

Proposition de citation :

Werner Gloor, L'incapacité de travail limitée à la place de travail. La relativisation de la protection contre le congé donné en temps inopportun (art. 336c al. 1 let. b CO) ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_391/2016, Newsletter DroitDuTravail.ch février 2017

L'incapacité de travail limitée à la place de travail. La relativisation de la protection contre le congé donné en temps inopportun (art. 336c al. 1 let. b CO) ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_391/2016

Werner Gloor, avocat à Genève, juge suppléant à la Cour de Justice de Genève, Président à la Chambre des prud'hommes

I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt, rédigé en langue italienne, non destiné à la publication dans le Recueil officiel des ATF, le Tribunal fédéral tranche pour la première fois une controverse qui agite la doctrine depuis 2010 : une incapacité de travail limitée à la place de travail (« arbeitsplatz-bezogene Arbeitsunfähigkeit »/« nabilità limitata al impiego ») est-elle de nature à priver le travailleur de la protection contre le congé donné en temps inopportun (art. 336c al. 1 let. b CO) ? La réponse est affirmative.

II. Résumé de l'arrêt**A. Les faits**

Une entreprise tessinoise, du secteur privé. Le demandeur avait été engagé, en 2003, en qualité de responsable des Ressources humaines. L'employeur le licencie le 30 mars 2012 pour le 31 mai 2012.

L'intéressé tombe malade le 2 avril 2012. L'assureur perte de gain de l'employeur lui fait subir un contre-examen médical le 18 mai 2012. Ce médecin retient une incapacité de travail limitée à l'actuel emploi, et qu'à partir du 1^{er} juillet 2012, cet assuré serait à même de reprendre une activité identique auprès d'un autre employeur – du reste, l'intéressé l'aurait concédé lui-même lors de cet examen. Le médecin traitant de l'employé persiste dans son analyse initiale : l'incapacité de travail de son patient est de 100%, et « générale » – et il le confirme encore dans un certificat médical établi le 30 juillet 2012 ; l'incapacité de travail a été prolongée jusqu'au 31 août 2012, puis, par étapes, jusqu'à « la fin des rapports de travail ». L'employeur s'en tient aux conclusions de l'assureur perte de gain, et, considérant que le délai de congé a recommencé à courir le 1^{er} juillet 2012, verse à l'employé le salaire jusqu'au 31 août 2012, date de la fin des rapports de travail.

Le 19 février 2013, le travailleur assigne l'entreprise devant le *Pretore* de Lugano et réclame, entre autres, le salaire-maladie jusqu'au 31 août 2012, et le salaire-demeure jusqu'à la fin des rapports de travail¹.

Par jugement du 9 août 2013, le *Pretore* a rejeté la demande – au motif principal que l'incapacité de travail, à teneur du médecin de confiance de l'assurance perte de gain, aurait été limitée à la place de travail, et qu'en tout cas, à partir du 1^{er} juillet 2012 il eût été loisible au demandeur d'accepter un nouvel emploi. Il a donc retenu que les rapports de travail avaient pris fin le 31 août 2012 – date jusqu'à laquelle l'employeur avait versé le salaire.

Par arrêt du 16 mai 2016², le *Tribunale di appello* tessinois a confirmé ce jugement.

Sur ce, l'employé a saisi le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile – affirmant, en substance, que – contrairement aux constatations de fait des instances cantonales – son incapacité de travail aurait duré jusqu'à fin août 2012.

Par arrêt du 8 novembre 2016, le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

B. Le droit

Le Tribunal fédéral commence par rappeler que si certes, il applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF), il statue sur la base des faits établis par la dernière instance cantonale (art. 105 al. 1 LTF). Il peut s'écarter des faits retenus par l'autorité précédente dans deux hypothèses : si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou s'ils ont été établis en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF. Il incombe au recourant de démontrer, de façon précise, en quoi la constatation des faits par l'autorité précédente serait manifestement inexacte, survenue en violation du droit, et qu'elle aurait influé, de façon déterminante, sur la solution du litige (cons. 1).

Constatant l'absence de toute critique recevable par rapport aux faits retenus par l'autorité cantonale, le Tribunal fédéral fonde son raisonnement sur le fait que le recourant avait admis, devant le médecin de confiance de l'assureur perte de gain, qu'à partir du 1^{er} juillet 2012 il serait apte à travailler, dans une activité identique, auprès d'un autre employeur. L'incapacité de travail alléguée ayant été, de l'aveu même du recourant, limitée à la place de travail, l'arrêt entrepris n'avait rien d'arbitraire et devait être confirmé³.

¹ Soit donc jusqu'à fin novembre 2012.

² Sic. L'on peut s'étonner de la lenteur de la justice tessinoise dans le cas d'espèce.

³ Testo : cons. 5.2 : « *Così stando le cose, non è affatto arbitrario concludere, come ha fatto la Corte ticinese, che nei mesi di luglio et agosto 2012 l'attore era "pronto à nuovo impiego", non avendo provata la sua inabilità in quel periodo, ad esclusione soltanto del lavoro presso la convenuta. Di fronte a un accertamento reso possibile dal comportamento chiaro del ricorrente davanti al medico dell'assicurazione, non occorreva assumere d'ufficio altre proe né approfondire la valenza del certificato del medico curante* ».

III. Analyse

A. Le problème

- a. Cet arrêt, d'apparence anodine, tranche pour la première fois, et quasiment en catimini, une question centrale du droit du travail – thématisée, depuis la publication d'un article de doctrine paru en 2010⁴ – sous rubrique : « *arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit* » – une incapacité de travail limitée à la place de travail, justifie-t-elle que l'employé ne puisse plus se prévaloir de l'art. 336c al. 1 let. b CO, soit de la protection, légale et impérative, contre le congé donné en temps inopportun ?

Le point de départ de la controverse doctrinale⁵ a été une relecture, faite par le Tribunal fédéral dans un arrêt du 25 mars 2002⁶, du Message du Conseil fédéral de 1984 sur le nouveau droit du licenciement⁷ : la Haute Cour avait considéré – en parlant de l'art. 336c CO – que « *cette disposition a été introduite non pas du fait que l'état du travailleur au moment de la réception de la résiliation l'empêcherait de chercher un autre emploi, mais parce qu'un engagement par un nouvel employeur à la fin du délai de congé ordinaire paraît hautement invraisemblable en raison de l'incertitude quant à la durée et au degré de l'incapacité de travail (Message CF du 8 mai 1988, FF 1984 II 628)* ».

En d'autres termes, la protection mise en place par l'art. 336c al. 1 let. b CO suppose-t-elle non pas tant l'existence d'une incapacité de travail, mais une *incapacité à pouvoir chercher du travail* ?⁸ Or, la question qu'il conviendrait de se poser ne serait-elle pas celle de savoir *si la prestation contractuellement due peut, d'un point de vue objectif, être fournie ou si elle est raisonnablement exigible* ?⁹

Pour les tenants de la thèse apparue en 2010¹⁰, *si l'atteinte à la santé est limitée à la place de travail – et elle l'est forcément en cas d'affection psychique en rapport avec la place de travail – cette atteinte est a priori insignifiante, car elle n'empêche pas le travailleur de rechercher un nouvel emploi.*

Pour les tenants de la thèse classique¹¹, *l'atteinte à la santé, fût-elle d'ordre psychique et limitée à la place de travail, est, a priori, toujours constitutive d'une incapacité de travail « erga omnes ».*

⁴ RUDOLPH/VON KAENEL, « Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit. Eine rechtliche Auseinandersetzung zu einem um sich greifenden Phänomen », in : RSJ/SJZ 2010, p. 361 ss.

⁵ Pour une présentation détaillée de cette controverse, cf. GLOOR, « Incapacité de travail à géométrie variable », in : Wyler/Meier/Marchand (éds), Liber Amicorum Gabriel Aubert, Zurich, 2015, p. 163 ss.

⁶ ATF 128 III 212 cons. 2 c = SJ 2002 I 581. Cet arrêt avait trait par rapport à une incapacité qualifiée « *d'insignifiante* » et ne thématisait pas l'incapacité limitée à la place de travail.

⁷ Message du Conseil fédéral concernant la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations, du 9 mai 1984 in : FF 1984 II p. 574 ss.

⁸ C'est du moins ce qu'un auteur avait déjà soutenu sous l'ancien droit : Gautard, La résiliation du contrat de travail en temps inopportun. Etude des articles 336e et f CO, Thèse, Lausanne, 1981, p. 75.

⁹ Cf. GEISER, « Kündigungsschutz bei Krankheit », AJP/PJA 1996 p. 553 ; EGLI, « Der zeitliche Kündigungsschutz » in : ArbR 1998, p. 125.

¹⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsrecht, 7^e éd., Zurich, 2012, N 8 ad art. 336c CO p. 1083 ; AUBERT G., « Le Temps », 15 novembre 2013 p. 25 ; PORTMANN/RUDOLPH, Basler Kommentar, 6^e éd., 2015, N 6 ad art. 336c CO ; WYLER/HEINZER, Droit du travail, Berne, 2014, p. 685 ; BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Bâle, 3^e éd., 2014, N 3 ad art. 336c CO ; FER/SAJEC, le droit du travail au quotidien, Genève, 2016, p. 562.

¹¹ LUGINBÜHL/BRÜHLMANN, « Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Eine Problematik an der Schnittstelle von Medizin und Recht », in : Jusletter, 19 août 2013, p. 1 – 11 ; HÄBERLI/HUSMANN, Krankentaggeld. Versicherungs- und

D'autres auteurs sont restés indécis ou n'ont pas traité du point litigieux¹².

- b. La jurisprudence sur ce sujet des tribunaux cantonaux a varié. Dans plusieurs causes, l'incapacité de travail due à une atteinte psychique (dépression) de la personne salariée provoquée par un mobbing, un harcèlement sexuel¹³, le stress ou un conflit de travail dans l'entreprise a été jugé de *portée générale*, et partant, *de nature à déclencher la protection de l'art. 336c CO* – tant lorsque le certificat médical avait limité celle-ci à la place de travail¹⁴ que lorsque, bien sûr, celui-ci atteste explicitement d'une incapacité de travail *générale*¹⁵.

Dans d'autres causes, le bénéfice de la protection de l'art. 336c CO a été *refusé* lorsque les certificats médicaux attestaient d'une incapacité due à une atteinte psychique, limitée à la place de travail¹⁶ ou à une activité précise¹⁷.

- c. Jusqu'à son arrêt du 8 novembre 2016, le Tribunal fédéral s'était toujours montré rétif à l'idée qu'une incapacité de travail limitée à la place de travail, fût-elle d'ordre psychique (p. ex. due à une dépression) pût justifier la privation de la protection de l'art. 336c CO. En effet, seule une atteinte à la santé tellement *insignifiante* qu'elle ne puisse en rien empêcher le travailleur d'occuper un nouveau poste de travail rendrait cette disposition inapplicable¹⁸.

Ainsi, le fait que des certificats médicaux limitent l'incapacité de travail induite par un mobbing à la place de travail et déclarent le sujet apte à travailler dans un autre service, n'enlève en rien le droit de l'intéressé(e) de se prévaloir des règles contre le congé en temps inopportun¹⁹.

arbeitsrechtliche Aspekte, Berne, 2015, p. 155 ; PÄRLI/HUG/PETRIK, Arbeit, Krankheit, Invalidität, Berne, 2015, p. 206 ss ; VISCHER/MÜLLER ROLAND M., Der Arbeitsvertrag, Bâle, 2014, p. 337 ; GEISER/MÜLLER ROLAND A., Arbeitsrecht in der Schweiz, 3^e éd., Bern, 2015, N 612a. ; GEISER, « Wenn kranke Angestellte ins Fitness gehen », Tages-Anzeiger, 3 mai 2010, p. 45 ; STENGEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Zurich/St.Gall, 2014, p. 207.

¹² Indécis : STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 2014, N 8 ad art. 336c CO ; STÖCKLI/REHBINDER, Berner Kommentar, 2014, N 3 ad art. 336c CO ; Ne traitent pas le point : AUBRY GIRARDIN, in : Dunand/Mahon (éds), Commentaire du contrat de travail, Berne, 2013, art. 336c CO ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3^e éd., Lausanne, 2004, art. 336c CO ; CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, Zurich, 2009, art. 336c CO ; SUBILIA/DUC, Droit du travail, Lausanne, 2010, art. 336c CO.

¹³ Leading case : TPH GE JAR 1992 166 : harcèlement sexuel, incapacité de travail limitée à la place de travail. Organe l'employeuse (= personne morale) auteur du harcèlement et décidant le licenciement de la victime (art. 328, 336c, 336 CO).

¹⁴ Cf. GS Ger BS JAR 1984 p. 135 = BJM 1985 p. 291 (stress + conflit interpersonnel à la place de travail) ; ArGer ZH 2 septembre 1998 in : ZR 2000 No. 88 p. 218 (chauffeur empêché de conduire, par suite d'une maladie [alcoolisme ?] – mais déclaré, par le médecin traitant, apte à déployer une autre activité dans l'entreprise) ; OG ZH, 22 mars 2012 in : SAE 2013 p. 1 all = Ju-Trav. 2013 p. 25 fr. ; TC LU, 10 mai 2013, X vs. Hochschule Luzern (arrêt résumé et confirmé in : TF 8C_451/2013 du 20 novembre 2013 ; 2^e passage au TF : TF 8C_619/2014 du 13 avril 2015 = JAR 2016 p. 227).

¹⁵ Cf. TC BL 14 août 2012(400 12 132) cons. 2.3. = www.bl.ch/kantongsericht/rechtsprechung (diagnostic du médecin traitant confirmé par le médecin-conseil de l'assureur perte de gain).

¹⁶ VwGer ZH, 21 décembre 2005 PB.2005.00034 = Ju-Trav. 2010 p. 57 fr. ; VersGer BS, 24 novembre 2010 (VD 2010.6) in : BJM 2011 p. 336 ; ArGer ZH 19 septembre 2014 in : JAR 2015 p. 671.

¹⁷ ArGer ZH 24 mai 2012, in : Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich, 2012, Nr. 16 (incapacité d'effectuer un service les week-ends) ; TC LU, 24 novembre 2008 in : JAR 2009 p. 562 = Ju-Trav. 2010 p. 58 fr. (impossibilité d'effectuer du travail de nuit, mais pleine capacité d'effectuer du travail de jour).

¹⁸ Cf. ATF 128 III 212 cons. 2c p. 217 fr ; TF 4A_227/2009 du 28 juillet 2009 cons. 3.2 ; TF 4C_346/2004 du 15 février 2005 cons. 4.2.

¹⁹ Cf. implicitement : TF 2C.2/2000 du 4 avril 2003 cons. 3.1. in : JAR 2004 p. 234 (X, assistante sociale au Service de la protection de la jeunesse VD c/État de Vaud) ; explicitement : TF 4A_2/2014 du 19. 2. 2014 cons. 3.2 (poissonnier de

Par ailleurs, l'employeur ne saurait imposer au travailleur, victime d'une incapacité de travail d'ordre psychique, limitée à la place de travail, une activité matériellement fort éloignée de celle pour laquelle il avait été engagé. Son droit de donner des directives (art. 321d CO) trouve sa limite dans le contrat et dans l'obligation de respecter la personnalité du travailleur (art. 328 al. 1 CO)²⁰.

B. Critiques et éléments de réflexion

Il n'est pas certain que le Tribunal fédéral ait examiné les conséquences du changement de jurisprudence inauguré par son arrêt, *fort laconique*²¹, du 8 novembre 2016. Or, celles-ci sont d'importance et peuvent choquer.

a. Affaiblissement de la sécurité du droit

La toute première critique vise l'atteinte portée à la *sécurité du droit* – notamment s'agissant de l'art. 336c al. 1 let. b CO et de l'art. 324a CO – voire de la notion même de « l'incapacité de travail »²².

Jusqu'à présent, une incapacité de travail, totale ou partielle, fût-elle de courte durée, dûment attestée par un certificat médical, avait à tout le moins le mérite d'apporter de la clarté quant à son étendue dans l'espace : elle était réputée être générale, *erga omnes* et non pas limitée à la place de travail. À tout le moins n'était-il pas question qu'une incapacité de travail, parce que limitée à la place de travail, empêchât la protection contre le congé en temps inopportun (art. 336c al. 1 let. b CO).

L'insécurité touche à présent à la *validité*, respectivement à *l'effet interruptif* sur le cours du délai de congé, d'un licenciement prononcé en présence (ou avant la survenance) d'une incapacité de travail prétendument limitée à la place de travail.

Il faudra maintenant patienter et, très probablement, attendre la décision *d'un juge* – rendue à l'issue d'une longue procédure impliquant l'audition de médecins – du médecin traitant ayant délivré un certificat attestant d'une incapacité de travail *erga omnes*, et du médecin de confiance de l'employeur ou de l'assureur perte de gain, qui lui, aura retenu une incapacité limitée à la place de travail – avant de pouvoir connaître la *date de la fin juridique* des rapports de travail.

Du coup, l'insécurité aura également trait au principe, à l'étendue et à la durée de l'obligation de l'employeur de continuer à payer le salaire-maladie (art. 324a CO) et, s'il

Vich VD c/Coopérative A), incapacité de travail d'ordre psychique [dépression de sévère intensité], limitée au poste de travail au magasin de Vich du distributeur ; refus jugé fondé d'accepter une mutation au magasin de Signy VD ; licenciement sans ménagement après le délai de protection, jugé abusif) ; TF 8C_451/2013 du 20 novembre 2013, X., *enseignant c/Hochschule Luzern*, fonction publique ; incapacité de travail d'ordre psychique, limitée à la place de travail ; nullité du congé (application de l'art. 336c CO à titre de droit cantonal supplétif).

²⁰ TF 4C.155/2005 du 6 juillet 2005 cons. 3.2.2 (vendeuse ; environnement de travail conflictuel ; incapacité de travail limitée à la place de travail [dépression] ; refus, jugé justifié, d'accepter le service des *latrines* ; art. 337c al. 1 CO *cum* art. 336c al. 1 let. b CO).

²¹ Ce changement de jurisprudence n'est pas motivé. L'on cherche en vain, dans l'arrêt, un examen de la doctrine (« Auseinandersetzung ») ou des références à des décisions cantonales (autres que celles du juge *a quo*). L'on ignore les raisons qui ont amené la Haute Cour à ce revirement.

²² Cf. art. 6 LPGa : « Est réputée incapacité de travail toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique. En cas d'incapacité de travail de **longue durée**, l'activité qui peut être exigée de lui peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité ».

dispose d'une assurance collective perte de gain en cas de maladie, elle aura trait au principe, à l'étendue et la durée de l'obligation de ce dernier de verser des indemnités journalières.

Il sera également plus difficile de déterminer la date du début du droit aux prestations de l'assurance-chômage, ainsi que la date de sortie de l'assuré LPP de l'institution de prévoyance professionnelle de l'employeur.

Le litige pourrait même dégénérer en un contentieux pour « rupture anticipée injustifiée » des rapports de travail (art. 337 CO).

Enfin, qu'en serait-il de la capacité de prendre les vacances (« Ferienfähigkeit ») ? Une personne salariée, dont l'incapacité de travail est « limitée à la place de travail », serait-elle capable d'aller prendre et jouir de ses vacances durant dite incapacité « limitée » ? Force serait de répondre : non.

b. Difficultés probatoires accrues

La deuxième critique vise l'arrivée certaine de difficultés probatoires accrues.

Il est constant que le fardeau de la preuve d'un empêchement de travailler du à la maladie ou à un accident incombe au travailleur (art. 8 CC). En règle générale, cette preuve est apportée par la production d'un certificat médical. Il s'agit là d'une preuve *prima facie*²³ ; cette preuve est réfragable : l'employeur peut tenter de l'ébranler par la production d'un rapport ou témoignage de son médecin de confiance (ou du médecin de confiance de son assurance perte de gain) qui ont eu l'occasion d'examiner le travailleur. Ce dernier a alors intérêt à collaborer et, notamment, à délier son propre médecin du secret médical²⁴.

Une incapacité de travail – telle qu'usuellement attestée par un certificat médical – est réputée *généralisée*, c'est-à-dire avoir un effet *erga omnes*, et non limitée à la place de travail. Si l'employeur en conteste la portée générale et soutient son caractère limité à la place de travail, la preuve de cet allégué lui incombe à lui – et non pas au travailleur.

Exiger du travailleur qu'il se fasse délivrer, par son médecin traitant, un certificat dit « détaillé », énonçant, outre le degré de l'incapacité de travail et sa durée prévisible, a. *la nature et la cause de l'affection*, et b. *la question de savoir si l'incapacité de travail est limitée ou non à la place de travail*, sous peine de contrevenir à son devoir de fidélité (art. 321a CO), paraît excessif et inadmissible. Un praticien qui, fût-ce en employant un formulaire de l'association des médecins cantonale, donnerait, *sua sponte*, ce type de précisions, violerait, à notre avis, le secret médical dû au patient²⁵.

²³ TF 8C_619/2014 cons. 3.2.1. = JAR 2016 p. 227 ; REHBINDER, « Die ärztliche Arbeitsunfähigkeits-bescheinigung » in : FS Oskar Vogel, Fribourg, 1991, p. 183, 190 ss ; KÄLIN, « Das Arztzeugnis als Beweismittel bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten » in : ZZZ 2006 p. 335 ss.

²⁴ Cf. TF 8C_619/2014 du 13 avril 2015 cons. 3.21.- 3.2.4 = JAR 2016 p. 227.

²⁵ Cf. OG ZH du 30 août 2016 SB 160142 = NZZ 31.8. 2016 « Psychiater verletzt Berufsgeheimnis : zu intime Angaben in einem ärztlichen Arbeitsfähigkeitszeugnis » (condamnation en dépit d'un déliement du secret médical par le travailleur).

Ne nous voilons pas la face : le gros des incapacités de travail *limitées à la place de travail* est d'ordre psychique, induit par les *conditions de travail* (mobbing, harcèlement sexuel, stress). Ajoutons que les victimes sont plus souvent les femmes²⁶.

La maladie, son étiologie, sa manifestation et son traitement relèvent de l'art médical, et donc – pour le juge – du domaine des *faits*. En revanche, l'appréciation de l'incidence de la maladie sur la capacité de travail n'est plus du ressort exclusif du médecin ; elle relève également du travail du juge, chargé d'appliquer le droit^{27, 28}.

Les incapacités de travail limitées à la place de travail élargissent souvent du chapitre des *troubles somatoformes douloureux*. Parce que d'origine psychique, ces affections ne sont pas objectivables et reposent, quant à leur réel et sérieux, sur l'appréciation du médecin²⁹. Cela étant, celui-ci, s'il est *psychiatre*, tiendra dûment compte de l'environnement *psychosocial* du patient et attestera probablement d'une incapacité de travail *généralisée (erga omnes)* : l'affection psychique est telle qu'une reprise du travail, fût-ce auprès d'un autre employeur, est, à vues humaines, tout simplement exclue et ne saurait être imposée au patient (« unzumutbar »).

Assez rapidement, l'employé empêché de travailler devra se soumettre – en vertu de son devoir de fidélité (art. 321a CO) – à un contre-examen auprès du médecin de confiance de l'employeur ou, dans le cadre de la « détection précoce » (art. 39a – 39b LCA, art. 3a 4 LAI) à celui de l'assureur perte de gain. Ce praticien – payé par des mandataires qui attendent une rapide liquidation du sinistre – aura tendance à suivre la thèse selon laquelle, sauf preuve du contraire, de telles affections seraient surmontables (« *Ueberrwindungspraxis* »)³⁰.

L'idée qu'une incapacité de travail d'ordre psychique, induite par les conditions de travail, puisse être « limitée à la place de travail », fera le lit de batailles d'experts devant le juge, qui, dépassé par tant de science, finira par trancher en fonction de son *intime conviction*.

²⁶ Il serait intéressant d'examiner les conséquences de la relativisation de la protection de l'art. 336c al. 1 let. b CO sur les mécanismes de protection prévus par la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg, RS 151.1) : n'est-il pas évident que, par définition, une discrimination sexiste (entraînant p. ex. une incapacité de travail) est « limitée à la place de travail » ? Une femme harcelée sexuellement, la voilà atteinte dans sa santé, mais, puisque victime d'un « problème lié à la place de travail », privée de la protection de l'art. 336c al. 1 let. b CO et judiciairement invitée à aller chercher du travail ailleurs ? Jusqu'où nous mène le retour conservateur ?

²⁷ ATF 141 V 281 cons. 5.2.1. ; 140 V 193. SCHNEIDER, « L'invalidité, les douleurs dites "non objectivables" et le Tribunal fédéral : la rupture » in : *Ordre des avocats de Genève* (éd.), *Regards de marathoniens sur le droit suisse*, Genève, 2015, p. 409 ; DUPONT, « Le trouble somatoforme : un peu plus douloureux ? La présomption du caractère surmontable du trouble somatoforme a été abandonnée, mais les exigences pour poser ce diagnostic ont été renforcées » in : *Plaidoyer* 1/2016, p. 20 ss.

²⁸ Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral – à l'instar des instances cantonales – semble avoir traité la question de l'incapacité de travail (et de son caractère *erga omnes* ou limitée à la place de travail) sur le terrain des seuls « faits ». En tant qu'instance fédérale, il eût pu et dû examiner la question de l'incapacité de travail sous l'angle du droit. Or, s'est-il borné à référencer « l'aveu » du recourant, lequel aurait déclaré au médecin de l'assurance se sentir capable de travailler dans une autre entreprise – sans se poser la question des circonstances dans lesquelles ledit praticien avait recueilli cet « aveu ». À notre avis, l'intéressé n'avait pas l'intention, en faisant cette déclaration, de se priver de la protection de l'art. 336c CO, mais entendait mettre l'accent sur l'origine interne à l'entreprise de son problème de santé.

²⁹ À noter que pas plus qu'une affection physique, une affection psychique n'entraîne-elle forcément une incapacité de travail (cf. ATF 142 V 106 cons. 4.3).

³⁰ Le Tribunal fédéral a abandonné la *présomption* du caractère surmontable de troubles somatoformes, privilégiant dorénavant un examen détaillé, en fonction de critères précis, du cas concret des diagnostics posés (cf. ATF 141 V 281).

c. Quid des cas analogues ?

La troisième critique vise l'incohérence de la solution adoptée par rapport à des situations analogues.

Il est incontesté que l'art. 336c al. 1 let. b CO joue aussi en cas d'incapacité de travail *partielle*, fût-elle de 25% ou moins ; de même, cette protection légale intervient également lorsque l'incapacité de travail n'est que de *très courte durée* – p. ex. d'un jour³¹ ; elle profite à celui qui, ignorant sa maladie, continue à travailler³² ou qui vient travailler malgré qu'il soit au bénéfice d'un arrêt de travail attesté médicalement³³. Et elle protège même celui qui, pour des raisons médicales, ne peut être mis à contribution durant les week-ends³⁴. Enfin, la loi sur le travail instaure des cas d'empêchements limités à la place de travail ou à une certaine activité, fût celle prévue par contrat, sans que ces restrictions n'entraînent pour les bénéficiaires la perte de la protection de l'art. 336c CO³⁵.

d. Égalité de traitement par rapport aux cas de présentéisme ?

La quatrième critique pointe un problème d'égalité de traitement.

Est-il défendable, sous l'angle de l'égalité de traitement, qu'une personne victime d'un *mobbing* à la place de travail, titulaire d'un certificat d'arrêt de travail (limité à la place de travail), mais qui fait du *présentéisme*, puisse, *elle*, bénéficier de la protection de l'art. 336c CO, alors que sa collègue qui craque et reste à son domicile, elle aussi au bénéfice d'un même certificat limité à la place de travail, puisse, elle, être licenciée ?

e. Le caractère « insignifiant » et « surmontable » d'une atteinte psychique

La cinquième critique vise le bien-fondé d'une thèse sous-jacente.

Sous-jacente à la nouvelle jurisprudence, ici critiquée, est la thèse de l'insignifiance présumée d'une incapacité de travail, limitée à la place de travail, *d'ordre psychique* ; celle-ci, en effet, n'empêcherait pas la recherche d'un nouvel emploi et l'acceptation d'un nouveau poste, de sorte, qu'en effet, l'intéressé(e) ne pourrait vouloir prétendre à la protection de l'art. 336c CO.

Or, il paraît hasardeux de vouloir soutenir qu'une incapacité de travail, d'ordre psychique, limitée à la place de travail, fût, par définition, une incapacité de travail « insignifiante » et « surmontable ». En effet, une dépression, survenue dans le contexte d'un *mobbing*, d'un harcèlement sexuel, licenciement « à l'américaine » ou d'une restructuration brutale (sans plan social) peut dénoter une sévérité telle³⁶ que l'incapacité de travail en découlant, fût-elle limitée à la place de travail, rende objectivement « *unzumutbar* » que l'intéressé(e)

³¹ ATF 115 V 437 cons. 3d ; GS Ger BS 16 août 2007 in : BJM 2009 p. 137 ; PORTMANN/RUDOLPH, Basler Kommentar, OR I, 6^e éd., 2015, N 13a ad art. 336c CO.

³² TF 4A_111/2010 du 12 juillet 2010 cons. 2.

³³ TF 4C.346/2004 du 15 février 2005 = ARV/DTA 2005 p. 103 ; VON KAENEL, « Kurzkrankheit : Rechtsmissbrauchs-verbot bei einer Berufung auf die Sperrfrist des Art. 336c OR ? » in : ARV/DTA 2008 p. 191 ss.

³⁴ Cf. ArGer ZH, 20. 3. 2012 in : EAZ 2013 No. 16 p. 25, confirmé par OG ZH, 1^{er} novembre 2012 (LA120015).

³⁵ Cf. notamment la protection des femmes et des mères qui allaitent par rapport aux travaux pénibles et dangereux (cf. art. 35 LTr ; art. 60 al. 1 OLT 1 ; art. 62 al. 3 OLT 1) ou celle des jeunes travailleurs (art. 29 ss LTr).

³⁶ Exemple : TF 8C_451/2013 du 20 novembre 2013 cons. 6.3.

surmonte, vite fait, bien fait, la difficulté et accepte la mutation intra-entreprise proposée³⁷ ou se mette derechef à la recherche d'un nouvel emploi.

f. *Nemo audiatur propriam turpitudinem allegans*

La sixième critique concerne la méconnaissance d'un principe juridique de base : nul ne saurait se prévaloir de sa propre turpitude pour en déduire un droit.

Lorsque l'employeur, personne physique, a été lui-même à l'origine de l'atteinte à la santé de la personne salariée, ou que, personne morale, il en répond objectivement, du fait des agissements inadmissibles de ses organes (art. 55 CC) ou auxiliaires (art. 101 CO), il est mal venu d'ergoter sur le caractère relatif de l'incapacité de travail et d'en vouloir, avec rigueur, contre la protection de l'art. 336c CO dont se prévaut la victime. Le congé donné dans un tel cas de figure, motif pris dans l'incapacité de travail limitée à la place de travail, dût-il être valable eu égard à la théorie de la protection limitée de l'art. 336c al. 1 let. b CO, s'avérerait néanmoins clairement abusif au sens de l'art. 336 CO et de l'art. 2 al. 2 CC³⁸.

g. Remède aux abus éventuels

Si vraiment il fallait remédier à certains abus possibles, le correctif à apporter, à notre avis, se trouverait aux arts. 324a CO et 82 CO – sachant qu'il n'y a pas de parallélisme entre l'art. 336c CO et le droit au salaire-maladie. Ainsi, si l'incapacité de travail limitée à la place de travail était le fruit d'une rixe ou d'un conflit (dans l'entreprise) provoqués par la personne salariée elle-même, celle-ci ne pourrait prétendre au salaire-maladie – l'art. 324a CO prévoyant un empêchement *sans fautes* du travailleur. Enfin, si l'employeur a des doutes quant au réel et au sérieux de l'incapacité de travail alléguée, il est libre de faire subir à l'employé(e) un contre-examen médical, voire de suspendre le salaire (art. 82 CO : « pas de travail, pas de salaire »).

h. Refus de l'assurance perte de gain

En appliquant la théorie de l'incapacité de travail « limitée à la place de travail », l'employeur risque de faire plaisir, un plaisir plus que nécessaire, à son assureur perte de gain : les conditions générales d'assurance peuvent prévoir que les prestations cessent avec la fin des rapports de travail ou contenir une clause excluant la prise en charge des cas de dépression ou de pathologies similaires. Dans ce cas, il n'y aurait pas d'équivalence entre le régime « légal » de l'art. 324a 1 à 3 CO et solution d'assurance au sens de l'art. 324a al. 4 CO. L'employeur risquerait de devoir payer « de sa poche » ce à quoi l'employé(e) pouvait s'attendre, eût-il/elle été correctement assuré(e).

Or, à ce jour, les assureurs n'en demandaient pas tant. Ils n'avaient pas besoin du « bienfait » de la relativisation de la protection de l'art. 336c al. 1 let. b CO.

³⁷ Exemple : TF 4A_2/2014 du 19. 2. 2013, X vs. Coopérative Y (Vlch/Signy).

³⁸ Cf. PÄRLI/HUG/PETRIK, op. cit., p. 21 ; TPH GE JAR 1992 p. 166 (*harcèlement sexuel*). Cf. pour des cas de licenciement abusif en rapport avec une perte de performance induite par un *mobbing* : ATF 125 III 70 cons. 2a ; TF 4C.320/2005 du 20 mars 2006 cons. 3 et 4C.27.276/2004 du 12 octobre 2004 cons. 5 ; Rehbindler/Stöckli, Berner Kommentar, 2010, N 56 ad art. 336 CO.

i. Demeure de l'employeur

Il est des cas où l'incapacité de travail limitée à la place de travail, parce qu'induite par la carence organisationnelle ou par les agissements de l'employeur lui-même, mérite, pour ce qui est des conséquences, d'être examinée à la lumière de l'art. 324 CO (demeure d'acceptation de l'employeur³⁹). Le salaire resterait dû et l'employeur ne saurait vouloir se prévaloir de l'art. 324a CO, et notamment pas de l'art. 324a al. 4, pour s'estimer libéré⁴⁰. L'on pourrait même envisager d'appliquer l'art. 156 CO.

C. Conclusion

En conclusion : en cas d'incapacité de travail, d'ordre psychique, limitée à la place de travail, il nous paraît faux d'instruire, à grand renfort d'expertises médicales, le réel et le sérieux de l'incapacité alléguée, sans se demander ce qu'il en est ou était des conditions et du climat de travail dans l'entreprise. Vouloir soigner le problème en aval, *dans la personne de la victime*, sans soigner, ne fût-ce que par un avertissement judiciaire, le problème en amont, *dans l'entreprise*, ce serait abonner l'employeur indolent à des procès prud'homaux.

Quoi qu'il en soit, le sujet reste d'actualité⁴¹.

³⁹ Cf. CARRON V., « Mobbing et demeure de l'employeur » in : Wyler (éd.), Panorama en droit du travail, Berne, 2009, p. 115 ss, spécialement p. 137.

⁴⁰ Cf. CAPH GE JAR 2006 p. 445 cons. 3.2. ; REHBINDER/STÖCKLI, op. cit. N 13 ad art. 324a CO et N 36 ad art. 324 CO.

⁴¹ L'Association romande des avocats spécialistes FSA en droit du travail a organisé un séminaire consacré à cette question (Lavey, 30 septembre 2016). À noter également une prochaine contribution de SAVIOZ NICOLE, in : « Panorama III », Berne, Stämpfli, 2017, intitulée : « L'employeur et l'assureur face à l'incapacité à géométrie variable ».