art. 321a CO N 14.

³⁷ CR CO I-PERRENOUD, art. 324a CO N 29.

³⁸ *Contra* CR CO I-PERRENOUD, art. 324a CO N 29 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, pp. 284 et 294.

couvrent les modalités selon lesquelles une logique de réinsertion professionnelle peut conduire à la fin du devoir de prester de la part de l'assurance.

Malgré deux arrêts (récents)³⁹, il est douteux qu'une incapacité de travail limitée au poste empêche de prétendre à la protection contre le licenciement en temps inopportun selon l'art. 336c al. 1 let. b CO. Dans la première affaire, la cour cantonale a confirmé l'appréciation du premier juge selon laquelle le travailleur n'avait, en fait, pas prouvé l'incapacité de travailler⁴⁰. Le reste du raisonnement juridique s'est déployé en tenant compte de cette absence d'incapacité de travail. Cela étant, le médecin-conseil de l'assurance avait estimé que la maladie, qui rendait le travailleur inapte au travail auprès de son employeur, ne se serait pas déclenchée auprès d'une autre partie employeuse (« *non si sarebbe < attivata > presso un altro datore di lavoro* », avec le temps verbal au conditionnel)⁴¹. Une telle considération hypothétique et rétrospective sur ce qui serait advenu dans une autre réalité n'était, à notre avis, pas susceptible d'avoir des conséquences juridiques. Si au lieu de formuler un raisonnement hypothétique, le médecin-conseil voulait affirmer que, malgré l'incapacité de travailler auprès de l'employeur actuel, le travailleur était apte au travail auprès d'un autre employeur (ce qui n'est pas le sens premier de la phrase mentionnée dans l'arrêt), alors l'assurance d'indemnités journalières pour cause de maladie aurait dû activer la démarche de réinsertion professionnelle précédemment décrite. Dans la deuxième affaire, l'arrêt retient une incapacité de travail de longue durée⁴², un diagnostic de « trouble anxieux et dépressif < déclenché par des situations problématiques sur [le] lieu de travail > » ainsi que des facteurs non médicaux influençant l'état de santé, c'est-à-dire des difficultés sur le lieu de travail⁴³. Le travailleur admettait souffrir d'un état dépressif en raison de sa situation auprès de son employeur⁴⁴. En revanche, il n'est pas dit que son incapacité de travailler n'était pas généralisée, mais limitée à la place de travail. Semblant confondre cause et effets de la maladie, l'arrêt est peu convaincant (*cf. supra*, titre IV., A. *in fine*), alors que l'instance inférieure aurait pu donner une autre orientation à l'analyse en examinant la réalité de l'incapacité de travail, qui posait question selon l'autorité intimée⁴⁵.

La doctrine est partagée sur la question de savoir si la protection contre le licenciement en temps inopportun existe en cas d'incapacité de travail limitée au poste. Nous considérons cohérent avec le texte clair de l'art. 336c al. 1

³⁹ TF, 4A_391/2016 du 8 novembre 2016 ; TF, 1C_595/2023 du 26 mars 2024.

⁴⁰ TF, 4A_391/2016 du 8 novembre 2016, c. 5 *in fine*.

⁴¹ *Ibidem*, c. 5.

⁴² TF, 1C_595/2023 du 26 mars 2024, let. A.

⁴³ *Ibidem*, c. 5.2.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ TAF, A-2821/2022 du 26 septembre 2023, c. 6.3.

let. b CO et les principes précédemment mentionnés du droit des contrats que cette disposition s'applique même en présence d'une incapacité de travailler limitée à la place de travail : dans cette typologie d'incapacité de travail aussi, l'atteinte à la santé n'est pas insignifiante mais susceptible de réduire considérablement la capacité et les chances de la personne salariée de trouver un nouvel emploi⁴⁶.

V. Libération de l'obligation de travailler et assurance

Il n'est pas rare qu'en licenciant la personne salariée, la partie employeuse la libère de l'obligation de travailler. Elle est en demeure du créancier (art. 324 CO), même si la personne salariée n'offre pas ses services (sous réserve du cas de la prolongation du rapport de travail de plus d'une année en raison de la grossesse, selon le Tribunal fédéral)⁴⁷. Si la personne salariée se retrouve ensuite incapable de travailler pendant le délai de congé, il arrive souvent que l'assurance refuse de prêter au motif qu'il n'existe pas de perte de salaire en considération de la libération de l'obligation de travailler.

Rapportée à la relation employeur-employé, une telle position de l'assurance met au premier plan la question du fondement du droit au salaire de la personne salariée. La doctrine est partagée à ce sujet.

Une partie, que nous dirions majoritaire, de la doctrine considère que lorsque la personne salariée subit un empêchement de travailler durant la période de libération, les art. 324a et 324b CO priment ; dès l'instant où la personne salariée n'est pas en mesure de fournir sa prestation, la partie employeuse ne peut plus être en demeure⁴⁸. Cette dernière ne doit le salaire que selon le régime applicable parmi ceux que ces dispositions prévoient.

Une autre partie de la doctrine retient que l'art. 324 CO prévaut. Quand la personne salariée est libérée de l'obligation de travailler, elle ne doit plus fournir de prestation de travail. Dès lors, elle ne peut pas être empêchée de

⁴⁶ Dans le même sens, CJ GE, CAPH/24/2027 du 13 février 2017, c. 2.4.2, JAR 2018 496, pp. 501 ss ; GEISER, pp. 198 ss ; DUNAND, p. 51 *in initio* ; GLOOR, pp. 174 ss ; PÄRLI/PETRIK, N 488. *Contra* : STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 336c CO N 8 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, pp. 284 et 294 s. ; CR CO I-PERRENOUD, art. 324a CO N 29 et art. 336c CO N 36, qui réserve néanmoins l'hypothèse où l'incapacité de travailler limitée au poste de travail affecte la capacité de la personne salariée de rechercher un nouvel emploi (ce qui est, de notre expérience, le cas).

⁴⁷ TF, 4A_587/2020 du 28 mai 2021, c. 5.1.

⁴⁸ WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 271 s.

fournir celle-ci au sens de l'art. 324a CO. Le fondement pour l'application de cette disposition vient à manquer⁴⁹.

Il apparaît que la position d'assurance ici analysée n'est logiquement compatible qu'avec l'idée que l'art. 324 CO prime. Si elle devait être admise par la jurisprudence, elle trancherait la divergence doctrinale dans le sens de la doctrine minoritaire. L'attrait pour la partie employeuse de la libération de l'obligation de travailler risquerait d'en être affecté. Cela étant, le Tribunal fédéral considère que le fait que la personne salariée soit libérée de l'obligation de travailler n'exerce aucune influence sur le droit au salaire en cas d'incapacité de travailler, respectivement aux indemnités journalières pendant celle-ci⁵⁰, ce qui renforce la position de la doctrine majoritaire.

VI. Conclusion

Les considérations développées dans la présente contribution illustrent quelques principes qui jouent des rôles importants en droit du contrat de travail (par exemple, les principes de la fidélité contractuelle, de la relativité des conventions, de la liberté de l'objet contractuel), respectivement en droit des assurances (notamment le devoir de réduire le dommage). Ces particularités justifient des raisonnements juridiques spécifiques à chacune des deux branches du droit, qui ne sauraient se confondre. Les interactions entre celles-ci sont importantes, en particulier lorsqu'une couverture d'assurance pour l'incapacité de travailler de la personne salariée est mise en place.

VII. Bibliographie

AUBERT GABRIEL, Le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler, in : Journée 1991 de droit du travail et de la sécurité sociale (AUBERT *et al.*, éd.), Genève/Zurich 1991, pp. 81 ss.

BRUCHEZ CHRISTIAN/MANGOLD PATRICK/SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, Commentaire du contrat de travail, Selon le code des obligations, Lausanne 2019 (cité : BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. X CO N Y).

DUNAND JEAN-PHILIPPE, La fin du contrat de travail (causes d'extinction et protections contre les congés), in : La fin des rapports de travail (Chanson/

⁴⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 324 CO N 13 ; CR CO I-PERRENOUD, art. 324 CO N 5 et 32 ainsi que art. 324a CO N 23, 29 et 55.

⁵⁰ TF, 4A_417/2023 du 1^{er} octobre 2024, c. 7.2.

- Dunand/Dupont/Lempen/Meli/Métille, éd(s.), Zurich/Bâle/Genève 2021, pp. 1 ss.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/LEMPEN KARINE, Droit du travail, 2^e éd., Bâle 2024.
- Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal (éd(s.)), Commentaire du contrat de travail, 2^e éd., Berne 2022 (cité : Commentaire du contrat de travail-AUTEUR, art. X CO N Y).
- GEISER THOMAS, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Ein Gespenst im Arbeitsvertragsrecht, in : Festschrift für Wolfgang Portmann, (Müller/Rudolph/Schnyder/von Kaenel/Waas, éd(s.)), Zurich/Bâle/Genève 2020, pp. 191 ss.
- GLOOR WERNER, L’incapacité de travail « à géométrie variable », in : Regards croisés sur le droit du travail : *Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert (Wylér/Meier/Marchand, éd(s.)), Genève 2015, pp. 163 ss.
- PÄRLI KURT/PETRIK ANDREAS, Arbeit, Krankheit, Invalidität : Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, 2^e éd., Berne 2024.
- REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, 2^e éd., Berne 2010 (cité : BK Arbeitsvertrag-REHBINDER/STÖCKLI, art. X CO N Y).
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7^e éd., Zurich 2012 (cité : STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. X CO N Y).
- Thévenoz Luc/Werro Franz (éd(s.)), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : CR CO I-AUTEUR, art. CO N Y).
- Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (éd(s.)), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7^e éd., Bâle 2020 (cité : BSK OR I-AUTEUR, art. X CO N Y).
- WYLER RÉMY/HEINZER BORIS/WITZIG AURÉLIEN, Droit du travail, 5^e éd., Berne 2024.

