

Giuseppe Donatiello, Cumul des périodes de protection en cas de nouvel épisode maladif – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_706/2016, Newsletter DroitDuTravail.ch novembre 2017

## Cumul des périodes de protection en cas de nouvel épisode maladif – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_706/2016

Giuseppe Donatiello, Dr en droit, avocat, spécialiste FSA en droit du travail

### I. Objet de l'arrêt

L'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_706/2016 du 4 août 2017 traite du cumul « intralittéral » en relation avec l'article 336c alinéa 1 lettre b CO lorsque des maladies se recoupent ou se succèdent.

### II. Résumé

#### A. Les faits

Dans sa troisième année de service, un employé a été totalement incapable de travailler à compter du 11 juin 2013, principalement en raison des suites d'une pathologie coronarienne. Lors d'examens complémentaires effectués dans le cadre de cette affection, il a été découvert que le travailleur souffrait d'une tumeur rénale, laquelle a dû être opérée le 16 janvier 2014. L'incapacité de travail liée à cette opération s'est étendue du 16 janvier au 15 mai 2014. L'état psychique de l'employé s'étant dégradé, il a été hospitalisé en clinique dès le 6 mai 2014 et il a été totalement empêché de travailler du 6 mai au 31 octobre 2014.

Par lettre recommandée du 26 juin 2014, l'employeur a résilié le contrat de travail pour le 31 août 2014.

Les parties se sont opposées sur la question de savoir si le congé était nul du fait qu'il avait été notifié pendant une période de protection.

Dans un courrier produit en cours de procédure, le médecin traitant du travailleur a indiqué que les causes de l'incapacité de travail s'entremêlaient et qu'une frontière nette entre l'une ou l'autre cause était quelque peu artificielle et que les problèmes d'ordre psychologique avaient toujours été en arrière-plan lors de l'incapacité du 11 juin 2013 au 5 mai 2014, même si le facteur déclenchant était un problème d'ordre somatique (maladie coronarienne et tumeur rénale).

Le premier juge a donné raison à l'employeur en considérant qu'il n'avait pas été démontré que la période de protection prévue par l'article 336c alinéa 1 lettre b CO courait encore à la date du congé, car il avait acquis la conviction que l'incapacité de travail due aux problèmes psychologiques de l'employé avait débuté avant l'entrée en clinique. La Cour cantonale a, en revanche, considéré que l'incapacité de travail causée par l'atteinte à la santé psychique avait débuté le 6 mai 2014, de sorte que le congé avait été notifié pendant une nouvelle période de protection de 90 jours et était nul.

## **B. Le droit**

Le Tribunal fédéral expose d'abord sa propre jurisprudence et la doctrine en matière de cumul « intralittéral » en relation avec l'article 336c alinéa 1 lettre b CO (cons. 2.1). Puis, il retient l'arbitraire dans l'établissement des faits : il considère qu'il faut constater que le trouble de l'adaptation qui a justifié l'hospitalisation du travailleur en clinique psychiatrique et entraîné une incapacité de travail est dû à des facteurs de stress sociaux et aux problèmes de santé physique du travailleur – trouble coronarien et tumeur rénale –, ces derniers ayant au demeurant contribué à nourrir certains des facteurs de stress sociaux (cons. 3.5). En droit, il juge que les pathologies physiques et psychiques sont liées à un point suffisant pour exclure de retenir un nouveau cas d'incapacité de travail ouvrant une nouvelle période de protection (cons. 4). A défaut d'un nouveau délai de protection, la protection de 90 jours liée aux atteintes successives à la santé physique – en particulier celle qu'avait fait courir la tumeur rénale opérée le 16 janvier 2014 – avait déjà expiré lorsque le congé a été donné, de sorte que la résiliation était valable (cons. 5).

## **III. Analyse**

### **A. Considérations à partir de l'arrêt de principe de 1994**

Dans son arrêt du 4 août 2017, le Tribunal fédéral se réfère à son arrêt du 19 avril 1994 (ATF 120 II 124), qui admet le cumul « intralittéral ». Dans cet arrêt de principe, il a d'abord procédé à une interprétation littérale et historique de l'article 336c CO et en a conclu que l'article 336c ne retient pas l'idée d'un crédit maximal de jours de protection pour une période d'observation délimitée, notamment par année (ATF 120 II 124 cons. 3d, p. 127). Puis, par une interprétation historique, systématique et téléologique, il a considéré que la situation d'un travailleur, dans l'incapacité de travailler en raison d'une nouvelle maladie ou d'un nouvel accident, ne doit pas être différente de celle d'un employé empêché de travailler pour des motifs – figurant à l'article 336c CO – qui se succèdent (par exemple, une période de service militaire suivie d'une incapacité de travail due à un accident). Si l'employeur ne peut pas résilier à sa guise le contrat d'une employée incapable de travailler en raison d'une maladie et qui, par la suite, attend un enfant, il ne doit pas avoir non plus la possibilité de résilier le contrat, durant la période de protection fixée dans la loi, lorsque l'employée est incapable de travailler en raison d'un accident puis d'une maladie ou pour cause de maladies ou d'accidents successifs n'ayant aucun lien entre eux (*ibidem*).

L'arrêt de principe de 1994 est toujours d'actualité aujourd'hui. Tant la doctrine que la jurisprudence le citent systématiquement. Nous adhérons à l'idée qu'il s'agit d'un arrêt d'une très grande pertinence, raison pour laquelle il se justifie de continuer à s'y référer à l'avenir.

Dans l'optique d'une réflexion sur le cumul « intralittéral » des périodes de protection, trois particularités de cet arrêt peuvent être mises en évidence.

Premièrement, dans son considérant (susmentionné) au sujet du cumul « intralittéral », le Tribunal fédéral fait référence tant au concept « d'une nouvelle maladie ou d'un nouvel accident » qu'au concept « de maladies ou d'accidents successifs n'ayant aucun lien entre eux ». On peut se demander si ces deux notions sont équivalentes. Le regeste, dont on sait qu'il n'est pas délibéré par les Juges fédéraux, de l'arrêt expose le cumul « intralittéral » en assimilant les deux idées (« lorsqu'un employé est incapable de travailler pour cause de maladies ou d'accidents successifs n'ayant aucun lien entre eux, chaque nouvelle maladie ou chaque nouvel accident fait courir un nouveau délai légal de protection »). Néanmoins, la pratique judiciaire postérieure à l'arrêt a démontré que les deux concepts ne se recourent pas. Par exemple, dans le récent arrêt du 4 août 2017, le Tribunal fédéral se réfère à un précédent tessinois qu'il a confirmé (arrêt 4A\_706/2016 cons. 2.1, rappelant l'arrêt 4A\_153/2007). Dans cette affaire, la travailleuse a d'abord été atteinte par une affection respiratoire (bronchite asthmatique), puis, deux mois plus tard environ, par une affection psychique (syndrome anxieux dépressif). Il paraît évident que la deuxième pathologie, de nature différente, était une nouvelle maladie par rapport à la première (dans son arrêt, le Tribunal fédéral ne l'affirme pas, ni ne le dément). Mais notre Haute Cour n'a pas jugé arbitraire de considérer qu'il existait une influence réciproque entre les deux pathologies dans une mesure qui excluait la possibilité de faire courir un nouveau délai de protection.

Deuxièmement, dans l'affaire en cause en 1994, les deux accidents subis par la travailleuse avaient des origines totalement différentes (ATF 120 II 124 cons. 3e, p. 127). Dès lors, justice a été rendue sans qu'il ne soit nécessaire de préciser la relation entre les deux idées, voire de choisir laquelle des deux notions était pertinente en définitive. Ces aspects pouvaient attendre d'être tranchés lors d'un cas particulier où ils auraient eu un enjeu pratique.

Troisièmement, dans l'affaire de 1994, le cumul « intralittéral » concernait deux accidents. Il est intéressant de relever qu'est réputé accident toute atteinte dommageable, soudaine et involontaire, portée au corps humain par une cause extérieure extraordinaire qui compromet la santé physique, mentale ou psychique ou qui entraîne la mort (art. 4 LPGA). Compte tenu de cette définition, notamment de l'exigence de la cause extérieure extraordinaire, un deuxième accident est, en général et sauf circonstances particulières, sans lien avec le premier accident. En revanche, selon les impressions que nous avons pu nous forger en discutant avec quelques médecins, de nos jours une maladie est généralement abordée comme multifactorielle. Le médecin, surtout le médecin traitant, aura tendance à collecter tous les facteurs qui ont pu jouer un rôle dans la survenance ou l'évolution de la pathologie. Pour le rôle qui est le sien, à savoir essayer de guérir la personne en identifiant le traitement médical qui se justifie puis en le mettant en œuvre avec l'accord de son patient, il est souvent sans importance de hiérarchiser les différents facteurs à l'origine de la maladie ou de son évolution. Il en résulte qu'à l'inverse de ce qui vaut pour l'accident, l'on peut s'attendre à ce qu'en général un médecin ne veuille, ou ne puisse, pas exclure l'hypothèse qu'une première maladie ait contribué à l'apparition de la seconde, et qu'il puisse même estimer qu'il ne lui appartient pas d'exclure un facteur parmi d'autres, fût-il de peu d'importance ou même sans rôle causal démontré.

C'est dire que, dans le cas de l'article 336c alinéa 1 lettre b CO, juger du cumul « intralittéral » selon le critère du « aucun lien entre eux » conduit, de fait, à une inégalité de traitement entre le travailleur accidenté et le travailleur malade. Cette inégalité n'est pas voulue par la loi qui traite de l'incapacité de travail pour cause d'accident ou pour cause de maladie dans une seule

et même disposition légale (art. 336c al. 1 let. b CO), ni par l'arrêt de principe de 1994 qui n'opère pas de distinction entre les nouvelles maladies et les nouveaux accidents, respectivement entre les maladies successives ou les accidents successifs.

## **B. Considérations à la suite du récent arrêt de 2017**

L'analyse qui précède s'est montrée critique vis-à-vis de la pertinence de la notion de « maladies ou d'accidents successifs n'ayant aucun lien entre eux » car, dans les faits, ce concept désavantage le travailleur malade par rapport au travailleur accidenté, alors que l'article 336c alinéa 1 CO n'a pas pour finalité de mieux appréhender l'une des éventualités prévues par cette disposition par rapport aux autres, d'autant moins quand deux éventualités relèvent de la même lettre.

Il faut donner acte au Tribunal fédéral que, dans son récent arrêt du 4 août 2017, il thématise lui-même l'application problématique du critère du « aucun lien entre eux » aux maladies successives, comme suit : « Sans doute, faut-il se garder d'exigences trop absolues qui subordonneraient l'octroi d'un nouveau délai de protection à l'absence de tout lien quel qu'il soit entre le nouvel épisode maladif et l'épisode antérieur, ou feraient entièrement abstraction du poids respectif des différents facteurs d'incapacité de travail » (arrêt 4A\_706/2016 cons. 4).

En raison de l'analyse précédemment développée, nous considérons que le Tribunal fédéral a raison de rejeter l'exigence stricte de l'absence de tout lien entre les deux maladies.

Dès lors, l'on peut se demander s'il s'agit du critère opportun. Si « aucun lien entre eux » ne signifie pas que l'absence de tout lien entre deux épisodes maladifs est exigée, un tel critère devient peu compréhensible et son application peu prévisible. L'affaire ici commentée n'est pas nécessairement l'illustration de cet inconvénient. Néanmoins, chaque juridiction supérieure a renversé le verdict de la juridiction inférieure. Il serait insatisfaisant tant pour les juges que pour les parties que les plaideurs estiment que le manque de prévisibilité en la matière incite à porter l'affaire jusqu'au Tribunal fédéral, qui seul a le dernier mot.

Aussi, au vu des principes posés dans l'arrêt de 1994, le critère choisi devrait pouvoir s'appliquer tant au cumul « intralittéral » qu'au cumul « interlittéral ». L'idée de l'absence de lien (même tempérée selon la réserve exposée par le Tribunal fédéral) conduirait alors à nier le cumul d'une période de protection liée à la grossesse (art. 336c al. 1 let. c CO) et d'une période de protection consécutive à une dépression postnatale qui survient quatre mois après l'accouchement (art. 336c al. 1 let. b CO). Il paraît évident qu'un tel résultat serait inacceptable.

Nous sommes d'avis que l'expérience accumulée depuis l'arrêt de 1994 devrait conduire à privilégier l'autre concept exposé par le Tribunal fédéral dans cet arrêt, à savoir l'idée d'« une nouvelle maladie ou d'un nouvel accident ».

Est réputée maladie toute atteinte à la santé physique, mentale ou psychique qui n'est pas due à un accident et qui exige un examen ou un traitement médical ou provoque une incapacité de travail (art. 3 al. 1 LPGA).

Il résulte expressément de l'article 336c alinéa 1 lettre b CO que, dans l'optique de l'application de cette disposition, seule est pertinente la maladie qui provoque une incapacité de travail, ce qui renvoie à l'exigence d'un lien de causalité naturelle entre la maladie et l'incapacité de travail (Ueli KIESER, *ATSG-Kommentar*, 3<sup>e</sup> éd., 2015, N 35 ad art. 3 LPGA, p. 66).

En pratique, il convient aussi que la solution juridique soit prévisible, ainsi que relativement simple d'application au vu de la finalité sociale du droit du travail. S'il fallait recourir systématiquement à l'expertise médicale, la solution légale ne serait pas satisfaisante.

Ainsi, une fois que le travailleur a retrouvé sa pleine capacité de travail, une incapacité de travail résultant d'un nouvel épisode maladif devrait donner lieu à une nouvelle période de protection, sauf en cas de rechute ou de récurrence. Pour être prise en considération, encore faudrait-il que la rechute, ou la récurrence, surviennent dans un horizon temporel suffisamment rapproché à l'épisode maladif antérieur. Il appartient à la pratique de définir quelle est la durée équitable de ce délai de pertinence du point de vue de l'application de l'article 336c alinéa 1 CO. Nous proposons que lorsqu'une durée excédant une année s'est écoulée depuis la fin de la dernière période d'incapacité de travail pour un épisode maladif de même nature, le nouvel épisode maladif fait naître une nouvelle période de protection distincte et complète, pour une raison principale. L'écoulement d'une durée d'une année démontre que l'employeur n'avait pas la volonté de licencier le travailleur lors de l'épisode maladif précédent ou, en toute hypothèse, qu'il y avait renoncé. Les règles de la bonne foi commandent que, lors du nouvel épisode maladif, son comportement soit cohérent avec son comportement antérieur, ce qui ne signifie bien évidemment pas qu'il a définitivement perdu le droit de licencier mais uniquement que, si telle est son intention, il doit respecter une période de protection complète au sens de l'article 336c alinéa 1 lettre b CO. Certaines caisses de chômage semblent même vouloir retenir des intervalles temporels de six ou trois mois (donc bien plus courts) lorsqu'elles examinent la date de fin des rapports de travail.

En revanche, l'on peut déduire du récent arrêt du Tribunal fédéral que, lorsque le travailleur ne recouvre pas de pleine capacité de travail, il doit prendre les dispositions nécessaires pour démontrer la date à compter de laquelle la nouvelle maladie est naturellement causale de l'incapacité de travail, car il supporte le fardeau de la preuve (cf. arrêt 4A\_706/2016 cons. 4). En effet, la période de protection pour la deuxième maladie débute dès qu'il existe un lien causal entre celle-ci et l'incapacité de travail, même si une période de protection court déjà pour une autre raison (sur l'hypothèse des deux causes de protection qui se chevauchent, cf. Rémy WYLER et Boris HEINZLER, *Droit du travail*, 3<sup>e</sup> éd., 2014, p. 687).

Sous l'angle de la preuve, le récent arrêt montre que l'appréciation du médecin traitant peut suffire, pourvu que ses déclarations apparaissent « mesurées et nuancées » et que, plus en général, sa crédibilité ne soit pas réfutable (cf. arrêt 4A\_706/2016 cons. 3.5). Le recours à l'expertise médicale devrait rester exceptionnel pour le cas où les avis médicaux aisément disponibles seraient divergents, ou ne permettraient notamment pas de fixer la date à compter de laquelle il existe un lien de causalité naturelle entre la nouvelle maladie et l'incapacité de travail (dans l'affaire en cause, cette date ne résultait pas du dossier de la procédure). Le mandat d'expertise médicale devrait viser à déterminer si les maladies se suivent ou se chevauchent, puis à fixer la date de début et de fin de la période pendant laquelle chaque maladie joue un rôle naturellement causal de l'incapacité de travail. Le juge serait ainsi mis en condition de juger si les périodes de protection courent parallèlement du fait que les maladies se chevauchent ou si elles s'enchaînent parce que les maladies se suivent.

Les mêmes solutions devraient valoir en cas de nouvel épisode accidentel, afin que les travailleurs malades et les travailleurs accidentés soient traités sur un pied d'égalité.

