

TROUBLES  
PSYCHIQUES  
ET  
TRAVAIL  
SALARIÉ :  
UN APERÇU DU DROIT

SHIRIN HATAM

PRO MENTE SANA

# TROUBLES PSYCHIQUES ET TRAVAIL SALARIÉ : UN APERÇU DU DROIT

SHIRIN HATAM

## IMPRESSUM

**Rédaction :** Shirin Hatam, juriste, LL.M., titulaire du brevet d'avocat.

**Conception graphique, mise en pages :** Maya Wäber.

**Impression :** Moleson Impression, Genève.

© Genève, 2018, Association romande Pro Mente Sana, tous droits réservés.

*Dans cette brochure, nous avons renoncé à adopter le langage épïcène.*

# CONTENU

PRÉFACE : LAURENCE FEHLMANN RIELLE	11
TABLE DES ABRÉVIATIONS	14
AVANT-PROPOS	17
<b>CHAPITRE I L'EMPLOI</b>	
<b>1. Chercher du travail, se présenter, négocier</b>	<b>19</b>
1.1 Candidat, entre sincérité et dissimulation	19
1.1.1 Que doit dire le candidat ?	19
1.1.2 Les questions que l'employeur potentiel ne peut pas poser	20
1.1.3 Le candidat doit-il répondre la vérité à toutes les questions ?	21
1.1.4 Le futur employeur peut-il prendre des renseignements auprès d'un tiers ?	21
1.1.5 Candidat soumis à un examen médical	21
1.1.6 Candidat à l'AI	22
1.1.7 Candidat sous curatelle	22
1.2 Refus d'embauche	22
<b>2. Travailler</b>	<b>22</b>
2.1 La période d'essai	23
2.2 Le questionnaire de santé à l'intention de l'assurance perte de gain maladie	23
2.2.1 Réserve d'assurance dans l'assurance privée (LCA)	23
2.2.2 Réserve d'assurance dans l'assurance sociale (LAMal)	24
2.2.3 Ce qu'il faut déclarer	24
2.2.4 Ce sur quoi on peut être discret	24
2.2.5 La réserve d'assurance : procédure	25
2.2.6 La confidentialité de la déclaration de santé	25
2.3 Le questionnaire de santé à l'intention de la caisse de pension (LPP)	25
2.3.1 Assurance obligatoire : pas de questionnaire de santé	25
2.3.2 Assurance surobligatoire et questionnaire de santé	25
2.4 Déclaration de santé et analyse génétique	26
2.5 La maladie au travail	27
2.5.1 La preuve de la maladie et le certificat médical	27
2.5.2 Certificat d'un médecin étranger	27
2.5.3 La preuve de la maladie et l'expertise médicale	27
2.6 Le droit au salaire durant la maladie	28
2.6.1 Lorsqu'il n'y a pas d'assurance perte de gain maladie	28
2.6.2 Lorsqu'il y a une assurance perte de gain maladie	29
2.6.3 La maladie fait suite à un accident : couverture par l'assurance accidents	29
2.7 La maladie qui dure longtemps	29

2.7.1 Trente jours ou plusieurs fois quelques jours : annonce possible à l'office AI	29
2.7.2 Dès trente jours : intervention du case manager de l'assurance perte de gain maladie	30
2.7.3 Six mois : protéger le droit à une rente AI	30
2.7.4 Environ six mois : exigences de l'assurance perte de gain maladie	31
2.7.5 Plus de six mois : penser à l'AVS	31
2.7.6 Peut-on se rendre à l'étranger durant une maladie ?	31
2.7.7 Conséquences de la maladie liée au poste de travail	31
<b>2.8 Quelle protection contre le licenciement durant une maladie ?</b>	<b>31</b>
2.8.1 Licenciement durant une maladie niée par l'assureur perte de gain	32
2.8.2 Licenciement durant une maladie non annoncée à l'employeur	33
<b>2.9 La protection de la personnalité pendant les rapports de travail</b>	<b>33</b>
<b>3. La fin du contrat de travail</b>	<b>34</b>
3.1 Donner son congé parce qu'on souffre au travail	34
3.2 Recevoir son congé durant une maladie : quelles ressources financières ?	35
3.2.1 Les prestations de l'assurance perte de gain maladie, s'il y en a une	35
3.2.2 L'inscription au chômage	35
3.2.3 La demande de prestations auprès de l'assurance invalidité	35
3.2.4 Le recours à l'aide sociale	36
3.2.5 Donner ou recevoir son congé durant une crise psychotique : un acte sans effets	36
3.3 Le congé abusif	36
3.3.1 Recevoir son congé à cause d'une maladie	36
3.3.2 Recevoir son congé à cause d'un trait de caractère	37
3.3.3 Recevoir son congé à cause d'une maladie mais sous un autre prétexte	38
3.3.4 Recevoir un congé donné sans aucun égard	38
3.3.5 Recevoir son congé suite à une atteinte à la personnalité	38
3.4 Le certificat de travail	39
3.4.1 La date du certificat de travail	39
3.4.2 La mention dans le certificat de travail des absences et de leur cause	39
<b>4. Après la fin : maintenir la prévoyance</b>	<b>40</b>
4.1 L'assurance perte de gain maladie	40
4.1.1 Faut-il passer de l'assurance collective à l'assurance individuelle ?	40
4.1.2 Particularités cantonales	41
4.1.3 Passage dans l'assurance individuelle sous le régime LCA	41
4.1.4 Droit au passage dans l'assurance individuelle sous le régime LAMal	41
4.2 La fin du contrat de travail et le 2 <sup>e</sup> pilier	42

## CHAPITRE II. LE CHÔMAGE

<b>1. Des précautions à prendre avant de quitter un emploi</b>	<b>45</b>
Risques en cas de licenciement	46
<b>2. Des personnes qui n'ont pas cotisé peuvent avoir droit au chômage (article 14 LACI)</b>	<b>46</b>
2.1 Celles qui ont été malades pendant 12 mois au moins	46
2.2 Celles qui ont assumé des tâches éducatives d'assistance pendant plus d'un an	47
2.3 Celles dont la rente AI a été supprimée ou réduite	47
2.4 Celles dont le conjoint ou partenaire enregistré devient invalide	47
<b>3. Chômage et trouble psychique : quelques écueils</b>	<b>48</b>
3.1 L'aptitude au placement (article 15 LACI)	48
3.1.1 Aptitude au placement de la personne handicapée	49
3.1.2 Aptitude au placement de la personne qui s'est annoncée à l'AI	49
3.2 Le travail convenable (article 16 LACI)	50
3.2.1 Un travail qui ne procure qu'un salaire réduit est-il convenable ?	51
3.2.2 Le travail convient-il à une petite santé qui altère la capacité de travail ?	51
<b>4. Montant et nombre des indemnités journalières</b>	<b>51</b>
4.1 Le gain assuré	52
Le gain assuré des handicapés	52
<b>5. Maladie durant une période de chômage</b>	<b>52</b>
5.1 Particularités cantonales : Genève et Vaud	53
5.2 Chômeur au bénéfice d'une assurance maladie perte de gain maladie personnelle	54
<b>6. Cours, formations, mesures de réinsertion</b>	<b>54</b>
6.1 Des personnes sans droit au chômage peuvent avoir droit à des mesures de formation	55
6.2 Particularités cantonales : Fribourg, Genève, Jura, Valais, Vaud	55
<b>7. Coordination entre les assurances chômage et invalidité</b>	<b>56</b>

## CHAPITRE III. LE TRAVAIL ET L'INVALIDITÉ

<b>1. L'invalidité, une notion économique plus que médicale</b>	<b>59</b>
1.1 Capacité de travail intermittente et droit à la rente	60
1.2 La maladie professionnelle	61
1.3 L'obligation d'éviter l'invalidité	61
1.3.1 Changement de profession	61
1.3.2 Traitement médical	61
1.4 Les sanctions	62
<b>2. Les prestations de l'AI à intention des personnes en emploi</b>	<b>62</b>
2.1 La détection précoce	62
2.2 Les mesures d'intervention précoce	64
Licenciement ou perte de gain pendant l'intervention précoce	64

<b>3. Les prestations de l'AI à l'intention des personnes invalides ou sur le point de le devenir</b>	<b>65</b>
3.1 Les mesures de réadaptation (article 8 LAI)	65
3.1.1 Les mesures de réinsertion préparant à la réadaptation professionnelle (article 14a LAI)	66
3.1.2 Les mesures d'ordre professionnel	66
3.1.2.1 L'orientation professionnelle (article 15 LAI)	66
3.1.2.2 La formation professionnelle (article 16 LAI)	67
3.1.2.3 Le reclassement (article 17 LAI)	67
3.2 Les prestations de l'AI pour devenir indépendant – Aide au capital (article 18d LAI)	67
3.3 Le placement, ses avantages et ses inconvénients (articles 18 et 18c LAI)	68
<b>4. Les prestations de l'AI à l'intention des bénéficiaires de rentes ou de mesures de nouvelle réadaptation (article 8a LAI)</b>	<b>68</b>
<b>5. Les prestations de l'AI à l'intention des employeurs désireux d'engager des personnes atteintes dans leur santé</b>	<b>69</b>
5.1 L'allocation d'initiation au travail – AIT (article 18b LAI)	69
5.2 Le placement à l'essai (article 18a LAI)	70
<b>6. Le travail du rentier AI</b>	<b>70</b>
6.1 Particularité fribourgeoise	71
6.2 Invalide à 100% : peut-on travailler ?	71
6.3 Effet d'un nouveau travail rémunéré sur la rente	72
Et le bénévolat ?	72
6.4 Obligation d'informer l'AI	72
<b>7. Les prestations de l'AI à l'intention des personnes qui perdent la rente</b>	<b>73</b>
7.1 La réduction du délai d'attente (article 29bis LAI)	73
7.2 La prestation transitoire en espèces (article 32 LAI)	73
<b>8. Effet d'un nouveau travail rémunéré sur les prestations complémentaires</b>	<b>74</b>
<b>9. Cotisations de l'invalide aux assurances sociales</b>	<b>74</b>
<b>PUBLICATIONS DE PRO MENTE SANA</b>	
Collection psychosociale	76
Collection juridique	78
<b>PRO MENTE SANA</b>	<b>81</b>

## LA RECONNAISSANCE PAR LE TRAVAIL ? UN DROIT POUR TOUTES ET TOUS !

En 2017, Pro Mente Sana (Suisse romande) a célébré ses 25 ans d'existence et d'activité au service des personnes atteintes de troubles psychiques.

Son Comité a décidé de rééditer sa publication intitulée «*Troubles psychiques et travail salarié*». Cette démarche peut sembler étonnante à une époque où l'on parle régulièrement d'intégration et d'autonomie des personnes qui sont différentes, soit en raison d'un handicap physique, psychique ou de troubles temporaires qui affectent leur vie sociale et hypothèquent leur vie professionnelle.

Pourtant, le regain d'intérêt pour ce sujet reflète une réalité qui est en décalage avec les beaux principes affichés par la société et notamment par les employeurs.

Il est aussi vrai que l'histoire de la prise en compte de la santé mentale est relativement récente. Les pionniers et pionnières que sont les membres de Pro Mente Sana en savent quelque chose...

Si les avancées technologiques ont permis des gains de productivité et l'augmentation du bien-être matériel pour une grande partie de la société, nous vivons une époque anxigène où les développements dans le domaine du numérique en milieu professionnel ne profitent pas à tout le monde. On sait que le plein emploi est pour longtemps révolu et l'on nous promet de futurs emplois qui ne sont pas encore bien définis.

Les jeunes et les seniors peinent à trouver ou retrouver une place sur le marché du travail. A l'heure du culte de la performance, qu'en est-il des personnes qui ne correspondent pas aux normes établies ?

Si certaines entreprises réservent quelques places de travail pour des personnes avec un handicap, celles-ci sont encore rares. Le droit du travail en Suisse est bien faible à cet égard. Il est toujours facile de licencier une personne en raison de sa maladie et également compliqué pour une personne ayant déjà un trouble psychique de trouver un emploi. Je relève notamment qu'il n'existe toujours pas d'assurance perte de gains obligatoire pour la maladie et que trop peu de conventions collectives ont contracté ce type d'assurance. Cela veut dire qu'environ 30% des travailleuses et des travailleurs n'en n'ont pas et, qu'en cas de maladie de longue durée, elles/

ils se retrouvent rapidement à l'assistance sociale. Au-delà de l'injustice ressentie, c'est la précarité qui attend les personnes concernées.

S'agissant des troubles psychiques, personne n'est à l'abri d'une dépression, d'un burn-out ou d'autres troubles qui peuvent se révéler à l'occasion d'un événement imprévu de la vie.

Même si l'on est entouré d'un bon réseau familial et social, il est difficile et douloureux d'affronter ce type de situation.

La publication qui est rééditée garde toute sa pertinence afin de permettre à chaque personne concernée de connaître ses droits, les mesures de réadaptation dont elle peut bénéficier ou de savoir vers qui se tourner pour demander de l'aide.

Même si une loi ne fait pas tout, elle contribue à une reconnaissance des besoins particuliers des personnes avec un handicap. C'est ainsi qu'en France, les entreprises de plus de 20 salariés doivent employer au moins 6 % de personnes en situation de handicap. En Suisse, rien de tel pour l'instant. Comme pour de nombreuses problématiques, on se contente de dialoguer et d'inciter les entreprises à mettre en place des mesures en faveur de ces personnes mais sans contraintes, ni quotas.

En attendant que des mesures plus volontaristes et audacieuses soient un jour mises en place, l'action d'associations telles que Pro Mente Sana reste plus que jamais nécessaire et actuelle pour faire avancer la réflexion dans le sens d'une société réellement inclusive.

Laurence Fehlmann Rielle, conseillère nationale PS/GE

## TABLE DES ABRÉVIATIONS

AIT	Allocation d'initiation au travail
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
AC	Assurance chômage
APG	Assurance perte de gain militaire
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
CDPH	Convention relative aux droits des personnes handicapées
CSIAS	Conférence suisse des institutions d'action sociale
CC	Code civil
CCT	Convention collective de travail
CDPH	Convention relative aux droits des personnes handicapées
CO	Code des obligations
CP	Code pénal
CSIAS	Conférence suisse des institutions d'action sociale
CTT	Contrat type de travail
(d.)	en allemand
(it.)	en italien
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LACI	Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité
LAGH	Loi sur l'analyse génétique humaine
LAI	Loi sur l'assurance invalidité
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LAS	Loi fédérale en matière d'assistance
LASV	Loi sur l'action sociale vaudoise
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes
LEMC	Loi sur l'emploi et les mesures en faveur des chômeurs – Valais
LEmp	Loi sur l'emploi – Vaud
LEmpl	Loi sur l'emploi et le chômage – Neuchâtel
LEMT	Loi sur l'emploi et le marché du travail – Fribourg
LERAC	Loi fribourgeoise sur l'emploi et l'aide aux chômeurs, du 13 novembre 1996

Lhand	Loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées
LIAS	Loi sur l'intégration et l'aide sociale – Valais
LIASI	Loi sur l'insertion et l'aide sociale individuelle – Genève
LMC	Loi en matière de chômage – Genève
LMDE	Loi sur les mesures cantonales en faveur des demandeurs d'emploi – Jura
LPC	Loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité
LPD	Loi fédérale sur la protection des données
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales
LPP	Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité
LTn	Loi sur le travail au noir
OACI	Ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité
OCAI	Office cantonal de l'assurance invalidité
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OIT	Organisation internationale du travail
OPGA	Ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales
OPP 2	Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité
ORP	Office régional de placement
PFPDT	Préposé fédéral à la protection des données et la transparence
RAI	Règlement sur l'assurance invalidité
RELIAS	Règlement d'exécution de la loi sur l'intégration et l'aide sociale – Valais
REMC	Règlement sur l'emploi et les mesures en faveur des chômeurs – Valais
REMT	Règlement sur l'emploi et le marché du travail – Fribourg
RLASV	Règlement d'application de la loi du 2 décembre 2003 sur l'action sociale vaudoise
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
SMR	Service médical régional

## AVANT-PROPOS

Cet ouvrage n'a pas pour vocation de donner un mode d'emploi exhaustif des droits des travailleurs, des chômeurs et des invalides. Il demeure donc nécessaire que chacun se renseigne sur ses droits auprès des assurances concernées, des associations de défense et des syndicats.

Nous mettons ici l'accent sur les particularités du travail salarié qu'entrave une santé psychique chancelante et tentons d'apporter quelques réponses concrètes à des questionnements diffus.

L'ordre juridique suisse n'est pas adapté aux travailleurs en difficultés et protège mal contre les discriminations liées à l'état de santé. Cela contraint les personnes défavorisées sur le marché du travail à ruser et à n'être pas toujours aussi pures qu'elles le souhaiteraient. La vocation de cet opuscule est de les armer un tout petit peu pour cet exercice d'indélicatesse sous contrainte.

## CHAPITRE I. L'EMPLOI

Chercher un travail ou se maintenir à son poste représentent souvent une source d'angoisse pour une personne souffrant d'un trouble psychique. Elle se demande ce qu'elle doit révéler de sa situation, et quelles peuvent être les conséquences d'une information insuffisante.

Elaborer un CV peut être délicat lorsqu'il faut dissimuler de longues périodes de maladie. Il y a des organismes qui ont pour vocation d'aider une personne à présenter sa candidature sous un jour favorable.

Le service de conseil psychosocial de Pro Mente Sana peut orienter vers les adresses utiles à l'élaboration d'un CV.

Le droit suisse du travail est très libéral et n'offre que peu de protection contre les discriminations et le licenciement. Même lorsqu'un licenciement est jugé abusif ou injustifié, il n'est pas possible d'obtenir la réintégration à son poste de travail. Par ailleurs, aucune loi fédérale ne protège spécifiquement le travailleur fragilisé par une santé précaire. Enfin, le droit du travail ne dit pas comment l'employeur doit identifier et évaluer les risques psychiques liés au travail, contrairement à ce qui se passe pour les risques physiques<sup>1</sup>.

### 1. Chercher du travail, se présenter, négocier

Les employeurs sont réticents à engager des personnes qui ont un problème psychique avéré<sup>2</sup>.

#### 1.1 Candidat, entre sincérité et dissimulation

Lorsqu'une personne consciente des faiblesses qui entravent son employabilité cherche du travail, elle ne sait pas ce qu'elle doit révéler de ses tracas. Or, comme l'ordre juridique suisse ne la protège pas, elle se doit de ne pas succomber à un sentiment de culpabilité préventive et se souvenir que l'employeur prend librement le risque de se tromper à l'engagement. Cela étant, il est préférable d'arriver bien préparé à un entretien d'embauche, tant sur ses compétences professionnelles que sur la manière de présenter son parcours de vie.

Le service de conseil psychosocial de Pro Mente Sana peut orienter un candidat à l'embauche vers des organismes destinés à l'accompagner dans ses démarches.

##### 1.1.1 Que doit dire le candidat ?

Le candidat a un devoir d'information qui ne l'oblige pas à se dévoiler au-delà du strict nécessaire. Dans une **lettre de candidature**, il n'y a aucune raison de mentionner des problèmes de santé.

<sup>1</sup> OECD (2013), "Mental Health and Work: Switzerland", Mental Health and Work, OECD Publishing, p. 41.

<sup>2</sup> OECD (2013), "Mental Health and Work: Switzerland", Mental Health and Work, OECD Publishing, p. 86.

Lors d'un **entretien d'embauche**, le candidat n'est pas soumis à un devoir général de parler spontanément de sa santé psychique. Il n'existe aucune obligation de déclarer que l'on est atteint d'une maladie pouvant entraîner des arrêts de travail. Ainsi le candidat ne doit-il donner d'informations spontanées sur sa santé psychique que dans la mesure où il s'attend à ce que ses défaillances prévisibles aient une incidence notable sur la prestation de travail, qu'elles ne lui permettent pas de l'accomplir, ou ne lui permettent de l'accomplir que de façon incomplète.

Il appartient au candidat de se demander si le trouble dont il souffre lui permet d'accomplir la tâche prescrite.

C'est le **temps d'essai** qui sert à se faire une idée sur la capacité d'une personne à occuper un poste déterminé. C'est donc au cours du temps d'essai que chacun pourra se rendre compte de l'impact de la maladie sur la capacité de travail. Inutile, par conséquent, de se déclarer fragile avant d'entamer le temps d'essai.

### 1.1.2 Les questions que l'employeur potentiel ne peut pas poser

Le candidat doit répondre honnêtement aux questions. Cela étant, l'article 328 CO impose à l'employeur de respecter la personnalité du candidat dès l'entretien d'embauche et de ne pas poser des questions qui sont sans rapport avec le travail pour lequel le candidat se présente<sup>3</sup>. Les questions sur les maladies existantes ne sont admises que si des raisons particulières l'exigent au vu du poste à pourvoir<sup>4</sup>. Des questions générales sur l'état de santé seraient constitutives d'une discrimination interdite par la Constitution fédérale.

#### Art. 328. Obligations de l'employeur

1 L'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur ; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. En particulier, il veille à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes.

2 Il prend, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui.

En revanche, les questions qui se rapportent à une maladie actuelle ayant un impact sur l'accomplissement des tâches sont licites, alors que tel n'est pas le cas des affections passées qui n'ont plus aucun impact actuel<sup>5</sup>. Le

candidat peut légitimement admettre qu'une affection passée présentant un risque de récurrence n'est pas une maladie actuelle qui affecte l'accomplissement du travail. Le contraire reviendrait à exclure du marché du travail toutes les personnes sujettes à une affection psycho-nerveuse.

### 1.1.3 Le candidat doit-il répondre la vérité à toutes les questions ?

Confronté à des questions qui violent l'article 328 CO, le candidat peut mentir. Il n'est pas tenu de répondre aux questions qui sont sans rapport avec le poste à pourvoir ou qui violent ses droits de la personnalité<sup>6</sup>. Le PFPDT<sup>7</sup> estime que le candidat à l'embauche a le droit de donner une réponse inexacte pour se protéger d'un éventuel préjudice (droit au mensonge pour cause de légitime défense) puisqu'il ne peut généralement pas refuser de répondre<sup>8</sup>.

Le mensonge pour cause de légitime défense ne peut donner lieu à aucune sanction.

Sur le plan moral, chacun est libre de décider s'il est juste de mentir pour sauvegarder ses chances d'obtenir un emploi. Sur le plan juridique, l'employeur ne pourra pas valablement licencier un employé au seul motif qu'il avait menti en réponse à une question posée sans droit. Il est donc recommandé au candidat à l'emploi de donner à une question qui sort du domaine professionnel la réponse qui l'arrange.

Cela étant, le droit du travail interdit de mentir sur un élément essentiel au travail à accomplir. Ainsi, si le fait d'être doté d'une solide santé psychique est une condition objective de la capacité à effectuer le travail requis, il est préférable de signaler sa fragilité. De même, lorsqu'un futur employeur accorde une importance subjective à la santé et interroge spécifiquement sur ce sujet, cacher cet élément essentiel pourrait être une faute précontractuelle. Cela étant, il n'est ni nécessaire ni recommandé de divulguer un diagnostic.

### 1.1.4 Le futur employeur peut-il prendre des renseignements auprès d'un tiers ?

Oui, s'il obtient le consentement du candidat.

### 1.1.5 Candidat soumis à un examen médical

Parfois l'employeur demande à un candidat de se faire examiner par un médecin qui déterminera son aptitude à répondre aux exigences de la fonction. Cet examen n'est autorisé que s'il est en relation avec le futur travail et si le secret professionnel est préservé. Le coût de l'examen est à la charge de l'employeur. Au terme de cet examen, le médecin dira à l'employeur s'il

6 ATF 122 V 267.

7 Une table des abréviations figure au début de cet ouvrage.

8 Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail, 3.1.2., éd. 2014 ; A. Witzig, Droit du travail, Schulthess Verlag, Genève/Zürich, 2018, p. 139.

3 Plädoyer 6/05, p. 73 ; ATF 122 V 267.

4 PFPDT, Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail, 3.1.2., 2014.

5 Dominique Manaï, Les droits du patient face à la biomédecine, Stämpfli SA, 2006, p. 141.

estime la personne apte à occuper tel poste. Il n'a en revanche pas le droit de divulguer des informations sur la santé du candidat.

Un travailleur averti en vaut deux

La pratique démontre que les médecins déconseillent d'engager une personne qui a souffert d'un trouble psychique dans le passé. Il est préférable de ne pas le mentionner spontanément au cours de l'examen.

### 1.1.6 Candidat à l'AI

Le fait de toucher une rente de l'assurance invalidité n'interdit pas de travailler. Il n'y a donc aucune obligation de signaler que l'on est rentier. Toutefois, les personnes invalides à 70 % au moins ne sont pas soumises à la LPP obligatoire<sup>9</sup> de sorte qu'elles devront informer l'employeur de ce fait, une fois embauchées.

### 1.1.7 Candidat sous curatelle

Il faut se référer à la décision de mise sous curatelle pour connaître l'étendue des restrictions au droit de conclure un contrat de travail. Une mesure de curatelle peut subordonner la validité du contrat de travail à l'approbation du curateur. En revanche, la personne sous curatelle peut procéder seule à la négociation du contrat.

### 1.2 Refus d'embauche

Le refus d'embauche fondé sur des motifs discriminatoires (une déficience psychique par exemple) contrevient à la Constitution fédérale, porte atteinte à la personnalité du candidat et pourrait donner lieu à une indemnisation du tort moral. En pratique, il revient au candidat refoulé de prouver les motifs discriminatoires et de chiffrer son dommage en tenant compte du fait que nul n'a de droit à être embauché. Personne n'a encore été assez hardi ou militant pour entreprendre une telle procédure.

L'ordre juridique suisse ne protège pas contre un refus d'embauche discriminatoire (sauf les femmes article 8 de la LEg) de sorte que la personne fragile n'a d'autre recours que de dissimuler ses faiblesses.

## 2. Travailler

Une fois le contrat de travail conclu, la question de l'état de santé reste posée puisque l'assurance perte de gain maladie et la caisse de pension vont s'y intéresser. D'autres difficultés risquent de compliquer la vie de l'employé : l'arrêt de travail et le licenciement pour cause de maladie. Il se peut également qu'une personne souffrant de troubles psychiques soit victime d'une atteinte à sa personnalité sur le lieu de travail ou que le travail altère sa santé.

<sup>9</sup> Article 1j OPP2.

### 2.1 La période d'essai

Le temps d'essai sert à évaluer si le poste convient à la personne qui l'occupe. Il est généralement d'un mois mais peut être porté à trois mois par accord écrit. Il arrive que l'on tombe malade durant le temps d'essai. Dans ce cas, il est prolongé d'autant de jours qu'a duré l'absence<sup>10</sup>. La protection contre le congé abusif s'applique pendant le temps d'essai.

### 2.2 Le questionnaire de santé à l'intention de l'assurance perte de gain maladie

L'employé doit faire des déclarations de santé pour l'assurance perte de gain maladie et pour le deuxième pilier (voir Chapitre I 2.3 infra).

L'assurance destinée à compenser la perte de gain en cas de maladie n'est pas obligatoire en Suisse. La plupart des employeurs ont néanmoins une assurance collective couvrant la perte de gain maladie, dont les primes sont généralement payées à parts égales par l'employeur et l'employé. Le contrat est passé entre l'assureur et l'employeur. L'employé n'est pas partie au contrat ; il en est le bénéficiaire.

En Suisse, un travailleur malade peut se retrouver sans salaire<sup>11</sup>.

Selon que l'assurance est conclue avec une compagnie privée soumise à la LCA<sup>12</sup>, ou avec une caisse maladie soumise à la LAMal, les conditions d'admission dans l'assurance ne sont pas les mêmes.

L'employé a le droit de savoir avec qui l'employeur a conclu l'assurance perte de gain. L'employeur est tenu de remettre à l'employé le règlement et les conditions d'assurance.

Lorsqu'il y a une assurance perte de gain maladie, la question de la déclaration de santé se pose, car les assureurs peuvent exclure une personne de l'assurance pour une maladie dont elle souffre ou a souffert. Il s'agit de la réserve d'assurance.

#### 2.2.1 Réserve d'assurance dans l'assurance privée (LCA)

Une compagnie d'assurance privée n'est pas tenue d'accepter tous les collaborateurs<sup>13</sup> et peut émettre une réserve illimitée dans le temps. Elle peut, en certaines circonstances, résilier le contrat en cas de réticence<sup>14</sup>.

Il y a « réticence » au sens de la loi, si celui qui a l'obligation de déclarer a, lors de la conclusion du contrat, omis de déclarer ou a inexactement déclaré un fait important qu'il connaissait ou devrait connaître et sur lequel il a été questionné par écrit<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Article 335b CO.

<sup>11</sup> Sur la période durant laquelle le droit au salaire est protégé (voir Chapitre I 2.8 infra).

<sup>12</sup> C'est la plus fréquente.

<sup>13</sup> Zeynep Ersan Berdoz, « Toutes vos assurances », Bon à savoir, Editions Plus Sàrl, 2005, p. 56.

<sup>14</sup> Articles 6, 7, 8 LCA.

<sup>15</sup> Article 6 LCA.

### 2.2.2 Réserve d'assurance dans l'assurance sociale (LAMal)

L'assurance soumise à la LAMal doit admettre tous les collaborateurs, mais elle peut émettre une réserve d'une durée de cinq ans au maximum pour les maladies existant au moment de l'admission. Les maladies antérieures sont concernées si, selon l'expérience, une rechute est possible<sup>16</sup>. Avant l'échéance des cinq ans, l'assuré peut prouver que la réserve n'est plus justifiée. Même si la caisse n'a pas formulé de réserve au moment de l'admission, elle peut le faire plus tard quand elle découvre la réticence.

En revanche, les caisses maladie ne peuvent pas instituer de nouvelles réserves lorsque l'employé change d'assureur parce que ses rapports de travail ou la fin de ceux-ci l'exigent<sup>17</sup>.

### 2.2.3 Ce qu'il faut déclarer

Lorsqu'il remplit le questionnaire de santé, l'employé doit répondre de manière véridique aux questions telles qu'il les comprend de bonne foi, mais il n'a pas à évoquer les sujets sur lesquels il n'est pas interrogé. L'assureur peut réclamer des informations lorsque les réponses sont contradictoires<sup>18</sup>. Celui qui affirme sciemment un fait faux, tait un fait vrai ou présente une vision déformée de la réalité<sup>19</sup>, commet une réticence. L'assureur qui apprend qu'il y a eu une réticence peut être en droit de résilier le contrat, ou d'émettre rétroactivement une réserve de 5 ans à compter du début de l'assurance s'il s'agit d'une assurance LAMal.

Il est préférable de remplir le questionnaire sincèrement, mais seul, sans l'aide de son médecin qui pourrait attirer l'attention sur une pathologie que l'on ne perçoit pas comme telle.

### 2.2.4 Ce sur quoi on peut être discret

L'employé n'a pas à annoncer des faits au sujet desquels il n'est pas interrogé<sup>20</sup>. Il ne lui incombe pas de décider quelles affections doivent être déclarées ou non<sup>21</sup> ni de prévoir l'avenir. L'absence de réponse à une question n'est pas non plus constitutive d'une réticence<sup>22</sup>. De même, l'assureur ne peut pas reprocher une réponse inexacte à une question ambiguë<sup>23</sup>. Si les réponses au questionnaire de santé sont contradictoires, il incombe à l'assureur de réclamer de plus amples informations<sup>24</sup>.

Exemples :

Un assuré déclarant qu'il n'envisage pas de traitement psychothérapeutique ne commet pas une réticence du seul fait qu'un traitement est mis en place trois jours plus tard : qu'il soit au chômage et consulte à une ou deux reprises un psychiatre n'est pas révélateur, en soi, de premières manifestations d'une dépression<sup>25</sup>.

<sup>16</sup> Article 69 LAMal.

<sup>17</sup> Article 70 al. 1 let. a LAMal.

<sup>18</sup> Article 8 ch. 3 et 4 LCA, voir aussi 4A\_376/2014 du 27 avril 2015.

<sup>19</sup> 4A\_370/2012 du 4 décembre 2012.

<sup>20</sup> 4A\_370/2012 du 4 décembre 2012, C.2.1.

<sup>21</sup> Ombudsman de l'assurance maladie sociale, Rapport d'activité 2006, p.12.

<sup>22</sup> ATF 125 V 292.

<sup>23</sup> 4A\_370/2012 du 04 décembre 2012.

<sup>24</sup> 4A\_376/2014 du 27 avril 2015.

<sup>25</sup> ATF 125 V 292.

### 2.2.5 La réserve d'assurance : procédure

Lorsque l'assureur décide d'émettre une réserve sur la base des éléments à sa disposition, il doit la communiquer par écrit à l'assuré et préciser le type de maladie qu'elle concerne. Il ne faut donc pas hésiter à contester les réserves inexactes ou trop largement définies.

Par ailleurs, si la déclaration de santé est incomplète, l'assureur pourra invoquer ultérieurement la réticence et émettre une réserve pour refuser de payer les indemnités journalières en cas de maladie.

### 2.2.6 La confidentialité de la déclaration de santé

En principe, la déclaration de santé ne passe pas par l'employeur ou passe entre ses mains sous pli scellé. Toutefois, il saura qu'une réserve a été émise.

Si une déclaration de santé doit nécessairement transiter par le service du personnel, il est possible d'envoyer un exemplaire incomplet au service du personnel et un exemplaire complet à l'assureur en lui signalant que l'exemplaire donné au service du personnel est incomplet.

Bien qu'un licenciement exclusivement motivé par l'existence d'une maladie soit abusif (voir Chapitre I 3.3 *infra*), l'ordre juridique ne protège pas contre un licenciement à l'issue du temps d'essai lorsque l'employeur apprend qu'il y a une réserve. On peut tenter de gagner du temps en renvoyant le questionnaire aussi tard que possible.

## 2.3 Le questionnaire de santé à l'intention de la caisse de pension (LPP)

### 2.3.1 Assurance obligatoire : pas de questionnaire de santé

Tout salarié, gagnant plus de 24'675 frs par an et moins de 84'600 frs<sup>26</sup> est obligatoirement assuré pour les risques décès et invalidité dès 17 ans auprès d'une caisse de prévoyance professionnelle (ou caisse de pension) et dès 25 ans pour le risque vieillesse. La partie du salaire comprise entre 24'675 frs et 84'600 frs est obligatoirement assurée. Il s'agit là de ce qu'on nomme ordinairement la part obligatoire du 2<sup>e</sup> pilier. Pour cette part obligatoire, la caisse ne peut pas émettre de réserves par rapport à l'état de santé.

Les invalides au sens de l'AI à raison de 70% au moins ne sont pas soumis à l'assurance prévoyance professionnelle obligatoire<sup>27</sup>.

Si une personne n'est assurée que pour la part obligatoire, elle n'a pas à répondre à un questionnaire de santé, ni à se soumettre à un examen médical.

### 2.3.2 Assurance surobligatoire et questionnaire de santé

Il est possible de cotiser au 2<sup>e</sup> pilier sur une base facultative. C'est l'em-

<sup>26</sup> Article 8 al. 1 LPP, chiffres de 2018.

<sup>27</sup> Article 1j OPP 2.

ployeur qui choisit d'assurer ses employés au-delà de la part obligatoire. Il s'agit alors de ce qu'on nomme la part surobligatoire. Cette part est soumise à LCA. Ce sont donc les dispositions réglementaires de l'institution de prévoyance qui s'appliquent en premier lieu aux relations entre la caisse et l'assuré.

Pour cette part surobligatoire, des réserves peuvent être émises par la caisse de pension pour une période de cinq ans au plus<sup>28</sup>. En outre, l'employé peut être amené à relever son médecin du secret médical ou à se soumettre à un examen médical. En répondant au questionnaire de santé, le futur assuré doit déclarer, outre les faits qui lui sont connus sans autre réflexion, ceux qui ne peuvent pas lui échapper s'il réfléchit sérieusement aux questions de l'assureur<sup>29</sup>. La fausse déclaration aura pour seule conséquence de priver l'employé de la rente surobligatoire en cas d'invalidité consécutive à une affection non déclarée. L'employé ne recevra alors que la part obligatoire.

#### Exemples

Une personne atteinte de schizophrénie, qui nie la maladie et estime être en bonne santé, se déclare telle à un assureur LPP. Selon le Tribunal fédéral des assurances, le fait que les réponses données par l'assuré schizophrène aient été objectivement inexactes ne suffit pas encore à admettre la réticence. L'appréciation personnelle de l'assuré qui estime ne pas être malade n'entre pas non plus en ligne de compte pour juger de l'existence d'une réticence. Toutefois, une personne qui doit se rendre à une consultation médicale chaque mois depuis 18 ans ne peut pas se déclarer « en bonne santé et entièrement apte au travail sans restriction » sans commettre une réticence<sup>30</sup>.

Une personne souffrant de schizophrénie ne commet pas de réticence si elle n'annonce pas un séjour à l'hôpital psychiatrique, qui n'a pas entraîné d'arrêt de travail<sup>31</sup>.

En principe la déclaration de santé ne passe pas par l'employeur ou passe entre ses mains sous pli scellé<sup>32</sup>.

Pour être valable, la réserve doit énoncer explicitement la nature de l'atteinte à la santé ; elle doit être datée et communiquée par écrit à l'assuré. Pour sauvegarder le secret médical, la communication doit passer par le médecin-conseil.

#### Exemple

Une réserve « pour les affections traitées en 2006 et suites » n'est pas valable<sup>33</sup>.

## 2.4 Déclaration de santé et analyse génétique

Qu'il s'agisse de l'assurance pour la perte de gain en cas de maladie ou de l'assurance prévoyance professionnelle obligatoire ou surobligatoire,

<sup>28</sup> Article 331c CO.

<sup>29</sup> ATF 116 V 226 et réf. citées.

<sup>30</sup> Bulletin de la prévoyance professionnelle : « Compilation et prises de position de l'OFAS et de la jurisprudence sur l'invalidité », état au 30 avril 2007, arrêt du TFA du 14 août 1998, p. 54.

<sup>31</sup> 9C\_605/2017 du 14 mars 2018

<sup>32</sup> Voir point 2.1.1.6

<sup>33</sup> 9C\_806/2015 du 20 juin 2016.

<sup>34</sup> Article 21 LAGH.

<sup>35</sup> OECD (2013), "Mental Health and Work: Switzerland", Mental Health and Work, OECD Publishing, p. 144.

<sup>36</sup> Jean-Philippe Dunant, Pascal Mahon (éds), Les certificats dans les relations de travail, Collection CERT, Genève/Zürich, Schulthess Editions Romandes, 2018, p.121.

<sup>37</sup> ATF 125 III 70.

l'institution d'assurance ne peut pas demander qu'une analyse génétique soit effectuée ni exiger que lui soient fournis les résultats d'une analyse antérieure<sup>34</sup>.

## 2.5 La maladie au travail

Une personne de santé fragile qui travaille s'interroge souvent sur ce qui se passera si sa fragilité se mue en maladie. En effet, 40% des personnes en emploi qui consultent un psychiatre ont des problèmes au travail<sup>35</sup>.

### 2.5.1 La preuve de la maladie et le certificat médical

La personne malade doit prouver que son absence est due à une maladie. Le certificat médical est un moyen de preuve qui peut être contesté s'il n'apparaît pas crédible ; d'autres preuves (témoignage par exemple) sont théoriquement possibles. Le certificat médical n'a pas à indiquer les causes de l'incapacité de travail (couvertes par le secret médical). Il doit attester de l'incapacité de travail en précisant son taux et sa durée.

Quand une personne est internée dans la section psychiatrique d'un hôpital, elle peut demander à celui-ci de rédiger le certificat sur un papier à en-tête qui n'indique pas qu'il s'agit de la section psychiatrique.

### 2.5.2 Certificat d'un médecin étranger

Les certificats établis à l'étranger sont plus vite suspectés de complaisance. Si nécessaire, l'employé devra se soumettre à un examen médical en Suisse.

### 2.5.3 La preuve de la maladie et l'expertise médicale

Lorsque l'employeur a de sérieuses raisons de douter de la véracité du certificat ou de la réalité de la maladie, il peut demander à l'employé de se soumettre à un examen médical effectué par un médecin rattaché directement ou indirectement à l'entreprise ou par un autre médecin qu'il peut choisir<sup>36</sup>. Ce deuxième médecin est soumis au secret médical et ne peut qu'attester de la capacité ou de l'incapacité de travail. Il ne peut pas divulguer des données sur l'affection qui entraîne cette incapacité.

En règle générale, le refus de se soumettre à un examen est interprété comme l'aveu du caractère peu sérieux du certificat produit par l'employé.

#### Exemple

L'invitation faite à une employée incapable de travailler de se rendre chez un médecin-conseil pour y subir un examen psychiatrique ne porte pas une atteinte grave et objective à la personnalité de l'intéressée, sauf circonstances spéciales<sup>37</sup>.

Les experts sont rémunérés par l'employeur ou l'assureur. L'expérience démontre que leurs expertises ne sont pas au-dessus de tout soupçon. Si l'assureur perte de gain décide de suspendre ses versements suite à une expertise douteuse, il appartient à l'employé de contester cette décision dans les formes prescrites.

Lorsque l'expert est inadéquat, brutal, raciste ou qu'il commet des erreurs sur les faits – ce qui arrive –, il faut le faire immédiatement savoir à l'assureur.

## 2.6 Le droit au salaire durant la maladie

### 2.6.1 Lorsqu'il n'y a pas d'assurance perte de gain maladie

L'assurance perte de gain maladie est facultative en Suisse. Si un employeur en est dépourvu, l'employé malade touchera 100% de son salaire pour une période limitée si les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou s'ils ont été conclus pour plus de trois mois et si l'empêchement de travailler n'est pas fautif<sup>38</sup>. Le salaire est ainsi couvert durant trois semaines au cours de la première année de travail, puis pour une période plus longue fixée équitablement<sup>39</sup>. Concrètement, des échelles sont appliquées par les tribunaux.

Exemple d'échelle de paiement du salaire :

Pas de salaire	si moins de 3 mois dans l'entreprise ;
3 semaines	dès 3 mois dans l'entreprise ;
1 mois	dès 1 an dans l'entreprise ;
2 mois	dès 2 à 4 ans dans l'entreprise ;
3 mois	dès 5 à 9 ans dans l'entreprise ;
4 mois	dès 10 à 14 ans dans l'entreprise ;
5 mois	dès 15 à 19 ans dans l'entreprise ;
6 mois	dès 20 à 24 ans dans l'entreprise ;
7 mois	dès 25 à 29 ans dans l'entreprise ;
8 mois	dès 30 à 34 ans dans l'entreprise ;
9 mois	dès 35 à 39 ans dans l'entreprise ;
10 mois	dès 40 à 45 ans dans l'entreprise.

Pour des renseignements plus précis, il faut s'adresser au syndicat.

En cas d'incapacité partielle de travail, la durée de l'obligation de payer le salaire est prolongée<sup>40</sup>. La fin de l'obligation de payer le salaire n'entraîne pas la fin du contrat de travail. On peut donc se retrouver malade et sans salaire.

La période d'essai est généralement d'un mois. Elle peut être portée à trois mois par accord écrit. Il s'ensuit que l'employé malade durant la période d'essai n'a généralement pas droit à une indemnité<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Art. 324 a CO.

<sup>39</sup> Art. 324 a CO.

<sup>40</sup> Bruchez, Cavin, Contini, Dolivo, Jacottet Tissot, Perdrizat, Vos droits au travail, op. cit., p. 53.

<sup>41</sup> ATF 131III 623.

### 2.6.2 Lorsqu'il y a une assurance perte de gain maladie

Il faut se renseigner auprès de l'employeur pour en connaître les conditions précises. En principe l'employé en incapacité de travail touche 80% du salaire durant 720 jours. Il se peut que des conditions plus favorables soient prévues.

En cas problèmes avec l'assureur, on peut s'adresser à l'ombudsman SUVA pour un contrat LCA et à l'ombudsman de l'assurance maladie pour un contrat LAMa.

### 2.6.3 La maladie fait suite à un accident : couverture par l'assurance accidents (LAA)

Il arrive qu'une maladie psychique se développe suite à un accident ou à un choc émotionnel au travail, par exemple un brigandage. La perte de gain est alors prise en charge par la LAA, les rechutes et les séquelles tardives également<sup>42</sup>, lorsque l'affection psychique en apparence guérie se manifeste à nouveau<sup>43</sup>. Pour que la LAA prenne en charge l'incapacité de travail découlant d'un accident, il faut pouvoir démontrer l'existence d'un lien de causalité entre l'accident et l'incapacité de travail. Le fait que la victime ait une prédisposition morbide ne suffit pas à interrompre ce lien de causalité<sup>44</sup>. En règle générale, la jurisprudence considère qu'un traumatisme psychique devrait être surmonté au bout de quelques semaines ou mois<sup>45</sup>. Le droit à une rente s'ouvre lorsqu'il n'y a plus lieu d'attendre que le traitement médical conduise à une amélioration de la santé<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Article 11 OLAA.

<sup>43</sup> 8C\_519/2014 du 28 août 2015.

<sup>44</sup> ATF 113 V 321, SJ 2010 73.

<sup>45</sup> ATF 129 V 177.

<sup>46</sup> Article 19 LAA.

<sup>47</sup> 8C\_412/2015 du 5 novembre 2015 (d).

<sup>48</sup> Bulletin LACI IC A1 B218.

<sup>49</sup> Un projet de modification de la LAI supprime le délai de 30 jours. FF 2017 2559.

<sup>50</sup> Chapitre III 2.1 *infra*.

Exemple

En 2015, le TF a admis que la victime d'un viol pouvait subir de ce fait une incapacité de travail prise en charge par la LAA cinq ans plus tard<sup>47</sup>.

## 2.7 La maladie qui dure longtemps

Une maladie qui se prolonge ne met pas automatiquement fin au contrat de travail. Un contrat de travail doit être résilié expressément selon la forme prévue et en respectant les délais.

Sans assurance perte de gain maladie, il faut souvent se résoudre à quitter l'emploi pour devenir chômeur. Dans ce cas, il faut avoir une capacité de travail de 20 % pour toucher le chômage<sup>48</sup>.

### 2.7.1 Trente jours ou plusieurs fois quelques jours : annonce possible à l'office AI

Une maladie qui se prolonge au-delà de 30 jours<sup>49</sup> peut contraindre un employé à s'annoncer à l'assurance invalidité, en vue d'une détection précoce<sup>50</sup>. Il en va de même lorsqu'une personne s'absente pour raisons de

santé, pour de courtes périodes mais de manière répétée, pendant une année<sup>51</sup>. L'annonce peut être faite par un tiers<sup>52</sup>.

Aucune disposition légale n'est prévue pour empêcher l'employeur d'utiliser à son profit les informations obtenues à l'occasion d'un entretien avec les organes de l'assurance invalidité.

Si, dans ce contexte, l'employeur propose un poste adapté mais moins prestigieux ou moins rémunéré il faut analyser la situation en termes d'invalidité. En effet, une diminution de gain de 20% peut déjà donner droit à un reclassement<sup>53</sup> de la part de l'assurance invalidité.

### 2.7.2 Dès trente jours : intervention du case manager de l'assurance perte de gain maladie

L'assureur peut mandater un case manager qui prend rendez-vous pour se présenter à domicile, sous couvert de bavarder au calme à propos de la situation et de trouver une solution. Il a pour mission de coordonner les différents acteurs (employé, employeur, médecins) et peut proposer du job coaching. Son intervention ne bloque pas les possibilités de licenciement. Il n'est pas soumis au secret.

En dépit de leurs bonnes intentions affichées, ces case managers sont aussi des fouineurs qui tentent d'obtenir de l'assuré qu'il divulgue spontanément des données protégées par le secret médical ; ils tirent de l'observation du logement et de sa propreté des conclusions sur l'état de santé et la capacité de travail. Il est prudent de ne pas les recevoir seul. Dans tous les cas, il ne faut leur livrer aucune information sur sa santé, aucun diagnostic, aucun pronostic, mais les renvoyer au certificat du médecin traitant.

Un assuré averti en vaut deux  
Les enquêteurs ne peuvent pas s'imposer chez les assurés qui ne le veulent pas, ce serait une violation de domicile (article 186 CP). Il est dès lors parfaitement légitime de les rencontrer à l'extérieur.

### 2.7.3 Six mois : protéger le droit à une rente AI

S'annoncer à temps permet de sauvegarder son éventuel droit à une rente. En effet, le droit à la rente AI prend naissance à l'échéance d'une période de six mois à compter de la date à laquelle l'assuré a fait valoir son droit aux prestations<sup>54</sup>. Il faut encore, pour avoir droit à une rente, que l'incapacité de travail de 40% au moins ait duré une année<sup>55</sup>. Il est donc conseillé de s'annoncer à l'AI au plus tard au cours du 6<sup>e</sup> mois de maladie.

<sup>51</sup> Article 1 ter al. 1 let. a et b RAI.

<sup>52</sup> l'employeur, le représentant légal de l'assuré, sa famille, son médecin traitant et son chiropraticien, l'assureur maladie, l'assureur accident, l'assureur LPP, les organes du chômage et les organes de l'aide sociale sont habilités à communiquer un cas à l'assurance invalidité.

<sup>53</sup> Chapitre III 3.1.2.3 *infra*.

<sup>54</sup> Article 29 LAI.

<sup>55</sup> Article 28b al. 1 let. a LAI.

### 2.7.4 Environ six mois : exigences de l'assurance maladie perte de gain maladie

En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'assureur peut accorder un délai raisonnable (trois à six mois selon la jurisprudence) à l'employé pour qu'il change d'activité ou de profession<sup>56</sup> s'il peut mettre à profit sa capacité résiduelle de travail dans une autre branche. A l'issue de ce délai, l'indemnité perte de gain peut être réduite. Avant de réduire les prestations, l'assureur doit adresser une mise en demeure écrite<sup>57</sup>.

### 2.7.5 Plus de six mois : penser à l'AVS

Les cotisations AVS ne sont pas perçues sur les indemnités journalières de perte de gain maladie. Si la maladie dure longtemps, il est important de les verser soi-même en tant que personne sans activité lucrative pour ne pas perdre des années de cotisation.

### 2.7.6 Peut-on se rendre à l'étranger durant une maladie ?

Le médecin traitant peut donner une indication favorable mais c'est l'assureur perte de gain maladie qui autorisera le séjour.

### 2.7.7 Conséquences de la maladie liée au poste de travail

Il arrive que l'incapacité de travail soit intimement liée au poste occupé : l'employé aurait ainsi une capacité de travail totale ou partielle dans un autre poste ou auprès d'un autre employeur. En règle générale, il faudrait éviter de faire spontanément état de cette particularité, car une incapacité liée à la place de travail pourrait priver l'employé de la protection contre les licenciements pendant une maladie<sup>58</sup>. De plus, l'assureur perte de gain maladie pourrait exiger un changement de poste.

### 2.8 Quelle protection contre le licenciement durant une maladie ?

Le droit suisse n'interdit pas de licencier une personne malade. Toutefois, le licenciement ne peut intervenir qu'après l'expiration d'une période de protection et moyennant le respect du délai de congé.

Les périodes de protection contre le licenciement durant la maladie

30 jours	pendant la 1 <sup>re</sup> année de service
90 jours	de la 2 <sup>e</sup> à la 5 <sup>e</sup> année de service
180 jours	à partir de la 6 <sup>e</sup> année de service

Les années de services comptent dès la date de l'entrée en service ; les périodes de protection se comptent en jours, y compris les jours de congé et les dimanches. Les CCT, les CTT et les contrats individuels peuvent prévoir des périodes plus longues.

<sup>56</sup> Article 6 LPGA.

<sup>57</sup> Article 21 al. 4 LPGA 9C\_546/2008 du 28 août 2008.

<sup>58</sup> 4A\_391/2016 du 8 novembre 2016 (it.).

la période de protection pour pouvoir licencier un employé malade ; il doit alors respecter le délai de congé prévu par le contrat ou par le code des obligations.

Le congé donné par l'employeur avant la maladie est cependant valable. La survenance d'une maladie après la notification du congé a pour effet de suspendre le délai de congé pour une période équivalente à la période de protection. A l'expiration de cette période de protection, le délai de congé recommence à courir.

Le délai de congé et la forme que doit prendre le congé (par écrit, par oral, par lettre recommandée) dépendent du contrat de travail. Si le contrat ne spécifie rien, le code des obligations s'applique et le congé donné oralement est valable.

Un employé averti en vaut deux

Il est préférable de ne pas signer une lettre de congé dans les locaux de l'employeur et sous le coup de l'émotion, car le risque existe de consentir, sans s'en rendre compte, à une réduction du délai de congé.

#### Délais légaux de congé<sup>59</sup>

7 jours	pendant le temps d'essai
1 mois	pendant la 1 <sup>re</sup> année de service
2 mois	de la 2 <sup>e</sup> à la 9 <sup>e</sup> année de service
3 mois	ultérieurement

Les années de services comptent dès la date de l'entrée en service.

Le mois durant lequel le congé est reçu ne compte pas dans le délai de congé. La notification du congé doit ainsi parvenir à l'employé au plus tard le dernier jour du mois.

Une personne qui reçoit son congé durant une maladie devrait immédiatement prendre contact avec un syndicat ou un service de conseil juridique, car beaucoup d'employeurs commettent des erreurs faute de bien connaître la loi.

### 2.8.1 Licenciement durant une maladie niée par l'assureur perte de gain

Il arrive que le médecin certifie l'existence d'une maladie incompatible avec le travail tandis que l'expert de l'assureur estime qu'un retour au poste est possible. Dans un tel cas, le Tribunal fédéral a jugé que le non-retour au travail n'était pas un abandon de poste justifiant un licenciement<sup>60</sup>. Par ailleurs, l'avis d'un médecin-conseil d'assurance, sommaire, dépourvu de motivation et d'explications, rendu sur la seule base du dossier ne permet pas d'exiger

<sup>59</sup> Article 335b CO. Des délais plus longs peuvent être prévus par CCT, CTT ou contrat individuel.

<sup>60</sup> 8C\_472/2014, 8C\_486/2014 du 3 septembre 2015.

le retour au travail lorsque l'incapacité de travail est bien documentée par le médecin traitant<sup>61</sup>.

### 2.8.2 Le licenciement durant une maladie non annoncée à l'employeur

La personne qui souffre d'une dépression justifiant une incapacité de travail peut craindre d'aggraver sa situation en annonçant un arrêt de travail. Lorsqu'elle est licenciée durant une telle période, l'employeur ignorant l'existence d'un motif de protection contre le licenciement<sup>62</sup>, elle ne perd pourtant pas la protection de la loi. Le Tribunal fédéral a, en effet, jugé que l'intérêt supérieur du travailleur en incapacité de travail l'emportait sur la violation du devoir de fidélité qui l'oblige à annoncer un arrêt de travail à son employeur<sup>63</sup>.

De même, la protection légale contre le congé n'est pas subordonnée à une connaissance réelle de la situation du travailleur : seules comptent les circonstances objectives. Ainsi un travailleur malade qui n'a pas conscience de l'être est protégé contre les congés donnés en temps inopportun<sup>64</sup>.

### 2.9 La protection de la personnalité pendant les rapports de travail

L'article 328 CO impose à l'employeur de protéger la santé et l'intégrité personnelle de l'employé et d'apaiser les conflits. A cette fin, il doit prendre les mesures commandées par l'expérience et adaptées aux conditions de l'exploitation. Il ne peut pas se désintéresser de l'atmosphère au travail et laisser de simples tensions dégénérer en conflits. Il a le devoir de prévenir les conflits sur le lieu de travail et de prendre toutes les mesures nécessaires à les désamorcer lorsqu'ils ont éclaté. Il ne saurait se contenter de prier un employé de changer d'attitude sans suggérer des mesures concrètes de nature à améliorer l'ambiance.

Ainsi, lorsque le travail génère des souffrances propres à altérer la personnalité l'employeur en est souvent responsable.

#### Exemple

Le Tribunal fédéral a reconnu dans une affaire opposant une conseillère esthétique à son employeur<sup>65</sup> que les pressions exercées sur le personnel, non pas dans l'intention arrêtée de nuire comme dans l'hypothèse d'un mobbing, mais en raison d'un système très contraignant d'acquisition de la clientèle, le sont au détriment de la personnalité des employés, soit en violation de l'article 328 CO. Cette organisation commerciale et ce système délibéré sont de nature, dans de telles circonstances, à entraîner à terme la dégradation de la santé des personnes qui y sont exposées. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a alloué à la travailleuse une indemnité de 10 000 frs pour tort moral, « pour tenir compte de la pression constante, de longue durée, exercée sur la travailleuse et de l'absence de considération autre que celle d'un rendement maximum à obtenir »<sup>66</sup>.

<sup>61</sup> 4A\_42/2017 du 29 janvier 2018 destiné à publication.

<sup>62</sup> Art. 336c al. 1 let. B CO.

<sup>63</sup> 4C.346/2004/ech du 15 février 2005.

<sup>64</sup> 4C.413/2004 du 10 mars 2005, ATF 128 III 212.

<sup>65</sup> ATF 4C.24/2005/ech non publié.

<sup>66</sup> ATF 4C.24/2005/ech 7.3, non publié.

De plus, suite à un arrêt du Tribunal fédéral<sup>67</sup>, l'employeur est désormais tenu de mettre à disposition des employés une personne de confiance hors hiérarchie à laquelle chacun peut s'adresser en cas de tensions sur le lieu de travail pour obtenir, en toute discrétion, un soutien, une écoute ou des conseils. L'employeur doit informer sur l'existence de cette personne de confiance.

### 3. La fin du contrat de travail

#### 3.1 Donner son congé parce qu'on souffre au travail

Chacun est libre de donner son congé sans motifs pour autant qu'il respecte les délais légaux et ne le fasse pas en temps inopportun. Il faut toutefois être prudent si on donne son congé sans avoir trouvé un autre emploi et sans avoir les moyens de se passer de revenus. En effet, le chômage peut sanctionner ce comportement par une suspension du droit à l'indemnité.

Cependant, lorsque la situation devient insupportable sur le lieu de travail, au point que la place occupée ne correspond plus à un travail convenable au sens de la LACI, il est légitime de donner son congé même sans avoir réussi à s'assurer d'un autre emploi. L'assurance chômage ne saurait en effet exiger d'une personne qu'elle subisse des violations de ses droits ou des atteintes à sa personnalité sur sa place de travail.

Dans cette hypothèse, il convient de motiver sérieusement le congé par écrit, en faisant état des difficultés rencontrées de façon à ce que l'assurance chômage ne puisse pas invoquer un renoncement illégitime à son poste. Lorsque les souffrances subies sont objectivables, il est possible de saisir le tribunal du travail pour demander une indemnité pour atteinte à la personnalité.

Les personnes en arrêt maladie à la suite d'une souffrance au travail et qui ne peuvent envisager d'y retourner se demandent souvent s'il n'est pas préférable de donner leur congé et de tourner la page. La réponse à cette interrogation n'est pas univoque. Tant que dure l'incapacité de travail à 100% et que le droit à des prestations de l'assurance perte de gain maladie est ouvert, il est préférable de ne pas donner son congé. En effet, pour avoir droit à une pleine indemnité de chômage, il faut avoir une capacité de travail de 20 % au moins<sup>68</sup>. Certes, au moment où l'arrêt de travail prend fin, il faut retourner à son poste et effectuer son délai de congé. Si cette perspective est insupportable à cause des souffrances subies antérieurement sur le lieu de travail, il est possible de tenter de négocier la fin du contrat avant de donner son congé. L'expérience démontre que les personnes longuement absentes pour cause de maladie psychique sont souvent remplacées bien avant leur rétablissement, licenciées puis libérées de l'obligation de travail pendant le délai de congé.

<sup>67</sup> 2C\_462/2011 du 9 mai 2012, résumé sur le site de PMS.

<sup>68</sup> Bulletin LACI IC A1 B218, op. cit.

Tant qu'un employé a droit à un salaire ou à une indemnité maladie, il ne peut y renoncer volontairement sans s'exposer à une sanction de la part de l'assurance chômage.

#### 3.2 Recevoir son congé durant une maladie : quelles ressources financières ?

L'employeur peut licencier valablement l'employé durant une période de maladie, une fois la période de protection expirée (voir Chapitre I 2.8 supra). Une personne peut donc se retrouver malade et sans contrat de travail. Pour éviter de se retrouver sans aucune ressource financière, il n'existe que des possibilités boiteuses. En effet, l'ordre juridique suisse n'empêche pas qu'une personne malade sombre dans le dénuement.

##### 3.2.1 Les prestations de l'assurance perte de gain maladie, s'il y en a une LCA

Parfois le contrat LCA prévoit que la personne en incapacité de travail continue à bénéficier des prestations après la fin des rapports de travail. Mais, la plupart du temps le contrat se termine avec la fin des rapports de travail ou 30 jours plus tard (voir aussi Chapitre I 4.1.3 *infra*).

##### LAMal

L'assurance perte de gain maladie collective peut être maintenue à titre individuel<sup>69</sup>, sans que l'assureur puisse émettre de nouvelles réserves. Dans le système LAMal c'est le seul moyen de garantir une couverture subséquente (voir aussi Chapitre I 4.1.4 *infra*).

##### 3.2.2 L'inscription au chômage

Une personne malade peut s'inscrire au chômage pour autant qu'elle remplit les conditions de cette assurance et qu'elle ait une capacité de travail de 20%<sup>70</sup>.

Selon l'article 70 al. 1 let b LPGA, l'assurance chômage doit provisoirement prendre en charge les prestations de l'assurance maladie qui sont litigieuses.

<sup>69</sup> Article 71 LAMal.

<sup>70</sup> Bulletin LACI IC A1 B218, op. cit., note 68.

<sup>71</sup> Article 29 LAI.

<sup>72</sup> Articles 8 al. 3 et 22 al. 1 LAI.

##### 3.2.3 La demande de prestations auprès de l'assurance invalidité

Une personne désormais incapable de réaliser son gain antérieur peut s'adresser à l'assurance invalidité. Toutefois, l'assurance invalidité ne versera pas de rente dès l'annonce du cas, mais au plus tôt 6 mois après l'annonce du cas<sup>71</sup>.

Une indemnité journalière pourra être versée si l'assuré suit des mesures de réadaptation<sup>72</sup>. La demande d'aide à l'assurance invalidité n'exclut donc pas le recours à l'aide sociale faute d'autres ressources.

### 3.2.4 Le recours à l'aide sociale

Une personne malade qui n'a droit ni à un salaire, ni à des indemnités perte de gain maladie, ni au chômage et qui ne reçoit pas de rente de l'assurance invalidité peut recourir à l'aide sociale si, après épuisement de ses propres ressources, elle se trouve dans le besoin et qu'elle n'a pas droit à l'entretien de la part d'un tiers (conjoint ou partenaire).

### 3.2.5 Donner ou recevoir son congé durant une crise psychotique: un acte sans effets

Les personnes qui renoncent à leur travail au cours d'une crise altérant leur discernement ne le font pas valablement. En effet, le congé donné dans un moment d'incapacité de discernement est nul car « les actes de celui qui est incapable de discernement n'ont pas d'effet juridique »<sup>73</sup>. Comme un congé nul n'a pas d'effet, les obligations de l'employeur et de l'assurance perte de gain maladie demeurent inchangées.

Si le congé donné durant une de ces périodes est néanmoins accepté par l'employeur, qui ne reconnaît pas l'incapacité de discernement, il appartiendra à l'employé de prouver qu'il était sans discernement au moment du congé. A cet effet, l'attestation du médecin sera d'une grande utilité. D'autres moyens de preuve sont possibles: témoignages sur l'état du travailleur au moment du congé, informations sur la pathologie et ses effets sur le discernement, etc<sup>74</sup>.

Le raisonnement est valable mutatis mutandis pour le congé reçu durant une période d'incapacité de discernement: il n'est pas valablement notifié.

## 3.3 Le congé abusif

### 3.3.1 Recevoir son congé à cause d'une maladie

Il peut arriver qu'une personne qui souffre d'une maladie psychique soit licenciée après avoir tenu bon durant des années ou suite à des difficultés avec les collègues. Il arrive également que le licenciement intervienne dès que l'employeur a connaissance de la maladie alors même que celle-ci ne s'est pas manifestée sur le lieu de travail. Dans ces différentes hypothèses, la question se pose de savoir si le licenciement est conforme au droit.

#### Art. 336

(...)

1 Le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie:

a. pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise;

(...)

<sup>73</sup> Article 18 CC.

<sup>74</sup> Voir L'incapacité de discernement et ses conséquences économiques, © Genève 2015, Pro Mente Sana Suisse romande.

<sup>75</sup> La convention sur le licenciement de l'OIT de 1982, qui limite les motifs de licenciement, n'a pas été ratifiée par la Suisse.

<sup>76</sup> Sauf en cas de discrimination à raison du sexe, voir article 10 LEg.

<sup>77</sup> Décision finale No VB.2012.00463 de la 4e Chambre du Tribunal administratif du canton de Zürich du 31 juillet 2013, cité par Plädoyer 6/13, p. 55.

<sup>78</sup> A. Witzig, Droit du travail, Schulthess Verlag, Genève/Zürich, 2018 p. 268.

<sup>79</sup> 4A\_2/2014 du 19 février 2014.

<sup>80</sup> Article 336 b CO.

En droit suisse, le congé ne doit pas obligatoirement être motivé, mais l'employeur doit le motiver si le travailleur le demande. Le principe dominant est celui de la liberté de résiliation<sup>75</sup>. Il s'ensuit que la définition suisse du congé abusif est très étroite. Au demeurant, même lorsque le congé est jugé abusif par un tribunal, il reste valable, il n'est pas annulable<sup>76</sup>. En cas de licenciement abusif, l'employeur peut être condamné à verser une indemnité de six mois de salaire maximum, un montant rarement accordé.

L'existence d'une maladie, la séropositivité, la déficience psychique, l'invalidité<sup>77</sup>, les antécédents judiciaires sont des motifs de congé abusifs au sens de l'article 336 al. 1 lettre a du code des obligations<sup>78</sup> pour autant que maladie, handicap ou séropositivité n'aient pas de lien avec le rapport de travail ou ne portent pas, sur un point essentiel, un préjudice grave au travail dans l'entreprise.

En revanche, le congé donné par un employeur qui apprend qu'une personne souffre ou a souffert d'une maladie psychique, sans que cette maladie ait eu pour conséquence de porter un préjudice grave au travail, est abusif. Un simple inconfort ne saurait être assimilé à un préjudice grave. De même, l'éventualité d'un préjudice futur n'est pas un préjudice grave.

Le TF a jugé abusif le congé donné à un employé qui, en raison des troubles psychiques dont il souffrait, n'avait pas révélé son incapacité à prendre son poste dans le magasin auquel il était affecté. Avant de le licencier pour ce motif, l'employeur aurait dû prendre des mesures adaptées, comme l'employer dans un autre magasin<sup>79</sup>.

Si le congé semble abusif, il faut s'y opposer par écrit avant la fin du délai de congé, faire valoir sa version des faits et saisir le tribunal du travail dans les 180 jours qui suivent la fin du contrat de travail sous peine d'être déchu de ses droits<sup>80</sup>. Il faut garder une copie de la lettre d'opposition au congé en vue d'un éventuel litige.

### 3.3.2 Recevoir son congé à cause d'un trait de caractère

Le Tribunal a eu à se pencher sur les défauts de caractère de l'employé: trop forte personnalité, troubles problématiques de la mémoire, incapacité viscérale à prendre une décision. Le licenciement prononcé pour ces motifs n'est en principe pas abusif, sauf s'il répond à un motif de simple convenance personnelle de l'employeur.

S'il est établi qu'une situation conflictuelle sur le lieu de travail, due au caractère difficile d'un employé, nuit notablement au travail en commun dans l'entreprise, le congé donné à celui-ci n'est pas abusif (...) à condition toutefois que

l'employeur ait pris toutes les mesures que l'on pouvait attendre de lui pour désamorcer le conflit, telles que des modifications de son organisation ou des instructions adressées aux autres travailleurs<sup>81</sup>.

### 3.3.3 Recevoir son congé à cause d'une maladie mais sous un autre prétexte

Le risque existe toujours que l'employeur motive le congé par une autre raison que la maladie et que cela rende difficile la preuve du congé abusif. Dans ce cas, il faut s'opposer au congé abusif dans la forme et les délais légaux (voir Chapitre I 3.3.1 *supra* dernier §).

En cas de pluralité de motifs de congé, l'employeur doit démontrer qu'il aurait licencié le travailleur même en l'absence du motif abusif.

Il est abusif de licencier un travailleur rendu malade par l'attitude brutale de l'employeur, même si l'employeur a des raisons économiques de licencier et qu'il préfère logiquement se défaire d'un travailleur absent plutôt que d'un autre<sup>82</sup>.

### 3.3.4 Recevoir un congé donné sans aucun égard

Un congé donné avec un tel manque d'égard qu'il porte une atteinte grave au droit de la personnalité dans le contexte d'une résiliation est également abusif<sup>83</sup>. A noter qu'une attitude simplement incorrecte de la part de l'employeur n'y suffit pas. Il faut s'y opposer dans la forme et les délais légaux (voir Chapitre I 3.3.1 *supra* dernier §).

### 3.3.5 Recevoir son congé suite à une atteinte à la personnalité

Il arrive souvent que des personnes en souffrance psychique perçoivent leur licenciement comme la résolution à leurs dépens d'un conflit auquel elles ont été parties ou dont elles ont été victimes. Et, en effet, il semble que les personnes handicapées sont cinq fois plus exposées au mobbing que leurs collègues<sup>84</sup>. Il faut s'opposer à un tel congé dans la forme et les délais légaux (voir Chapitre I 3.3.1 *supra* dernier §). Néanmoins, seul un tribunal pourra établir les faits pertinents sur la base des preuves, des indices concordants et des témoignages et dire si la situation vécue sur le lieu de travail correspondait ou non à un harcèlement prohibé par la loi. Cela étant, la personnalité de l'employé peut être atteinte par une accumulation d'actes qui ne correspondent pas à la définition du harcèlement<sup>85</sup>.

Dans des situations conflictuelles, le licenciement sera considéré comme abusif si l'employeur n'a pas pris les mesures qui s'imposaient pour désamorcer les tensions ou empêcher le harcèlement.

<sup>81</sup> 4C.189/2003/ech et 4A\_240/2017.

<sup>82</sup> 4A\_437/2015. Un résumé de cet arrêt se trouve sur le site de Pro Mente Sana.

<sup>83</sup> SJ 2007 II, p. 65. Florence Aubry Girardin, *Le licenciement abusif et la jurisprudence récente*.

<sup>84</sup> *Mobbing, harcèlement psychologique au travail, que faire ?*, Syndicat interprofessionnel de travailleuses et travailleurs, 2001.

<sup>85</sup> 4D\_72/2017.

Si des actes de mobbing ont provoqué une baisse de rendement ou une période de maladie chez l'employé, il est abusif de le licencier à cause de la diminution de ses performances. Car cela reviendrait, pour l'employeur, à tirer avantage de ses propres fautes, ce qui est contraire à la bonne foi. Il en va de même si un conflit sur le lieu de travail s'est envenimé au point d'altérer le caractère du travailleur qui se retrouve licencié pour le motif qu'il porterait un préjudice grave au travail par son attitude. Enfin, un employeur doit aussi protéger l'employé contre des rumeurs qui portent atteintes à sa personnalité<sup>86</sup>.

En cas de harcèlement, il est donc très important de dénoncer immédiatement les faits à l'employeur pour lui permettre d'agir conformément à ses obligations découlant de l'article 328 CO et d'exiger qu'il le fasse.

## 3.4 Le certificat de travail

Le certificat de travail ainsi que les renseignements fournis par l'employeur sont soumis aux principes de véracité et de bienveillance. Le certificat de travail doit faciliter l'avenir économique de l'employé de sorte que le motif de la fin des rapports de travail ne doit pas y figurer.

Les personnes qui ont subi des arrêts de travail à cause d'une maladie psychique se posent souvent deux questions récurrentes quant au certificat de travail : date du certificat et mention des absences.

### 3.4.1 La date du certificat de travail

La date est celle de la délivrance du certificat, sauf si celle-ci a été retardée par une procédure qui devait en déterminer le contenu. La date est alors celle à laquelle le certificat aurait dû être délivré. Le certificat porte sur toute la durée des rapports de travail et jusqu'à la fin du contrat. Lorsque l'employé a été malade pendant le délai de congé, le certificat de travail inclut aussi cette période.

### 3.4.2 La mention dans le certificat de travail des absences et de leur cause

L'état de santé n'a pas à figurer dans un certificat de travail, car cela porterait atteinte à la sphère privée de l'employé. En outre, la mention des absences pour maladie porte clairement préjudice à l'avenir professionnel de l'employé. Malgré cela, les tribunaux admettent que les absences pour maladie significatives soient mentionnées dans le certificat de travail si la maladie a eu une influence négative sur le travail ou si le contrat a dû être résilié pour cette raison.

<sup>86</sup> SJ 2007 II, p. 66-67. Florence Aubry Girardin, *Le licenciement abusif et la jurisprudence récente*.

Une maladie doit être mentionnée dans un certificat de travail lorsqu'elle a remis en question l'aptitude du travailleur à exécuter sa tâche et qu'elle a constitué la cause de la résiliation du contrat. A l'inverse, on n'inscrit pas de remarques sur les problèmes de santé résolus qui n'ont pas eu de répercussions sur les prestations ou la conduite de l'employé.

Si le certificat proposé ne donne pas satisfaction, il est possible de demander qu'il ne porte que sur la nature et la durée des rapports de travail sans autre commentaire<sup>87</sup>. Cela permet d'expliquer la situation à un futur employeur sous un jour favorable que l'on élabore soi-même.

## 4. Après la fin : maintenir la prévoyance

### 4.1 L'assurance perte de gain maladie

La fin du contrat de travail entraîne la fin du bénéfice du contrat d'assurance perte de gain maladie, car ce contrat lie l'employeur et l'assureur. En principe, l'employé peut demander à se maintenir dans l'assurance perte de gain à titre individuel. Toutefois, la procédure diffère selon que le contrat est soumis à la LCA ou à la LAMal.

#### 4.1.1 Faut-il passer de l'assurance collective à l'assurance individuelle ?

Il n'y a pas de réponse simple à cette question, car le passage en assurance individuelle a un coût financier puisqu'il implique de payer soi-même l'entier de la prime, ce qui peut être très cher. De plus, il arrive que les indemnités proposées soient ridiculement basses, entre 6 et 40 frs par jour<sup>88</sup>.

Avant de décider de passer de l'assurance collective à l'assurance individuelle, il faut se renseigner sur les coûts auprès de l'assureur.

Par ailleurs, la personne qui quitte son emploi, se sachant de santé fragile et craignant les réserves que la caisse de son prochain employeur ne manquera pas d'émettre, ou la personne qui envisage de devenir indépendante peut trouver avantage à conserver une assurance à titre individuel. En effet, la caisse ne peut pas émettre de nouvelles réserves si l'assuré ne s'assure pas pour des prestations plus élevées que celles dont il bénéficiait dans l'assurance collective.

Enfin, le passage à l'assurance individuelle peut être utile à la personne malade qui devient chômeuse sans pouvoir envisager un prompt rétablissement de sa santé. En effet, l'assurance chômage, qui a un caractère subsidiaire, ne couvre que 30 jours de maladie.

<sup>87</sup> 4Article 330a CO.

<sup>88</sup> 4Motion Humbel 14.3861 du 25.09.2014.

### 4.1.2 Particularités cantonales

Genève et Vaud ont une assurance obligatoire pour les chômeurs qui ne couvre pas toujours les maladies existantes (voir Chapitre II *infra* 5.1).

#### 4.1.3 Passage dans l'assurance individuelle sous le régime LCA

Les compagnies d'assurance privées sont tenues par la loi de permettre le passage dans l'assurance individuelle aux salariés au chômage. Les assureurs LCA ne peuvent pas opposer de réserve ou d'exclusion de couverture à l'assuré qui quitte l'assurance collective privée en raison du chômage<sup>89</sup>.

La demande de passage à l'assurance individuelle doit être faite dans les 30 jours et ce délai n'est pas prolongeable.

Les assureurs LCA n'ont toutefois aucune obligation d'informer les assurés de leur droit de passage. C'est l'employeur qui est tenu de le faire. Si l'assuré laisse s'écouler le délai sans agir, son droit de passage est perdu et il devra se retourner contre son employeur.

En revanche, le passage dans l'assurance individuelle avec maintien de la couverture d'assurance n'est pas garanti aux personnes qui quittent un emploi sans aller au chômage. Cependant, la plupart des assureurs LCA permettent ce passage avec maintien de la couverture antérieure et sans formuler de nouvelles réserves relatives à l'état de santé.

#### 4.1.4 Droit au passage dans l'assurance individuelle sous le régime LAMal

A la fin du contrat de travail, un employé, même malade, peut demander son transfert de l'assurance perte de gain maladie collective à une assurance individuelle qui continuera à lui verser des indemnités journalières aux conditions qui étaient celles de l'assurance collective bien que le contrat de travail soit résilié. Aucune nouvelle réserve ne peut être émise<sup>90</sup>.

L'assureur est tenu de renseigner l'assuré par écrit sur son droit de passage en assurance individuelle. L'assuré doit faire valoir son droit de passage dans les trois mois qui suivent la communication de l'assureur. Si l'assureur ne renseigne pas l'assuré sur son droit de passage, celui-ci reste dans l'assurance collective.

A défaut d'accord contraire, le droit aux indemnités journalières prendra désormais naissance le troisième jour qui suit le début de la maladie. Il en résultera une surassurance pour une personne au chômage. En effet, l'assurance chômage couvre le risque maladie durant 30 jours<sup>91</sup>. Pour éviter cette surassurance, qui coûte inutilement cher, il est possible de prétendre, moyennant une adaptation équitable des primes, à la transformation de son

<sup>89</sup> Article 100 al. 2 LCA qui renvoie aux articles 71 al. 1 et 73 LAMal.

<sup>90</sup> Article 71 LAMal..

<sup>91</sup> Article 28 LACI.

ancienne assurance perte de gain maladie en une assurance dont les prestations sont versées dès le 31<sup>e</sup> jour, sous garantie du montant des anciennes indemnités journalières et sans prendre en considération l'état de santé au moment de la transformation<sup>92</sup>. Cette solution est intéressante du fait que les indemnités maladie de l'assurance chômage ne durent que 30 jours.

#### 4.2 La fin du contrat de travail et le 2<sup>e</sup> pilier

Le contrat de prévoyance professionnelle prend fin en cas de dissolution des rapports de travail. Le salarié demeure néanmoins assuré pour les risques d'invalidité et de décès durant un mois après la fin des rapports avec l'institution de prévoyance<sup>93</sup>. La prévoyance professionnelle ou la prévoyance vieillesse peuvent être maintenues soit auprès de la même institution de prévoyance, si les dispositions réglementaires le permettent, soit auprès de l'institution supplétive<sup>94</sup>.

Adresse de la Fondation institution supplétive LPP :  
15, avenue de Rumine, 1005 Lausanne, tél. : 021 614 75 11,  
e-mail : agence.lausanne@aeis.ch, Internet : www.aeis.ch

Les chômeurs sont soumis à l'assurance obligatoire du 2<sup>e</sup> pilier en ce qui concerne les risques de décès et d'invalidité<sup>95</sup> pour autant, bien entendu, que leur salaire coordonné<sup>96</sup> atteigne le montant prévu par la loi<sup>97</sup>. L'épargne vieillesse n'est donc pas couverte en cas de chômage. Lorsque le droit au chômage s'éteint parce que le délai cadre est écoulé, le contrat de prévoyance professionnelle prend également fin. Le maintien de la prévoyance contre les risques décès et invalidité est possible auprès de l'institution supplétive<sup>98</sup>.

<sup>92</sup> Article 73 al. 2 LAMal.

<sup>93</sup> Article 10 LPP et 331a al. 2 CO.

<sup>94</sup> Article 47 LPP.

<sup>95</sup> Article 2 al. 3 LPP.

<sup>96</sup> La LPP appelle « salaire coordonné » la partie du salaire annuel comprise entre 24'675 frs et 84'600 frs (chiffres 2018). Cette partie du salaire doit être assurée. Article 8 al. 1 LPP.

<sup>97</sup> Voir Ordonnance sur la prévoyance professionnelle obligatoire des chômeurs.

<sup>98</sup> Article 47 al. 2 LPP.

## CHAPITRE II. LE CHÔMAGE

Une personne malade, de même qu'une personne qui bénéficie d'une rente AI tout en ayant une capacité résiduelle de gain peuvent s'adresser à l'assurance chômage si elles remplissent les conditions d'assurance.

Les conditions pour avoir droit au chômage sont notamment les suivantes :

- être (partiellement) sans emploi ;
- avoir subi une perte de travail d'au moins deux journées de travail consécutives<sup>99</sup> et avoir eu un salaire de 500 frs par mois en moyenne<sup>100</sup> ;
- être domicilié en Suisse ;
- remplir les conditions relatives à la période de cotisation (article 13 LACI : 12 mois minimum dans les deux ans qui précèdent le début du droit à l'indemnité) ou en être libéré (article 14 LACI) ;
- être apte au placement (article 15 LACI) ;
- satisfaire aux exigences du contrôle<sup>101</sup>.

**99** Article 11 LACI. En outre, la perte de travail des assurés partiellement sans emploi est prise en considération lorsqu'elle s'élève à au moins deux jours entiers de travail en l'espace de deux semaines (article 5 OACI).

**100** Bulletin LACI IC A1 C14.

**101** Ces exigences sont définies par l'article 17 LACI : il s'agit principalement d'entreprendre ce qui est raisonnablement exigible pour éviter le chômage ou l'abrèger, en particulier chercher du travail et apporter la preuve des efforts fournis.

**102** 8C\_365/2016.

**103** Voir aussi chapitre I 3.1. supra.

Nous n'examinerons pas toutes ces conditions dans le cadre de cette brochure et nous concentrerons sur les aspects du chômage qui sont en lien avec la problématique des troubles psychiques.

### L'assurance chômage a la dent dure

Une hospitalisation pour troubles psychiques le 7 novembre n'est pas une excuse valable pour ne pas avoir remis ses preuves de recherche d'emploi le 5 novembre ; l'assurée aurait pu charger un tiers d'agir à sa place<sup>102</sup>.

### 1. Des précautions à prendre avant de quitter un emploi

Il faut savoir que l'assurance chômage refuse d'indemniser un assuré qui a droit à un salaire ou à des indemnités pour perte de gain maladie, qui a renoncé à un gain ou à un travail convenable. Résilier son contrat de travail sans avoir trouvé un autre emploi ou accepter une quittance pour solde de tout compte peut entraîner une suspension temporaire du droit à l'indemnité.

### Un assuré averti en vaut deux

La suspension du droit aux indemnités peut avoir des conséquences après la période de chômage, sur le droit à d'éventuelles mesures cantonales destinées à aider les chômeurs en fin de droit. Si la suspension est injustifiée, il ne faut donc pas hésiter à recourir immédiatement.

Pour éviter le reproche d'avoir renoncé à un travail convenable, il est préférable de ne pas donner son congé à la légère et dans tous les cas de le motiver sérieusement par une lettre de démission. En effet, l'assurance chômage ne peut pas exiger d'un assuré qu'il conserve un emploi qui le rend malade ou qui viole ses droits de la personnalité<sup>103</sup>.

Un assuré averti en vaut deux

Les problèmes de santé d'un infirmier qui donne son congé pour éviter le stress et le travail de nuit justifient la démission<sup>104</sup>.

En revanche, la même personne qui déclare vouloir devenir indépendante n'aura pas droit au chômage, car elle n'a pas l'intention d'exercer une activité salariée<sup>105</sup>.

### Risques en cas de licenciement

La personne qui se retrouve au chômage peut être sanctionnée si c'est son comportement qui a causé le chômage. Il doit s'agir d'un comportement clairement établi, qui aurait pu être évité. Le fait de ne pas donner entière satisfaction à l'employeur n'est pas un comportement fautif<sup>106</sup>.

Un assuré averti en vaut deux

Le refus catégorique de tout dialogue avec l'employeur justifie une sanction du chômage quand il entraîne un licenciement<sup>107</sup>.

## 2. Des personnes qui n'ont pas cotisé peuvent avoir droit au chômage (article 14 LACI)

Pour pouvoir toucher les prestations de l'assurance chômage, il faut avoir cotisé durant 12 mois au moins dans les deux ans qui précèdent la demande. Les personnes contraintes de reprendre une activité par nécessité économique à la suite de certains événements peuvent être dispensées de cette obligation. Encore faut-il que ces personnes aient eu un domicile en Suisse durant la période d'empêchement de cotiser.

Le domicile au sens de la LACI est le lieu de séjour habituel où l'assuré a le centre de ses relations personnelles<sup>108</sup>.

La libération de l'obligation de cotiser vise à atténuer les rigueurs d'événements imprévisibles. Pour y avoir droit, l'assuré doit se trouver dans la nécessité économique de prendre ou d'étendre une activité salariée à cause de l'événement. Cette nécessité sera examinée par l'assurance chômage. Les motifs de libération de l'obligation de cotiser doivent être contrôlables et prouvés.

### 2.1 Celles qui ont été malades pendant 12 mois au moins

Une personne qui a subi une maladie ayant duré plus de 12 mois au total dans les deux ans précédant son inscription au chômage et qui n'a de ce fait pas pu travailler, même à temps partiel, peut s'adresser à l'assurance chômage, bien qu'elle n'ait pas cotisé<sup>109</sup>.

<sup>104</sup> 8C\_169/2014.

<sup>105</sup> 8C\_169/2014.

<sup>106</sup> 8C\_446/2015.

<sup>107</sup> 8C\_268/2015.

<sup>108</sup> Bulletin LACI IC A1 B136.

<sup>109</sup> Article 14 LACI.

Un assuré averti en vaut deux

Une incapacité de travail de 50% pendant 12 mois permet de travailler à 50% pour se constituer un droit au chômage. Dans cette situation, la personne n'est pas libérée de l'obligation de cotiser.

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<sup>110</sup> est considérée comme une maladie. L'assuré doit prouver qu'il était malade et démontrer que c'est pour cause de maladie et non pas pour une autre raison qu'il n'a pas pu cotiser.

L'incapacité de travail doit être attestée par un médecin.

### 2.2 Celles qui ont assumé des tâches d'assistance pendant plus d'un an

Ont également droit aux prestations de l'assurance chômage les personnes contraintes de reprendre une activité salariée ou de l'étendre parce qu'elles n'assument plus de tâches d'assistance envers une autre personne avec laquelle elles font ménage commun.

Il y a tâche d'assistance au sens de la loi lorsque la personne assistée avait besoin d'une aide permanente, et que l'assistance a duré plus d'un an<sup>111</sup>.

Encore faut-il que la fin de l'assistance ne remonte pas à plus d'une année.

### 2.3 Celles dont la rente AI a été supprimée ou réduite

Les personnes qui, pour cause de suppression de leur rente invalidité, sont contraintes d'exercer une activité salariée ou de l'étendre peuvent s'adresser à l'assurance chômage si la suppression de leur rente ne remonte pas à plus d'une année<sup>112</sup>.

Si le degré d'invalidité d'un assuré passe de 100% à 68% de telle sorte que la rente entière devient un trois-quarts de rente, l'assuré est libéré des conditions relatives à la période de cotisation à hauteur de 32%. Son gain assuré correspond alors à 32% du montant forfaitaire qui lui est applicable<sup>113</sup>.

### 2.4 Celles dont le conjoint ou partenaire enregistré devient invalide

Les personnes qui sont contraintes d'exercer une activité salariée ou de l'étendre par suite de l'invalidité de leur conjoint peuvent s'adresser à l'assurance chômage si l'invalidité ne remonte pas à plus d'une année et qu'elle a entraîné une dégradation de la situation financière.

L'invalidité du conjoint de l'assuré doit entraîner une dégradation de sa situation financière le contraignant à reprendre une activité salariée<sup>114</sup>.

<sup>110</sup> Article 3 LPGA.

<sup>111</sup> Article 13 OACI.

<sup>112</sup> Article 14 al. 2 LACI.

<sup>113</sup> Bulletin LACI IC A1 B198.

<sup>114</sup> Bulletin LACI IC A1 B195.

### 3. Chômage et trouble psychique : quelques écueils

Les organes de l'assurance chômage donnent parfois de mauvais conseils aux personnes atteintes dans leur santé. Le fait d'avoir été mal conseillé ne doit pas conduire à la perte du droit au chômage.

Les problèmes qui se posent le plus fréquemment à une personne se trouvant au chômage alors qu'elle souffre d'un trouble psychique sont ceux de son aptitude au placement (3.1) et de la définition du travail convenable (3.2).

#### 3.1 L'aptitude au placement (article 15 LACI)

Pour toucher les prestations de l'assurance chômage, il faut être « apte au placement »<sup>115</sup> c'est-à-dire être disposé à accepter un travail convenable ainsi qu'à participer à des mesures d'intégration et être en mesure et en droit de le faire. Il faut pouvoir accepter immédiatement tout travail, qui convienne à son état de santé<sup>116</sup>. En résumé, l'assuré doit avoir une aptitude au placement tant objective que subjective. Par ailleurs, l'assuré est tenu de fournir les documents permettant de juger s'il est apte au placement ou si le travail proposé est convenable<sup>117</sup> et de chercher activement du travail.

Un assuré averti en vaut deux

L'aptitude au placement est admise avec retenue lorsque, en raison de circonstances personnelles particulières, un assuré désire seulement exercer une activité lucrative à des heures déterminées de la journée ou de la semaine<sup>118</sup>.

Lorsque la caisse de chômage n'a aucun doute sur l'inaptitude au placement, elle refuse le droit à l'indemnité<sup>119</sup> par une décision susceptible de recours.

Pour être considéré comme apte au placement, il faut avoir une capacité de travail de 20 % d'un plein temps au moment de l'inscription au chômage<sup>120</sup>.

Une incapacité passagère de travail, par exemple une maladie, ne rend pas inapte au placement. Toutefois, « s'il existe des doutes sérieux quant à la capacité de travail d'un chômeur, l'autorité cantonale peut ordonner qu'il soit examiné par un médecin-conseil, aux frais de l'assurance »<sup>121</sup>. L'étendue de l'aptitude au placement fait l'objet d'une décision<sup>122</sup> qui peut être contestée dans le délai et les formes prévus. Le recours n'a cependant pas d'effet suspensif.

Le versement des indemnités est gelé durant l'examen de l'aptitude au placement ; il ne reprend qu'au moment de la décision reconnaissant l'aptitude au placement<sup>123</sup>.

<sup>115</sup> Article 8 al. 1 let. f et 15 LACI.

<sup>116</sup> Article 16 al. 1 let. c LACI.

<sup>117</sup> Article 17 al. 3 let. c LACI.

<sup>118</sup> 8C\_443/2014.

<sup>119</sup> Bulletin LACI IC A1 B 274.

<sup>120</sup> Bulletin LACI IC A1 B 247.

<sup>121</sup> Article 15 al. 3 LACI.

<sup>122</sup> Article 24 al. 2 OACI.

<sup>123</sup> Bulletin LACI IC A1 B 277.

<sup>124</sup> Bulletin LACI IC A1 B 224 et 8C\_443/2014 du 16.06.15.

<sup>125</sup> 8C\_862/2015 du 26.02.16.

<sup>126</sup> 8C\_862/2015 du 26.02.16.

<sup>127</sup> Article 15 al. 2 LACI.

<sup>128</sup> Bulletin LACI IC A1 B 254d.

<sup>129</sup> Bulletin LACI IC A1 B 248.

<sup>130</sup> Bulletin LACI IC A1 B 254.

Enfin, l'assuré est en droit de ne se mettre à disposition que pendant certains jours ou certaines heures de la semaine. Toutefois, un chômeur sera considéré comme inapte au placement lorsqu'une trop grande limitation dans les choix des postes rend très incertaine la possibilité de trouver un emploi<sup>124</sup>.

#### 3.1.1 Aptitude au placement de la personne handicapée

Ce sont les personnes reconnues invalides par une assurance sociale qui sont considérées comme handicapées au sens de la loi sur le chômage. Elles ne sont en principe pas inaptées au placement. La particularité les concernant est que les exigences de l'aptitude au placement sont réduites pour les chômeurs dont l'invalidité a été reconnue.

Pour une personne au bénéfice d'un ¼ de rente AI, une capacité résiduelle de 50 % susceptible d'être exercée dans des domaines variés du marché de l'emploi donne droit au chômage<sup>125</sup>.

La réduction des exigences se rapporte à la capacité de travailler et non pas à la volonté de se réintégrer sur le marché du travail. Toutefois, les doutes et les craintes exprimés par un assuré en relation avec sa capacité effective à travailler ne suffisent pas à établir un manque de volonté de trouver du travail<sup>126</sup> qui rendrait inapte au placement.

Cela étant, pour qu'une personne handicapée soit considérée comme apte au placement il faut qu'un travail convenable, tenant compte de son infirmité, existe sur le marché de l'emploi dans l'hypothèse d'une situation équilibrée de ce marché<sup>127</sup>. Dans le vocabulaire de l'assurance chômage, une situation équilibrée sur le marché du travail signifie qu'en dehors des ateliers protégés, soit offert un large éventail d'emplois à caractère social, c'est-à-dire des emplois où la personne handicapée peut s'attendre à une certaine compréhension de la part de l'employeur<sup>128</sup>.

Pour déterminer l'aptitude au placement des handicapés, les autorités cantonales doivent coopérer avec les organes de l'AI. Si la caisse a des doutes elle peut ordonner que l'assuré soit examiné par un médecin-conseil.

#### 3.1.2 Aptitude au placement de la personne qui est annoncée à l'AI

Une personne qui s'est annoncée à l'AI, qui est disposée à accepter un travail convenable pouvant lui être procuré sur un marché équilibré du travail est apte au placement<sup>129</sup> si elle est en mesure de prendre un emploi à 20% au moins. En effet, une capacité de travail d'au moins 20% donne droit à une pleine indemnité de chômage en vertu de l'obligation de l'assurance chômage de verser des avances sur les prestations AI<sup>130</sup>.

Un assuré prêt à accepter un emploi dans les limites médicalement attestées de sa capacité de travail a droit à une indemnité chômage complète<sup>131</sup>.

Une telle personne est considérée comme apte jusqu'à décision de l'assurance AI. Tant que l'AI n'a pas pris de décision, l'assurance chômage doit verser des avances sur les prestations AI pour autant que l'assuré ne soit pas manifestement inapte au placement<sup>132</sup>.

Les mesures d'intervention précoce mises en place par l'AI (voir Chapitre III 2.2) ne diminuent pas l'aptitude au placement, mais, en cas de doutes, le dossier fait l'objet d'un examen approfondi<sup>133</sup>.

Malheureusement, il arrive parfois un moment où l'assuré malade ne se sent plus capable de travailler et ne recherche plus d'emploi ou ne peut plus travailler que dans un atelier protégé. Il perd alors son droit aux prestations de l'assurance chômage<sup>134</sup>.

### 3.2 Le travail convenable (article 16 LACI)

Comme l'assuré doit accepter tout travail convenable, même en dehors de la profession exercée précédemment au risque de se voir suspendre du droit à l'indemnité<sup>135</sup>, la question peut se poser de savoir si tel travail est « convenable » pour un assuré souffrant d'un trouble psychique.

La loi définit le travail qui n'est pas convenable<sup>136</sup> et qui peut donc être refusé. Il s'agit notamment d'un travail qui ne convient pas à la situation personnelle ou à l'état de santé de l'assuré. La situation personnelle d'un assuré se réfère par exemple au devoir d'assistance envers les proches qui rendrait un travail non convenable.

Un assuré averti en vaut deux  
L'assignation d'un travail convenable ne peut pas faire l'objet d'un recours car elle n'est pas notifiée sous forme de décision. Il est en revanche possible de s'opposer à la décision de suspension pour inobservation des instructions, décision qui fait suite au refus d'un travail convenable<sup>137</sup>.

De plus, le respect de la personnalité du demandeur d'emploi pose une limite supplémentaire à ce que l'assurance chômage peut raisonnablement exiger d'un candidat à un poste : un chômeur n'est pas tenu de s'humilier pour décrocher un travail convenable.

Une candidate à un emploi de téléphoniste qui refuse de remplir un questionnaire dont certains points portent inutilement atteinte à sa sphère privée (confession, procédure pénale pendante, loisirs, traits de personnalité) ne doit pas être suspendue du droit à l'indemnité chômage<sup>138</sup>.

**131** Bulletin LACI IC A1 B 248.

**132** Article 15 al. 3 OACI et Bulletin LACI IC A1 B 252.

**133** Bulletin LACI IC A1 B 252c.

**134** Bulletin LACI IC A1 B 250 B 254c.

**135** Article 30 al. 1 let. d LACI.

**136** Article 16 al. 2. let. a à i LACI.

**137** Bulletin LACI IC A1 B 304.

**138** ATF 122 V 267.

**139** Bulletin LACI IC A1 B 301 art. 16 al. 3 LACI.

**140** Article 16 al. 3 LACI. Cette discrimination devrait être examinée au regard de l'article 27 al. 1 let b de la CDPH par laquelle la Suisse s'est engagée à prendre des mesures pour protéger le droit des personnes handicapées à bénéficier de l'égalité de rémunération à travail égal.

**141** Bulletin LACI IC A1 B 289.

**142** Article 64a LACI.

**143** Article 22 al. 2 let. C LACI et Bulletin LACI IC A1 C69.

**144** Article 37 OACI.

**145** Article 27 al. 2 let. C LACI.

**146** Article 27 al. 4 LACI.

#### 3.2.1 Un travail qui ne procure qu'un salaire réduit est-il convenable ?

L'assurance chômage considère comme convenable un travail qui procure une rémunération inférieure aux usages professionnels et locaux, mais correspondant à une capacité de travail réduite<sup>139</sup>. Dès lors, une personne atteinte dans sa santé a intérêt à discuter le caractère convenable du travail proposé par son conseiller en placement avant de le refuser de son propre chef au motif que le salaire proposé serait inférieur aux usages professionnels.

Cette discrimination à l'égard des personnes atteintes dans leur santé a été voulue par la LACI<sup>140</sup>. Elle est délicate à appliquer car il est fort difficile de déterminer objectivement le salaire afférent à une capacité de travail réduite. En effet, dans la plupart des entreprises, les salaires sont fixés confidentiellement suite à des négociations sans faire l'objet d'une échelle publiée et sans correspondre à un rendement objectif.

Une personne handicapée qui se voit contrainte d'accepter un travail rémunéré à un taux qui viole les usages professionnels et locaux ou une convention collective ou un contrat-type devrait s'adresser à son syndicat.

#### 3.2.2 Le travail convient-il à une petite santé qui altère la capacité de travail ?

C'est la pratique et non la loi qui dira si un travail convient à l'état de santé. Ainsi, en principe le travail de nuit ou en équipe est réputé convenable<sup>141</sup>. Aussi, pour refuser valablement un travail proposé, faut-il avoir un certificat médical explicite ou d'autres moyens de preuve qui démontrent que ce travail ne convient pas à l'état de santé.

Le placement dans une institution publique ou privée à but non lucratif, les semestres de motivation ainsi que les stages professionnels dans une entreprise ou une administration doivent également être adaptés à la situation personnelle et l'état de santé<sup>142</sup> pour être convenables.

#### 4. Montant et nombre des indemnités journalières

Les personnes qui reçoivent une rente de l'assurance invalidité ont droit à une indemnité journalière de 80% du gain assuré<sup>143</sup>. Le gain assuré correspond au salaire moyen perçu avant la période de chômage<sup>144</sup>.

Les rentiers AI qui ont cotisé pendant une période de 22 mois au moins, ont droit à 520 indemnités journalières<sup>145</sup>.

La personne qui est libérée des conditions relatives à la période de cotisation (voir Chapitre II 2., 2.1, 2.2, 2.3 et 2.4 supra) a un droit de 90 indemnités au plus<sup>146</sup>.

#### 4.1 Le gain assuré

On appelle « gain assuré » le salaire qui est normalement obtenu durant la période qui précède le droit à l'indemnité de chômage. Le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation à l'assurance chômage ; il peut être calculé sur la base des douze derniers mois, si cette moyenne est plus élevée que la précédente. Les indemnités de chômage correspondent à un pourcentage de ce « gain assuré ».

Lorsqu'un employé n'a pas touché de salaire mais des indemnités perte de gain maladie ce n'est pas le montant de ces indemnités qui compte pour calculer le gain assuré, mais le salaire que l'employé aurait touché s'il n'avait pas été malade.

Le gain assuré d'une personne libérée de l'obligation de cotiser est un montant forfaitaire fixé par le Conseil fédéral<sup>147</sup>.

#### Le gain assuré des handicapés

Une réglementation particulière prévaut pour les personnes reconnues invalides. Le calcul du gain assuré d'une personne handicapée tient compte de la limitation de sa capacité de travail. Le gain assuré d'une personne handicapée est ainsi fixé en fonction du salaire qu'elle pourrait obtenir compte tenu de sa capacité effective de gain.

La protection de l'assurance chômage ne porte logiquement que sur la capacité de travail résiduelle de la personne invalide.

Il s'ensuit que le salaire pertinent pour calculer le gain assuré d'un handicapé est celui que l'assuré touchait effectivement avant de voir sa capacité de travail réduite et non pas le revenu hypothétique, peut-être plus bas, établi par l'AI<sup>148</sup>.

Par ailleurs, si un assuré a perçu des indemnités journalières de l'assurance invalidité avant de se présenter au chômage, son gain assuré sera calculé sur la base de ces indemnités<sup>149</sup>.

#### 5. Maladie durant une période de chômage

La loi sur l'assurance chômage prévoit une pleine indemnité journalière pour les personnes qui subissent une incapacité passagère de travail due à une maladie<sup>150</sup> et ne sont de ce fait aptes ni à travailler ni à être placées. Leur droit dure 30 jours depuis le début de la maladie, pour autant que celle-ci ait été annoncée à l'ORP dans la semaine<sup>151</sup>. Le droit à l'indemnité maladie se limite à 44 jours pour toute la période de chômage, toutes maladies confondues.

<sup>147</sup> Article 23 al. 2 LACI et 41 OACI.

<sup>148</sup> Bulletin LACI IC A1 C 26.

<sup>149</sup> 8C\_821/2017, 8C\_825/2017.

<sup>150</sup> Article 28 LACI.

<sup>151</sup> Article 42 OACI.

La personne déjà malade avant de s'inscrire au chômage a droit à 30 jours d'indemnités à partir du moment où elle remplit les autres conditions qui donnent droit au chômage<sup>152</sup>.

La personne malade doit apporter la preuve de son incapacité en produisant un certificat médical à partir du 4<sup>e</sup> jour d'incapacité de travail. L'assuré qui, sans excuse valable, ne respecte pas le délai d'annonce perd son droit à l'indemnité maladie pour les jours d'incapacité précédant sa communication.

Un assuré averti en vaut deux  
Si l'incapacité de respecter le délai d'annonce découle d'un trouble psychique, il est préférable que le certificat médical soit explicite sur ce point pour pouvoir éventuellement contester une sanction qui ne tiendrait pas compte de ce fait.

Lorsqu'une personne est malade et que la caisse de chômage a des raisons de penser que cette maladie n'est pas passagère, elle est en droit d'ordonner, aux frais de l'assurance, un examen médical par un médecin-conseil. Si cet examen débouche sur une décision d'inaptitude au placement, la caisse doit rendre une décision susceptible de recours<sup>153</sup>.

Après 30 jours de maladie indemnisés par l'assurance chômage, le chômeur touchera une indemnité de chômage correspondant à sa capacité de travail effective<sup>154</sup>. S'il n'a aucune capacité de travail, il ne touchera aucune indemnité. Il pourra alors s'adresser à l'aide sociale s'il en remplit les conditions.

#### 5.1 Particularités cantonales : Genève et Vaud

Dans le canton de Genève, il existe une assurance perte de gain maladie obligatoire pour les chômeurs qui ont épuisé leur droit aux indemnités fédérales. Ils sont alors couverts pendant 270 jours au maximum durant le délai-cadre pour autant que les causes de l'incapacité de travail, connues de l'assuré, ne soient pas intervenues avant l'affiliation à l'assurance<sup>155</sup>.

Dans le canton de Vaud, l'assurance perte de gain maladie est obligatoire pour celles et ceux qui ne disposent pas d'une autre assurance équivalente. Les chômeurs sont couverts pendant 60, 130, 170 ou 270 jours selon qu'ils ont droit à 90, 200, 260 ou 400 indemnités de chômage. Il faut faire une demande dans les 30 jours à réception de l'information écrite dispensée par la caisse de chômage<sup>156</sup>. Toutefois, une personne qui est déjà en incapacité de travail au moment où elle s'inscrit au chômage ne bénéficie pas des prestations pour cette maladie<sup>157</sup>.

<sup>152</sup> Bulletin LACI IC A 1 C168.

<sup>153</sup> Article 24 OACI.

<sup>154</sup> Bulletin LACI IC A1 C177.

<sup>155</sup> Pour plus de précisions, articles 8 à 19 LMC.

<sup>156</sup> Article 19g al. 2 LEmp.

<sup>157</sup> Article 19e al. 1 let. b LEmp.

## 5.2 Chômeur au bénéfice d'une assurance perte de gain maladie personnelle

Certaines personnes ont une assurance perte de gain maladie individuelle. Cela ne les empêche pas de toucher les indemnités journalières du chômage pendant les 30 premiers jours de leur maladie. Par la suite, elles ont droit à la pleine indemnité journalière de chômage si elles sont aptes au travail à 75% au moins. Elles ont droit à une indemnité réduite de 50% si elles sont aptes au travail à 50%. Si leur capacité de travail est inférieure à 50%, elles n'ont pas droit à l'indemnité de chômage<sup>158</sup>.

Les indemnités journalières que ces personnes reçoivent de leur assurance maladie sont déduites de l'indemnité de chômage<sup>159</sup>, car les prestations de l'assurance chômage ont un caractère subsidiaire.

### Exemples

1. Indemnité journalière de l'assurance chômage = 100  
Indemnité journalière de l'assurance maladie perte de gain = 150  
Le chômeur malade reçoit 0 de l'assurance chômage et 150 de l'assurance maladie
2. Indemnité de l'assurance chômage = 100  
Indemnité de l'assurance perte de gain maladie = 50  
Le chômeur malade reçoit 50 de l'assurance chômage et 50 de l'assurance maladie soit 100 au total

## 6. Cours, formations, mesures de réinsertion

Les mesures de réinsertion sont destinées à favoriser l'intégration professionnelle des assurés dont le placement est difficile pour des raisons inhérentes au marché de l'emploi. Elles ne visent donc pas principalement les personnes dont l'intégration professionnelle est difficile pour des raisons découlant de leur vulnérabilité personnelle<sup>160</sup>.

Il ne faut pas oublier, dans le contexte de la formation et de la réinsertion, que les cours et les formations ont pour but d'augmenter l'aptitude au placement et non pas d'épanouir la personnalité. L'ORP n'est pas un institut de formation qui aiderait les personnes à changer de métier ou à trouver une situation moins inconfortable. La demande de cours doit dès lors être présentée de façon rigoureuse et argumentée afin de convaincre le conseiller en placement que le cours en question permettra de retrouver plus rapidement un emploi convenable.

L'assuré qui a de grandes difficultés à trouver un emploi en raison de son handicap psychique peut avoir droit à une allocation d'initiation au travail s'il accomplit cette initiation dans une entreprise et reçoit de ce fait un salaire

<sup>158</sup> Article 28 al. 4 LACI.

<sup>159</sup> Article 28 al. 2 LACI.

<sup>160</sup> Article 59 LACI.

réduit<sup>161</sup>. L'allocation est de 12 mois au maximum si la situation personnelle de l'assuré laisse présumer que le but de l'initiation ne peut pas être atteint en 6 mois.

### 6.1 Des personnes sans droit au chômage peuvent avoir droit à des mesures de formation

Les personnes qui n'ont pas assez cotisé pour avoir droit au chômage et qui ne sont pas non plus libérées de l'obligation de cotiser (voir Chapitre II 2., 2.1, 2.2, 2.3 et 2.4 supra) ont droit, durant 260 jours au plus pendant un délai-cadre de deux ans, au remboursement des frais attestés indispensables qu'occasionne la participation à une mesure de formation. Pour cela, il faut qu'elles suivent, sur décision de l'autorité compétente, une mesure de formation qui les rend aptes à exercer une activité salariée<sup>162</sup>.

Les mesures de formation sont les cours individuels ou collectifs de reconversion, de perfectionnement ou d'intégration, la participation à des entreprises d'entraînement et les stages de formation<sup>163</sup>.

Les autorités compétentes du chômage et les organes de l'assurance invalidité sont supposés collaborer afin d'assurer la réinsertion des chômeurs invalides<sup>164</sup>. C'est néanmoins l'AI qui doit prendre en charge les mesures d'intégration professionnelle nécessitées par un handicap psychique.

### 6.2 Particularités cantonales : Fribourg, Genève, Jura, Valais, Vaud

A Fribourg, les personnes qui ont épuisé leurs indemnités de chômage ou qui n'en remplissent pas les conditions peuvent bénéficier de mesures cantonales d'insertion professionnelle ; les personnes qui ont été libérées des conditions relatives à la période de cotisation (voir Chapitre II 2., 2.1, 2.2, 2.3 et 2.4 supra) n'ont pas besoin d'attendre la fin de leur délai-cadre pour y avoir accès ; ces mesures s'adressent particulièrement aux personnes qui disposent d'une aptitude fragile ou d'une employabilité restreinte<sup>165</sup>.

A Genève, le stage de requalification cantonal, initié pendant la période de chômage, peut être prolongé au-delà de cette période lorsqu'une évaluation approfondie démontre que les possibilités de retour à l'emploi en seraient significativement augmentées<sup>166</sup>.

Dans le Jura, les personnes qui n'ont plus droit au chômage, qui sont aptes au placement et justifient d'une nécessité économique ont droit à des mesures propres à favoriser la réinsertion professionnelle. Les personnes dont le placement est particulièrement difficile peuvent avoir accès à des programmes d'occupation destinés à les maintenir ou les réinsérer dans la vie active<sup>167</sup>.

<sup>161</sup> Articles 65 LACI et 90 OACI.

<sup>162</sup> Article 59d LACI.

<sup>163</sup> Article 60 al. 1 LACI.

<sup>164</sup> Article 59 al. 4 LACI.

<sup>165</sup> Articles 79 et 81 LEMT et article 25 REMT.

<sup>166</sup> Article 39 LMC.

<sup>167</sup> Articles 1, 3, 5 et 8 LMDE.

En Valais, les personnes qui ont épuisé leurs droits aux prestations de l'assurance chômage, qui sont néanmoins inscrites à l'ORP en qualité de demandeurs d'emploi et sont aptes pour un placement dans une activité de 50 % au moins, peuvent bénéficier d'un contrat d'activité professionnelle<sup>168</sup>. Les autres mesures complémentaires cantonales de réinsertion professionnelle (formation, qualification, soutien à la prise d'emploi) s'adressent aux personnes aptes au placement selon la LACI.

Les personnes domiciliées dans le canton de Vaud, qui n'ont pas droit aux indemnités de l'assurance chômage, mais sont inscrites auprès d'un ORP peuvent, à certaines conditions, avoir droit aux mesures cantonales d'insertion professionnelle pour améliorer leur aptitude au placement et favoriser un projet professionnel réaliste<sup>169</sup>.

### 7. Coordination entre les assurances chômage et invalidité

L'assurance invalidité et l'assurance chômage sont souvent mal coordonnées. Ainsi, un assuré peut être considéré comme inapte au placement par l'assurance chômage (et donc ne pas avoir droit à l'indemnité du chômage) alors que son incapacité de travail est trop faible pour déclencher un droit à une rente d'invalidité. Dans ce cas, il ne bénéficie d'aucune prise en charge sociale.

L'article 70 alinéa 1 lettre b LPGa prévoit que l'assurance chômage doit provisoirement prendre en charge les prestations de l'assurance invalidité qui sont litigieuses.

Une personne inscrite au chômage qui n'a pas encore reçu de la part de l'AI de communication officielle pertinente et qui n'est pas manifestement inapte au placement est en droit de percevoir les prestations de l'assurance chômage. Mais, même dans cette hypothèse, l'assurance chômage peut avoir des doutes sur la capacité de travail d'un assuré qui s'est annoncé à l'assurance invalidité. Ce sera le cas si une inaptitude au placement ressort clairement des déclarations de l'assuré, de celles des médecins ou de ses conseillers en orientation professionnelle. L'autorité cantonale pourra alors ordonner à l'assuré de se soumettre à un examen médical aux frais de l'assurance<sup>170</sup> à la suite duquel le droit au chômage pourra être supprimé.

Une personne handicapée qui s'est annoncée à l'AI a droit à une prise en charge provisoire de la part de l'assurance chômage si elle est en mesure de prendre un emploi à 20% au moins<sup>171</sup>. Elle doit en être informée.

<sup>168</sup> Articles 36 et 37 LEMC.

<sup>169</sup> Articles 24 et 25 LEmp.

<sup>170</sup> Article 15 al. 3 LACI.

<sup>171</sup> Bulletin LACI IC A1 B252.

La personne qui a déposé une demande AI, qui est entièrement sans emploi, tout en n'étant capable de travailler qu'à temps partiel en raison d'atteintes à sa santé, a droit à une pleine indemnité journalière de chômage, fondée sur l'obligation de l'assurance chômage d'avancer les prestations, si elle est prête à accepter un emploi dans la mesure de sa capacité de travail attestée médicalement<sup>172</sup>.

Pour déterminer l'aptitude au placement des handicapés, les caisses de chômage coopèrent avec l'AI. Elles peuvent donc prendre en considération l'appréciation de l'office AI et celle du médecin traitant dans la détermination de l'aptitude au placement<sup>173</sup>.

Enfin, il faut savoir qu'une personne qui a touché des indemnités de chômage et perçoit par la suite, pour la même période, une rente ou des indemnités journalières de l'assurance invalidité ou de prévoyance professionnelle est tenue de rembourser ce qu'elle a reçu de l'assurance chômage. La somme à restituer se limite à la somme des prestations versées pour la même période par l'assurance invalidité ou par la prévoyance professionnelle<sup>174</sup>.

<sup>172</sup> ATF 136 V 95 (d).

<sup>173</sup> 8C\_862/2015.

<sup>174</sup> Article 95 al. 1bis LACI.

## CHAPITRE III. LE TRAVAIL ET L'INVALIDITÉ

### *Avertissement*

*A l'heure où nous mettons ces lignes sous presse (2018), un projet de modification de la LAI est discuté aux Chambres; ce projet propose de nouvelles mesures destinées à l'intégration des personnes souffrant de troubles psychiques sur le marché du travail ainsi qu'un système de rentes linéaires.*

L'assurance invalidité qui a pour but de prévenir ou d'éliminer l'invalidité, de compenser les effets économiques de l'invalidité et d'aider les assurés à mener une vie autonome offre diverses mesures destinées à empêcher, diminuer ou supprimer l'invalidité. Une rente n'est servie que lorsque ces mesures ne permettent pas de rétablir, maintenir ou améliorer la capacité de gain d'une personne en incapacité de travail de 40% au moins depuis une année.

La Confédération offre des renseignements accessibles sur le site [www.av-s-ai.ch](http://www.av-s-ai.ch)

Ainsi, par exemple, un infirmier qui ne peut plus travailler de nuit à cause d'un trouble bipolaire ne recevra pas d'aide de l'AI si celle-ci estime qu'il peut mettre ses compétences professionnelles à profit pour gagner sa vie dans un travail de jour. Qu'un tel emploi ne soit pas disponible ne relève pas de l'invalidité mais de la conjoncture contre laquelle l'AI n'assure pas.

### **1. L'invalidité, une notion économique plus que médicale**

En droit suisse, l'invalidité ne procède pas uniquement d'une atteinte à la santé, même très lourde. Pour qu'il y ait invalidité, il faut que l'atteinte à la santé ne permette plus de gagner sa vie malgré un effort de volonté. L'invalidité se définit comme une incapacité de gain totale ou partielle présumée permanente ou de longue durée<sup>175</sup>. Quant à la difficulté de gagner sa vie pour d'autres motifs, comme l'âge, le manque d'intégration sociale ou des difficultés personnelles, elle n'entre plus dans la définition de l'invalidité, car le droit des assurances sociales s'en tient à une conception bio-médicale de la maladie<sup>176</sup>. Pour couronner le tout, une incapacité de gain n'est reconnue que si elle est « objectivement insurmontable »<sup>177</sup>.

Sur la base de cette étroite définition, le degré d'invalidité est calculé en comparant le revenu réalisé avant la maladie invalidante avec celui qui pourrait encore être obtenu en exerçant une activité raisonnablement exigible sur un marché du travail équilibré<sup>178</sup> après traitements et mesures de réadaptation.

<sup>175</sup> Article 8 LPGA.

<sup>176</sup> 9C\_44/2018 C 4.2.

<sup>177</sup> Article 7 al. 2 LPGA.

<sup>178</sup> Article 16 LPGA; le marché équilibré du travail est une notion théorique et abstraite qui sert de critère de distinction entre l'assurance invalidité et l'assurance chômage, 9C\_496/2005.

**Le revenu d'invalidé** est comparé **au revenu de valide**  
 (celui que l'assuré peut encore réaliser en étant invalide) (celui que l'assuré pourrait réaliser s'il n'était pas invalide)

Exemple : X, valide, réalisait un revenu annuel de 100'000 frs (revenu de valide). Après son invalidité, il ne peut plus réaliser qu'un revenu annuel de 10'000 frs (revenu d'invalidé). Sa perte de gain est de 90'000 frs. Son taux d'invalidité se calcule comme suit :  $90'000.- \times 100 / 100'000.- = 90\%$ .

Le degré d'invalidité détermine le droit à la rente et son montant<sup>179</sup>:

70 % au moins d'invalidité	rente entière <sup>180</sup>
60% au moins d'invalidité	trois quarts de rente
50% au moins d'invalidité	demi-rente
40% au moins d'invalidité	quart de rente

On voit vite que le fait de gagner de l'argent peut entraîner une modification du degré d'invalidité. Or, si le degré d'invalidité baisse, il se peut que la rente soit diminuée ou supprimée.

Dans notre exemple, X pourra réaliser un revenu de 10'000 frs par an sans modifier son taux d'invalidité de 90%. Au-delà d'un revenu de 10'000 frs, le taux d'invalidité de X baissera. Toutefois, son droit à une rente entière ne sera modifié que lorsque son taux d'invalidité passera en dessous de la barre des 70%. X pourra ainsi réaliser un revenu de 30'000 frs sans modifier son droit à une rente entière. Cependant, dès qu'il réalisera un revenu de 30'001 frs sa perte de gain sera de 69'999 frs et son taux d'invalidité passera à 69%, ce qui ne lui donnera plus droit qu'à un trois quarts de rente<sup>181</sup>.

Un assuré averti en vaut deux

Comme le droit à une rente ne prend naissance que six mois après la date à laquelle un assuré a fait valoir son droit aux prestations<sup>182</sup>, il faut s'annoncer au plus tard au cours du 6e mois de son incapacité de travail pour ne pas risquer de perdre une partie de son droit à la rente.

### 1.1 Capacité de travail intermittente et droit à la rente

Il n'y a de droit à la rente que si l'incapacité de travail est de 40% au moins, en moyenne durant une année. Au cours de cette année il faut, de plus, que l'assuré n'ait pas retrouvé une entière capacité de travail durant 30 jours consécutifs<sup>183</sup>. Pour que le droit à la rente s'ouvre, il faut également que la capacité de gain ne puisse plus être rétablie par des mesures de réadaptation. Il arrive ainsi qu'une maladie même fort incapacitante ne permette pas encore de prétendre à une rente, ce qui oblige l'assuré à prendre longtemps son mal en patience.

<sup>179</sup> Le projet de révision de la LAI prévoit le passage à un autre système de rentes.

<sup>180</sup> Min. 1'175 frs, max. 2'350 frs. Chiffres 2018.

<sup>181</sup> La 7e révision de l'AI entend remplacer cette échelle par des rentes dont le montant serait aligné sur le degré d'invalidité.

<sup>182</sup> Article 29 LAI.

<sup>183</sup> Article 28 LACI et 29ter RAI.

<sup>184</sup> Voir par exemple Effets de conditions de travail défavorables sur la santé des travailleurs et conséquences économiques, Conférence romande et tessinoise des offices cantonaux de protection des travailleurs, décembre 2001, confirmant déjà les liens de causalité entre tension au travail et santé mentale ; « Les enjeux de la santé au travail », Dr Elisabeth Conne-Perréard, Revue Médicale Suisse, 12 mai 2010 ; OECD (2013), "Mental Health and Work: Switzerland", Mental Health and Work, OECD Publishing.

<sup>185</sup> Article 9 al. 2 LAA.

<sup>186</sup> U 268/06 du 27.03.2007 dans le cas d'une étudiante en médecine devenue psychotique à la suite d'un stage.

<sup>187</sup> SJ 2010 341.

<sup>188</sup> « Est réputée raisonnablement exigible toute mesure servant à la réadaptation de l'assuré, à l'exception des mesures qui ne sont pas adaptées à l'état de santé », article 7a LAI.

<sup>189</sup> Article 7 al. 2 let. d LAI.

## 1.2 La maladie professionnelle

Les maladies professionnelles qui rendent invalide sont normalement prises en charge par la LAA qui couvre beaucoup mieux le dommage que l'assurance invalidité.

La LAA couvre le traitement médical, offre des indemnités journalières en cas d'incapacité de travail ainsi que des rentes d'invalidité à partir d'un taux d'invalidité de 10% contre 40% pour la LAI.

Malheureusement, la LAA ne reconnaît pratiquement pas les maladies psychiques comme des maladies professionnelles bien que l'influence du travail sur la santé mentale soit documentée depuis longtemps<sup>184</sup>. En effet, pour être considérée comme une maladie professionnelle invalidante une maladie psychique doit avoir été causée de manière nettement prépondérante par l'exercice de l'activité professionnelle<sup>185</sup>. La jurisprudence a fixé la barre à 75%<sup>186</sup>, ce qui rend quasiment impossible la preuve d'un lien de cause à effet entre les conditions de travail et la décompensation psychique invalidante.

## 1.3 L'obligation d'éviter l'invalidité

### 1.3.1 Changement de profession

Avant même de solliciter l'AI il faut tenter, au besoin en changeant de profession, d'obtenir un revenu excluant le droit à une rente. La réadaptation par soi-même est un aspect de l'obligation de diminuer le dommage et prime le droit à la rente aussi bien que celui à des mesures de réadaptation de l'assurance invalidité<sup>187</sup>. L'exigibilité d'une réadaptation par soi-même est évaluée en fonction de la situation professionnelle concrète, de l'existence d'un marché équilibré du travail et de la durée prévisible des rapports de travail.

Autrement dit, le système suisse de protection contre les effets de l'invalidité peut exiger des personnes souffrant de maladies invalidantes qu'elles consentent à une diminution de 39,9 % de leur revenu avant de se résoudre à les soutenir financièrement. Toutefois, une diminution de la capacité de gain de 20 % ouvre le droit à des mesures de reclassement.

### 1.3.2 Traitement médical

L'assuré doit participer à toutes les mesures raisonnablement exigibles<sup>188</sup> permettant sa réadaptation à la vie professionnelle. Les traitements médicaux à charge de l'assurance maladie sont au nombre de ces mesures<sup>189</sup> pour autant qu'ils ne représentent pas un danger pour la vie ou la santé. Le montant de la franchise et de la quote-part sont à la charge de l'assuré.

Un assuré averti en vaut deux  
L'assuré qui veut s'opposer à un traitement doit communiquer rapidement les raisons de son refus, faute de quoi l'AI réduira les prestations en prétendant que le traitement non suivi aurait permis d'améliorer l'employabilité<sup>190</sup>.

En limitant le droit de consentir à un traitement ou de le refuser, cette réglementation entraîne une restriction grave de la liberté personnelle qui ne doit pas être admise à la légère. Pour être acceptable, le traitement permettant le rétablissement de la capacité de gain devrait ainsi être limité dans le temps et ne pas avoir d'effets secondaires pénibles sur la vie sociale de l'assuré.

Un assuré averti en vaut deux  
Une rente a été refusée à un assuré qui n'a pas voulu/peut se soumettre à une période d'abstinence contrôlée qui aurait permis de déterminer l'origine de ses symptômes psychotiques<sup>191</sup>.

## 1.4 Les sanctions

L'assuré qui ne fait pas tout ce qui est raisonnablement exigible pour réduire la durée et l'étendue de son incapacité de travail, de même que celui qui ne fait pas tout ce qu'il peut pour empêcher la survenance d'une invalidité, y compris changer de profession<sup>192</sup> ou suivre un traitement médical<sup>193</sup> peut être soumis à des sanctions<sup>194</sup>. Il en va de même pour un refus d'annonce ou un manquement à l'obligation d'aviser que certaines circonstances ont changé. Les sanctions consistent en une réduction ou un refus de prestations, à l'exception des allocations pour impotents.

Les sanctions, qui doivent être précédées d'une mise en demeure écrite, sont des décisions sujettes à recours<sup>195</sup>.

## 2. Les prestations de l'AI à l'intention des personnes en emploi

### 2.1 La détection précoce

Lorsqu'un employé est en incapacité de travail ininterrompue pendant 30 jours ou lorsque, au cours d'une année, il s'absente de manière répétée pour des raisons de santé<sup>196</sup>, son cas peut être communiqué à l'office AI, accompagné du certificat médical d'incapacité de travail<sup>197</sup>.

La communication peut être effectuée au moyen d'un formulaire par l'employé lui-même ou par d'autres personnes, tels le médecin et l'assureur perte de gain. Soumis au secret médical, les médecins doivent demander au patient l'autorisation de l'annoncer à l'AI.

L'expérience démontre que les assureurs perte de gain n'annoncent pas eux-mêmes le cas, mais qu'ils menacent employeur et employé de suspendre le droit aux prestations de l'assurance perte de gain si l'annonce n'est pas faite.

Ce comportement pourrait remplir les conditions de l'article 181 CP réprimant la contrainte.

La détection précoce débute souvent par un entretien<sup>198</sup> dont le résultat est consigné par écrit. L'assuré qui comparait devant l'office AI, le SMR et son employeur risque se sentir démuni et vulnérable. Pour éviter que cet entretien soit trop inconfortable et desserve ses intérêts, l'assuré a le droit de se faire accompagner par une personne de confiance<sup>199</sup>.

Il est recommandé de lire attentivement le rapport écrit avant de le signer et de contester ce qui n'est pas conforme à la vérité, car ce rapport risque de ressurgir dans une phase ultérieure de la procédure.

Lorsque l'office AI estime qu'une enquête sur la situation professionnelle, sociale, médicale, familiale et financière est nécessaire, il fait signer une procuration pour collecter des informations et se renseigner notamment auprès du médecin traitant et de tous les fournisseurs de prestations LAMal<sup>200</sup>. Le but de l'enquête est de déterminer si une éventuelle invalidité peut être évitée par des mesures simples d'intervention précoce. Dès lors, la procuration n'a pas à porter sur des éléments qui ne servent pas ce but.

Pendant la détection précoce, l'office AI n'est pas en droit de transmettre des documents ni des renseignements d'ordre médical à l'employeur<sup>201</sup>.

L'enquête doit aboutir dans les 30 jours<sup>202</sup>. Lorsque des mesures d'intervention précoce sont indiquées, l'office AI ordonne à l'assuré de s'annoncer à l'AI et en informe l'assureur d'indemnités journalières ainsi que l'employeur, si c'est lui qui a communiqué le cas à l'AI<sup>203</sup>. Dans le cas contraire, l'assuré est informé qu'une demande AI n'est pas nécessaire et la détection précoce prend fin.

L'assuré qui ne s'annonce pas malgré une injonction de l'AI peut subir une sanction ultérieurement. Toute sanction est susceptible de recours.

Lorsque la détection précoce n'a pas de suites, il est prudent de demander la destruction du dossier élaboré pendant l'enquête. En effet, les diverses assurances sociales, de même que les organes de l'aide sociale, ont la possibilité de collaborer en échangeant des documents, des données et des renseignements, même oralement<sup>204</sup>. Pour la sauvegarde de son intimité et de sa dignité, il est préférable de ne pas laisser traîner des indications relevant de sa sphère privée, propres à activer divers préjugés négatifs. De saines précautions à cet égard sont d'autant plus de rigueur qu'aucune disposition de la LAI n'oblige l'office AI à détruire le dossier.

<sup>190</sup> I 824/06 du 13.03.07 (d).

<sup>191</sup> 9C\_664/2017 du 20.03.18.

<sup>192</sup> SJ 2010 341.

<sup>193</sup> I 824/06 du 13.03.07 (d).

<sup>194</sup> Articles 7 et 7b LAI.

<sup>195</sup> Article 21 al. 4 LPGa.

<sup>196</sup> Article 1ter al. 1 RAI.

<sup>197</sup> Article 3b LAI.

<sup>198</sup> Article 1quinquies RAI.

<sup>199</sup> Article 37 LPGa.

<sup>200</sup> La liste complète figure à l'article 3b al. 2 LAI.

<sup>201</sup> Article 3c al. 5 in fine LAI.

<sup>202</sup> Article 1quater al. 1 RAI.

<sup>203</sup> Article 3c al. 5 LAI.

<sup>204</sup> Article 68bis LAI.

## 2.2 Les mesures d'intervention précoce

Les mesures d'intervention précoce ont pour but de maintenir à leur poste les assurés en incapacité de travail ou de permettre leur réadaptation à un nouveau poste au sein de la même entreprise ou ailleurs. Destinées uniquement aux personnes qui se sont annoncées à l'AI<sup>205</sup>, elles prennent plusieurs formes : adaptation du poste de travail<sup>206</sup>, cours de formation, placement, orientation professionnelle, réadaptation socioprofessionnelle et mesures d'occupation<sup>207</sup>.

Les mesures d'intervention précoce ne donnent pas droit à des indemnités journalières destinées à compenser la perte de gain qu'elles peuvent occasionner.

Le refus de se soumettre aux mesures d'intervention précoces pourrait entraîner des sanctions ultérieures. L'assuré qui n'a aucun droit aux mesures d'intervention précoce<sup>208</sup> ne peut donc pas les exiger.

### Licenciement ou perte de gain pendant l'intervention précoce

L'intervention précoce peut avoir pour effet secondaire de laisser un assuré sans revenus. Ce serait le cas pour une personne licenciée durant la maladie par un employeur qui n'a pas d'assurance perte de gain. Il faudrait alors s'adresser à l'assurance chômage avec le risque que celle-ci refuse ses prestations au motif qu'une personne suivant des mesures d'intervention précoce n'est pas apte au placement. Au pire, il faudra s'adresser à l'aide sociale, à condition de remplir les exigences d'indigence.

En principe, l'assurance perte de gain – s'il y en a une – devrait verser ses prestations dès lors que l'intervention précoce suppose une incapacité de travail. Il arrive toutefois que certaines assurances privées réduisent leurs prestations pendant cette période<sup>209</sup>. Faute de ressources, l'assuré devra cesser la mesure et reprendre le travail.

La phase d'intervention précoce s'achève par une décision qui doit indiquer les voies et le délai de recours.

Un assuré averti en vaut deux

Les mesures d'intervention précoce visent le maintien de la capacité de travail mais non celui du montant du salaire. Il convient donc d'éviter les mesures qui pourraient entraîner une perte de salaire<sup>210</sup>.

Du fait qu'il n'existe pas de droit aux mesures d'intervention précoce, l'assuré qui les demande n'autorise pas automatiquement les personnes mentionnées dans sa demande à fournir des renseignements aux organes de l'AI<sup>211</sup>.

**205** Article 1sexies RAI.

**206** Les organes de l'AI n'ont pas les moyens juridiques d'obliger un employeur à adapter un poste de travail aux conditions de santé diminuées d'un travailleur.

**207** Article 7d al. 2 LAI.

**208** Article 7b al. 3 LAI.

**209** Message concernant le développement continu de l'AI FF 2017 2363, 2458.

**210** Si une baisse de salaire de plus de 20% est envisagée, il faut demander des mesures de réadaptation, voir infra 3.1.

**211** L'article 6a LAI ne s'applique pas à la demande de mesures d'intervention précoce.

Logiquement l'intervention précoce cesse, faute de but, dès le recouvrement de la capacité de travail.

## 3. Les prestations de l'AI à l'intention des personnes invalides ou sur le point de le devenir

Au sens de la loi, une personne est menacée de devenir invalide lorsqu'il est hautement vraisemblable qu'elle va bientôt perdre sa capacité de gain<sup>212</sup>. Pour éviter cette issue indésirable, les offices AI mettent des mesures d'insertion professionnelle à disposition, que les personnes soient encore en emploi, qu'elles l'aient déjà perdu ou qu'elles soient partiellement invalides.

En dépit des bonnes intentions de l'AI ces mesures n'ont, à l'heure actuelle, pas eu pour effet d'intégrer massivement les personnes de santé psychique fragile sur le marché du travail, ni de leur procurer un revenu suffisant : une année après la fin de la mesure d'insertion professionnelle, 40 pour cent des personnes qui en ont bénéficié finissent au chômage ou à l'aide sociale et seules 28 pour cent réussissent à avoir un revenu d'au moins 3'000 frs<sup>213</sup>.

Toutes les prestations de l'AI n'ouvrent pas droit aux indemnités journalières destinées à compenser la perte de gain pendant le déroulement des mesures.

### 3.1 Les mesures de réadaptation (article 8 LAI)

Les mesures de réadaptation sont destinées aux assurés invalides ou menacés d'invalidité<sup>214</sup>. Les assurés y ont droit pour autant que ces mesures soient de nature à rétablir, maintenir ou améliorer leur capacité de gain.

Durant l'exécution des mesures de réadaptation, les assurés ont droit à des indemnités journalières, qui s'élèvent à 80% de leur revenu, s'ils sont empêchés d'exercer une activité lucrative pendant trois jours au moins ou s'ils souffrent d'une incapacité de travail de 50 % dans leur activité habituelle<sup>215</sup>. Le perfectionnement n'y donne pas droit<sup>216</sup>, les mesures de réadaptation effectuées en dehors des horaires de travail normaux non plus<sup>217</sup>.

Les mesures de réadaptation comprennent notamment des mesures de réinsertion préparant à la réadaptation professionnelle (voir Chapitre III 3.1.1 *infra*) et des mesures d'ordre professionnel (voir Chapitre III 3.1.2 *infra*) dont l'orientation professionnelle (voir Chapitre III 3.1.2.1 *infra*), la formation professionnelle initiale (voir Chapitre III 3.1.2.2 *infra*) et le reclassement (voir Chapitre III 3.1.2.3 *infra*).

**212** Article 1novies RAI.

**213** L'insertion professionnelle est extensible ; la situation financière de nombreux bénéficiaires de l'AI est précaire, [www.inclusion-handicap.ch/politique, communication](http://www.inclusion-handicap.ch/politique_communication) du 23 du 23.05.17.

**214** Article 8 al. 1 LAI.

**215** Articles 22 al. 1 et 23 al. 1 LAI.

**216** Article 22 al. 5 LAI.

**217** ATF 139 V 399.

### 3.1.1 Les mesures de réinsertion préparant à la réadaptation professionnelle (article 14a LAI)

Les mesures de réinsertion préparant à la réadaptation professionnelle ont été spécialement conçues pour aider les personnes en butte à des souffrances psychiques incapacitantes à prévenir les processus de chronicisation et à créer des conditions permettant la mise en œuvre ultérieure de mesures d'ordre professionnel. Elles sont destinées à des personnes qui ont subi six mois d'incapacité de travail à 50 % au moins<sup>218</sup> dans leur profession ou dans un autre domaine d'activité<sup>219</sup>. Pour y avoir droit, les assurés doivent être capables d'assumer un temps de présence quotidien d'au moins deux heures pendant au moins quatre jours par semaine<sup>220</sup>.

Les mesures de réinsertion peuvent être accordées plusieurs fois dans la vie, mais ne peuvent pas excéder un an, exceptionnellement deux<sup>221</sup>. C'est regrettable car des études scientifiques ont démontré que les mesures de soutien à l'emploi doivent être illimitées dans le temps pour être efficaces<sup>222</sup>.

Actuellement (2018), ces mesures comprennent des mesures socioprofessionnelles (accoutumance au processus de travail, stimulation de la motivation au travail, stabilisation de la personnalité et socialisation de base) et des mesures d'occupation (mesures destinées à maintenir une structuration de la journée jusqu'à la mise en œuvre de mesures d'ordre professionnel ou jusqu'au début de rapports de travail sur le marché libre du travail). Elles peuvent avoir lieu en entreprise, l'employeur pouvant recevoir 100 frs par jour<sup>223</sup>. Elles sont alors mises en œuvre en étroite collaboration avec l'employeur<sup>224</sup>.

Les mesures de réinsertion n'interrompent pas le versement de la rente<sup>225</sup>.

### 3.1.2 Les mesures d'ordre professionnel

Elles peuvent être la suite logique du succès des mesures préparant à la réadaptation professionnelle. Elles donnent droit à des indemnités journalières. Elles consistent principalement en orientation professionnelle (voir Chapitre III 3.1.2.1 *infra*), formation professionnelle (voir Chapitre III 3.1.2.2 *infra*) et reclassement (voir Chapitre III 3.1.2.3 *infra*).

#### 3.1.2.1 L'orientation professionnelle (article 15 LAI)

L'orientation professionnelle est un droit de l'assuré dont l'invalidité rend difficile le choix d'une profession ou dont l'invalidité empêche d'exercer l'activité antérieure. L'orientation est faite de conseils spécialisés, d'entretiens ou de tests.

**218** Article 14a al. 1 LAI.

**219** 9C\_597/2010.

**220** Article 4quater RAI.

**221** Article 14a al. 3 LAI.

**222** OECD (2013), "Mental Health and Work: Switzerland", Mental Health and Work, OECD Publishing, p. 69.

**223** Article 4octies RAI.

**224** Article 14a al. 5 LAI.

**225** Article 22 al. 5bis LAI.

**226** L'indemnité journalière n'est alors versée qu'en cas de perte de la capacité totale ou partielle de gain.

**227** Sans droit à l'indemnité journalière.

**228** C'est la jurisprudence qui a placé la limite à environ 20%, ATF 139 V 399 C. 5.3.

**229** ATF 139 V 399 C. 5.6.

**230** ATF 139 V 399 C. 5.4.

**231** Article 6 al. 3 RAI.

**232** Article 7 RAI.

#### 3.1.2.2 La formation professionnelle (article 16 LAI)

Cette mesure s'adresse à l'assuré invalide et vise à améliorer ou maintenir sa capacité de gain. Elle comprend la formation initiale<sup>226</sup> pour les assurés qui n'ont pas encore eu d'activité lucrative, la formation dans une nouvelle profession (pour les assurés qui, postérieurement à la survenance de l'invalidité, ont entrepris de leur propre chef une activité professionnelle inadéquate qui ne saurait être raisonnablement poursuivie) ainsi que le perfectionnement professionnel<sup>227</sup> pour autant qu'il soit approprié et convenable et qu'on puisse raisonnablement en attendre le maintien ou l'amélioration de la capacité de gain de l'assuré. L'AI ne couvre pas tous les frais de formation mais uniquement les coûts supplémentaires dus à l'invalidité.

#### 3.1.2.3 Le reclassement (article 17 LAI)

Le reclassement dans une nouvelle profession ou la rééducation dans la même profession est un droit de l'assuré qui a perdu au moins 20% de sa capacité de gain<sup>228</sup> et qui en a besoin pour maintenir ou restaurer sa capacité de gain. Le reclassement s'adresse donc aux personnes qui ont déjà achevé une formation ou qui ont réalisé un revenu avant de devenir invalides. L'assuré a même droit à des mesures supplémentaires de reclassement lorsque la formation prise en charge par l'AI ne lui permet pas de se procurer un gain comparable à celui qu'il obtenait avant d'être invalide<sup>229</sup>.

En règle générale, l'assuré a droit aux mesures permettant d'atteindre le but de réadaptation visé, mais non à celles qui seraient les meilleures dans son cas, par exemple une formation d'un niveau supérieur à celui de son ancienne activité. De plus, si les préférences de l'assuré quant au choix de reclassement doivent être prises en considération, elles ne jouent pas un rôle déterminant<sup>230</sup>.

Lorsqu'il a droit au reclassement l'assuré est défrayé de ses frais de formation, de nourriture et de logement<sup>231</sup>. Il a droit à des indemnités journalières.

### 3.2 Les prestations de l'AI pour devenir indépendant – Aide en capital (article 18d LAI)

Une aide en capital peut être allouée à l'assuré invalide susceptible d'être réadapté afin de lui permettre d'entreprendre ou de développer une activité en tant qu'indépendant et afin de financer les aménagements nécessaires à cette activité en raison de son invalidité. L'aide n'est pas toujours gratuite<sup>232</sup>. Cette mesure ouvre le droit à une indemnité journalière.

Un assuré averti en vaut deux  
Les indépendants n'ont pas droit au chômage lorsque leur entreprise périclité.  
Il convient de tenir compte de cette éventualité avant de devenir un invalide indépendant.

### 3.3 Le placement, ses avantages et ses inconvénients (articles 18 et 18c LAI)

L'assuré en incapacité de travail et susceptible d'être réadapté a droit à un soutien actif dans la recherche d'un emploi approprié et à un conseil suivi afin de conserver cet emploi. Cette mesure ouvre le droit à une indemnité journalière.

L'office AI ne fournit pas de place de travail au titre du placement. Il ne fait qu'aider l'assuré à établir un dossier de candidature, à rédiger des lettres ou à préparer des entretiens et présenter à l'employeur les avantages financiers liés à la mesure.

Lorsque le placement a débouché sur un emploi, mais que la santé se détériore à nouveau dans les trois ans qui suivent, l'AI octroie à l'employeur une indemnité en cas d'augmentation des cotisations à la part obligatoire du 2e pilier ou à l'assurance maladie perte de gain<sup>233</sup>. Pour y avoir droit, il faut que les rapports de travail aient duré trois mois. L'indemnité est versée à partir du 16<sup>e</sup> jour d'absence et ascende à 48 frs par jour d'absence dans les entreprises employant jusqu'à 50 collaborateurs et 34 frs dans les entreprises employant plus de 50 collaborateurs<sup>234</sup>.

Un assuré averti en vaut deux  
Le recours au placement dévoile le secret que l'on pouvait encore garder sur ses problèmes de santé ; certains assurés se plaignent de n'en retirer que des désavantages.

### 4. Les prestations de l'AI à l'intention des bénéficiaires de rentes ou de mesures de nouvelle réadaptation (article 8a LAI)

Les personnes invalides ont droit à des mesures pouvant améliorer leur capacité de gain, même sans rétablissement préalable de leur état de santé, lorsqu'il semble que leur capacité de gain pourrait être améliorée. Il s'agit de ce que la LAI baptise « nouvelle réadaptation des bénéficiaires de rente ». La formulation imprécise de la loi laisse une grande marge de manœuvre à l'assuré pour demander de telles mesures et à l'office AI pour les lui imposer. Concrètement c'est l'OCAI qui identifie la personne éligible pour de telles mesures sans se référer à des critères ou des concepts professionnels fondés sur des preuves, mais suite à une évaluation du potentiel de réintégration par le SMR. Un plan de réhabilitation est alors établi.

Ces mesures peuvent être accordées plusieurs fois dans la vie et durer plus d'un an<sup>235</sup>.

<sup>233</sup> Article 18c LAI.

<sup>234</sup> Article 6quater RAI.

<sup>235</sup> Article 8a al. 3 LAI.

<sup>236</sup> Article 22 al. 5bis et 5ter LAI.

<sup>237</sup> Article 18a LAI.

Les mesures disponibles pour la nouvelle réadaptation de personnes invalides sont les mesures de réinsertion préparant à la réadaptation professionnelle (voir Chapitre III 3.1.1 *supra*), les mesures d'ordre professionnel (voir Chapitre III 3.1.2 *supra* orientation – art. 15 LAI –, perfectionnement – art. 16 LAI –, reclassement – art. 17 LAI –, placement – art. 18 LAI –, placement à l'essai – art. 18a LAI –, allocation d'initiation au travail – art. 18b LAI –, indemnité en cas d'augmentation des cotisations – art. 18c LAI) et l'octroi de conseils et d'un suivi à l'assuré et à son employeur.

Les mesures de nouvelle réadaptation n'interrompent pas le versement de la rente et donnent exceptionnellement droit à des indemnités journalières<sup>236</sup>.

Lorsque ces mesures aboutissent à un résultat positif – c'est-à-dire qu'elles entraînent la suppression de la rente –, la capacité de gain étant rétablie, l'assuré et son employeur ont droit à des conseils et à un suivi pendant 3 ans. En cas de rechute s'ouvre le droit à une prestation transitoire (voir Chapitre III 7.2 *infra*).

La décision de supprimer ou diminuer la rente à la suite d'une nouvelle réadaptation peut être contestée dans la forme et le délai légaux.

### 5. Les prestations de l'AI à l'intention des employeurs désireux d'engager des personnes atteintes dans leur santé

Ces prestations visent à alléger les charges de l'employeur mais n'entraînent aucune garantie que l'engagement sera maintenu au-delà du temps que dure la mesure. L'employeur est donc libre de licencier la personne qui ne lui donne plus droit à des prestations pour en engager une autre.

Ces mesures ne garantissent pas le maintien du niveau de salaire antérieur à l'atteinte à la santé.

#### 5.1 L'allocation d'initiation au travail – AIT (article 18b LAI)

Si l'assuré trouve un emploi grâce au placement, une AIT peut être versée à l'employeur durant la période requise d'initiation ou de mise au courant pendant 180 jours au plus<sup>237</sup>, pour autant que l'assuré n'ait pas encore le rendement escompté. Au-delà des 180 jours, l'employeur est libre de résilier le contrat de durée indéterminée en respectant le délai de congé.

Il n'existe aucun critère objectif, abstrait ou légal permettant de mesurer le rendement d'un employé. Le salaire est néanmoins adapté à la réduction du rendement et peut être totalement insuffisant pour vivre.

L'AIT est destinée à compenser un rendement moindre en début d'insertion

et non à offrir du travail bon marché pendant 6 mois. Elle permet de réduire le risque financier de l'employeur, puisqu'il ne doit assumer ni le salaire ni les charges sociales durant 180 jours.

#### Un assuré averti en vaut deux

Si le contrat de travail a duré 12 mois, le droit aux prestations de l'assurance chômage est à nouveau ouvert. Il est donc recommandé de négocier un contrat d'une durée de 12 mois au moins, quelle que soit la durée de la prestation accordée à l'employeur.

## 5.2 Le placement à l'essai (article 18a LAI)

Le placement à l'essai peut être accordé mais n'est pas un droit de l'assuré. Il dure 180 jours et sert à vérifier si l'assuré possède les capacités nécessaires pour intégrer le marché de l'emploi. L'assuré touche sa rente ou des indemnités journalières durant le placement et non pas un salaire. En outre, le placement à l'essai n'est pas un vrai contrat de travail même si l'assuré doit en respecter les principales prescriptions (obligation de diligence et de fidélité, d'effectuer les heures supplémentaires, d'observer les directives, etc.) et que l'« employeur » doit respecter la personnalité de l'assuré placé chez lui. Même si le placement donne satisfaction, il ne fonde aucune obligation de l'« employeur » de conclure un contrat de travail par la suite.

Le placement à l'essai donne droit à un certificat de travail<sup>238</sup>.

Le placement peut être interrompu pour des raisons médicales<sup>239</sup>.

## 6. Le travail du rentier AI

L'invalidité ne se définit pas comme une incapacité de travail mais comme une incapacité de gain totale ou partielle permanente ou de longue durée, l'ensemble du marché du travail entrant en ligne de compte<sup>240</sup>. Cela signifie qu'une capacité résiduelle de gain peut exister : en d'autres termes, le bénéficiaire d'une rente AI est en droit de travailler.

Souvent les rentiers AI se demandent s'ils risquent de perdre leur rente en reprenant un travail et combien ils peuvent gagner sans mettre en péril leur droit à la rente. Les OCAI doivent leur fournir la réponse précise<sup>241</sup> bien qu'ils rechignent à le faire. Il est dès lors utile de comprendre dans les grandes lignes les règles qui président à l'activité lucrative des rentiers.

Il faut d'abord savoir que le temps de travail n'est pas un critère pertinent pour juger le travail des invalides. Les invalides qui veulent se remettre au travail se demandent souvent à quel taux d'activité ils peuvent travailler. Or ce qui compte, c'est le gain réalisé et non pas le temps passé au travail.

<sup>238</sup> Jean-Philippe Dunant, Pascal Mahon (éds), Les certificats dans les relations de travail, Collection CERT, Genève/Zürich, Schulthess Editions Romandes, 2018, p. 5.

<sup>239</sup> Article 6bis RAI.

<sup>240</sup> Article 8 LPGA.

<sup>241</sup> Article 27 LPGA.

<sup>242</sup> Article 31 LAI la révision de la LAI en cours prévoit la suppression de cette franchise, rendue inutile par le passage à un système de rentes linéaires.

<sup>243</sup> Article 27 LPGA.

<sup>244</sup> Le passage à un système de rentes linéaires aura pour effet que tout nouveau revenu entraînera une modification du taux d'invalidité.

<sup>245</sup> Voir Arrêté relatif à l'engagement de personnes invalides 122.70.43

L'invalidité, c'est l'incapacité de gagner de l'argent par son travail et non pas l'incapacité d'effectuer une activité.

#### Un assuré averti en vaut deux

En cas d'augmentation du revenu d'un invalide, sa rente n'est révisée que si l'amélioration dépasse 1'500 frs par an<sup>242</sup>.

C'est le degré d'invalidité qui détermine le montant de la rente. Par conséquent, pour savoir quel revenu un rentier AI peut réaliser par le fruit de son travail sans remettre le montant de sa rente en question, il est indispensable de connaître le revenu d'invalidité qui a été retenu dans la décision d'octroi d'une rente et de procéder à un calcul individuel. Si le nouveau salaire est plus élevé que le revenu d'invalidité, cela pourra entraîner une diminution du degré d'invalidité. Or la diminution du degré d'invalidité peut avoir pour effet de faire passer une personne de la catégorie lui donnant droit à une rente entière à une catégorie lui donnant droit à une fraction de cette rente.

Les offices AI sont tenus de fournir gratuitement les renseignements sur le revenu déterminant et d'invalidité<sup>243</sup>.

Dans la mesure où le gain réalisé par le travail ne modifie pas le degré d'invalidité, une personne bénéficiaire d'une rente peut effectuer un travail rémunéré et continuer à toucher la même rente qu'avant d'avoir repris une activité rémunérée<sup>244</sup>.

Toute personne qui ne gagne pas plus que son revenu d'invalidité conserve sa rente.

## 6.1 Particularité fribourgeoise

Le canton de Fribourg favorise la réintégration professionnelle de ses anciens collaborateurs devenus invalides alors qu'ils étaient en activité au service de l'Etat ainsi que des autres invalides ayant effectué un stage de réintégration professionnelle ordonné par l'AI<sup>245</sup>.

## 6.2 Invalide à 100% : peut-on travailler ?

Si une personne est invalide à 100%, cela signifie que l'AI a estimé qu'elle n'avait plus aucune capacité de gain, son revenu d'invalidité est donc égal à zéro. Le fait de reprendre un emploi modifiera les bases de ce calcul. Toutefois, tant que l'assuré ne gagne pas plus que 40% de son revenu de personne valide sa rente n'est pas modifiée.

Le revenu de personne valide doit figurer sur la décision d'invalidité ou être communiqué, sur demande, par l'OCAI.

### 6.3 Effet d'un nouveau travail rémunéré sur la rente

Il serait naïf de croire qu'un invalide peut reprendre le travail sans que l'AI s'y intéresse de très près et n'en tire ses propres conclusions. En effet, en travaillant l'assuré tend à démontrer par l'acte qu'il a retrouvé une capacité de gain. Or, lorsque la capacité de gain s'améliore et que l'on peut s'attendre à ce que cette amélioration soit durable, la question se pose de savoir si cette force de travail retrouvée entraîne une modification notable du taux d'invalidité<sup>246</sup>. Il en va de même lorsqu'un changement déterminant a déjà duré trois mois, sans interruption notable et sans qu'une complication prochaine soit à craindre<sup>247</sup>. Une modification du taux d'invalidité entraîne une révision de la rente.

Les OCAI sont tenus de renseigner gratuitement les rentiers sur les suites possibles d'une reprise du travail<sup>248</sup>.

Ainsi, toute amélioration de la capacité de travail peut inciter l'AI à réviser la rente. Une expertise peut démontrer que l'assuré a objectivement retrouvé une capacité de gain plus grande que ce qu'il croyait.

#### Et le bénévolat ?

Si le bénévolat est effectué selon les mêmes contraintes qu'un travail rémunéré, l'AI peut le considérer comme un indice que la capacité de gain est augmentée et lancer une procédure de révision de la rente.

Un assuré averti en vaut deux  
Une activité bénévole de président de club, effectuée 40 heures par semaine, pendant trois ans et correspondant à des travaux médicalement exigibles de la part de l'AI entraîne une révision rétroactive de la rente<sup>249</sup>.

### 6.4 Obligation d'informer l'AI

L'assuré, de même que ses proches, est tenu de communiquer à l'office AI toute modification importante des circonstances qui déterminent le droit à la rente<sup>250</sup>. Le recouvrement de la capacité de gain en est une et doit être signalé lorsqu'il a duré trois mois.<sup>251</sup> L'assuré qui néglige de signaler qu'il gagne désormais de l'argent risque de devoir restituer les rentes qu'il aurait touchées à tort<sup>252</sup>. L'obligation est la même pour une activité bénévole qui entraîne des contraintes similaires à une activité lucrative.

Un assuré averti en vaut deux  
L'assuré ne saurait être libéré de son obligation de renseigner au motif que le changement de circonstances ne lui apparaissait a priori pas propre à entraîner une modification de son droit à des prestations<sup>253</sup>.

<sup>246</sup> Article 17 LPGA.

<sup>247</sup> Article 88a RAI.

<sup>248</sup> Article 27 LPGA et 41 RAI.

<sup>249</sup> 9C\_444/2014.

<sup>250</sup> Articles 31 al. 1 LPGA et 77 RAI.

<sup>251</sup> Article 88a RAI.

<sup>252</sup> Article 25 LPGA.

<sup>253</sup> 9C\_115/2018.

<sup>254</sup> Le rapport de la société civile présenté à l'occasion de la première procédure de rapport des Etats devant le Comité de l'ONU relatif aux droits des personnes handicapées du 16 juin 2017 réclame une application plus généreuse de la possibilité de suspendre la rente durant une tentative de réintégration, p. 130.

<sup>255</sup> Article 14 al. 2 LACI.

<sup>256</sup> La période d'attente consiste en une incapacité de travail de 40% en moyenne durant une année et sans interruption de plus de 30 jours (article 28 al. let. b LAI et 29ter RAI).

<sup>257</sup> Article 30 RAI.

<sup>258</sup> Article 26a LPP.

## 7. Les prestations de l'AI à l'intention des personnes qui perdent la rente

L'AI veut encourager les rentiers à reprendre une activité lucrative, au risque qu'ils perdent leur rente. Pour adoucir les conséquences d'un échec du retour à l'emploi, deux règles ont été instaurées<sup>254</sup>.

La personne domiciliée en Suisse qui perd sa rente AI et se retrouve ainsi contrainte de reprendre une activité salariée peut s'inscrire au chômage dans l'année qui suit la suppression de sa rente<sup>255</sup>.

### 7.1 La réduction du délai d'attente (article 29bis LAI)

La rente peut être supprimée du fait que l'assuré a repris un travail rémunéré qui a eu pour effet d'abaisser son degré d'invalidité. Dans cette situation, si l'assuré, dans les trois ans qui suivent, présente à nouveau un degré d'invalidité ouvrant le droit à la rente (c'est-à-dire 40 % au moins) en raison d'une incapacité de travail de même origine que la précédente, on déduira de la période d'attente imposée par la loi<sup>256</sup> celle qui a précédé le premier octroi. Plus simplement dit, le droit à la rente reprend naissance sans délai.

### 7.2 La prestation transitoire en espèces (article 32 LAI)

L'assuré dont la rente est réduite ou supprimée suite à des mesures de nouvelle réadaptation, à une reprise d'emploi ou à une simple augmentation de son taux d'occupation a droit à une prestation transitoire s'il subit, dans les trois ans qui ont suivi la réduction ou la suppression de rente, une incapacité de travail de 50% au moins et qui dure plus de 30 jours. Une attestation médicale est nécessaire<sup>257</sup>. La prestation transitoire équivaut soit à la différence entre la rente désormais en cours et l'ancienne rente perdue, soit au montant total de l'ancienne rente si elle a été entièrement perdue. L'échec du retour à l'emploi débouche sur une nouvelle décision concernant le taux d'invalidité.

En principe, la rente du 2<sup>e</sup> pilier continue à être versée tant que dure la prestation transitoire et pour autant que cela ne conduise pas à une sur-indemnisation<sup>258</sup>.

Les personnes dont la rente est supprimée parce qu'elle avait été octroyée en raison d'un syndrome sans pathogenèse ni étiologie claire ont droit à des mesures de nouvelle réadaptation (voir Chapitre III 4 *supra*) mais pas à la prestation transitoire.

## 8. Effet d'un nouveau travail rémunéré sur les prestations complémentaires

Les prestations complémentaires<sup>259</sup> visent à assurer un revenu décent aux invalides qui n'ont d'autres ressources que leur rente. Le montant de la prestation complémentaire annuelle correspond à la part des dépenses reconnues qui excède les revenus déterminants<sup>260</sup>. Les dépenses reconnues et les revenus déterminants font l'objet d'un calcul individuel basé sur la loi.

Or, le salaire provenant d'une nouvelle activité lucrative fait partie des revenus déterminants. Il est donc pris en considération dans le calcul du droit à la prestation complémentaire annuelle, mais seulement s'il dépasse les 1000 francs annuels pour les personnes seules, respectivement 1500 frs pour les couples et les personnes qui ont des enfants donnant droit à une rente pour enfant de l'AI<sup>261</sup>.

Le fait de prendre un travail rémunéré peut avoir pour effet de diminuer le montant de la prestation complémentaire annuelle.

## 9. Cotisations de l'invalidé aux assurances sociales

Un invalide qui touche un salaire doit payer les cotisations sociales (AVS/AI/APG/AC et 2<sup>e</sup> plier). Toutefois, les personnes invalides à 70% au moins ne cotisent pas au 2<sup>e</sup> pilier<sup>262</sup> (art. 1j al.1 let. d OPP 2).

**259** Voir la loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'assurance vieillesse, survivants et invalidité du 19 mars 1965 (LPC – 831.30).

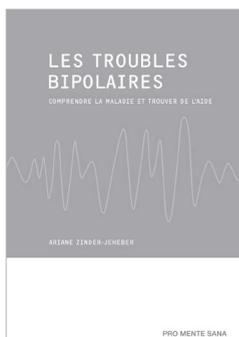
**260** Article 9 LPC.

**261** Article 11 LPC.

**262** Article 1j al.1 let. d OPP 2.

## PUBLICATIONS DE PRO MENTE SANA

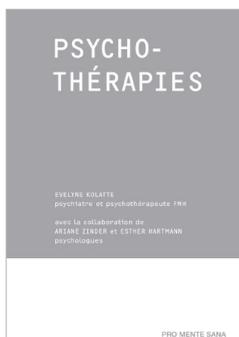
### Collection psychosociale



*Les troubles bipolaires. Comprendre la maladie et trouver de l'aide, Ariane Zinder-Jeheber, Pro Mente Sana, Genève 2016*



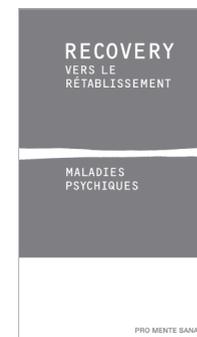
*Le trouble de la personnalité borderline. Comprendre la maladie et trouver de l'aide, Andreas Knuf, Pro Mente Sana, Genève 2014*



*Psychothérapies*  
Par Evelyne Kolatte, psychiatre et psychothérapeute FMH  
avec la collaboration d'Ariane Zinder et Esther Hartmann, psychologues.  
Pro Mente Sana, Genève 2013



*Témoignages de Recovery – Récits de rétablissements en santé mentale. Entretiens et textes par Samia Richle et Ildiko Dao Lamunière. Pro Mente Sana, Genève 2012*



*Recovery – Vers le rétablissement. Maladies psychiques. Pro Mente Sana, Genève 2011*



*Crise psychique – Que faire?,*  
Guide de Pro Mente Sana disponible en sept langues (français, italien, portugais, espagnol, albanais, serbo-croate-bosniaque et turc),  
Genève 2010

## PUBLICATIONS DE PRO MENTE SANA

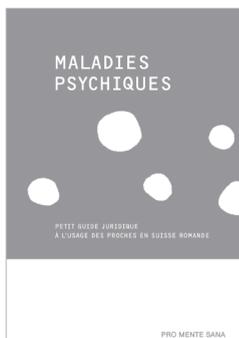
Collection juridique



*L'incapacité de discernement et ses conséquences économiques*, Shirin Hatam, Pro Mente Sana, Genève rééd. 2015



*Directives anticipées – Prévoir une incapacité de discernement, rédiger des directives anticipées*, Shirin Hatam, Pro Mente Sana, Genève rééd. 2014



*Maladies psychiques. Petit guide juridique à l'usage des proches*, Shirin Hatam avec la collaboration d'Asuman Kardes Edition 2014 révisée et augmentée

Pro Mente Sana  
Rue des Vollandes 40  
CH-1207 Genève

Tél.: 0840 00 00 60 (tarif local)  
Fax: 022 718 78 49

E-mail: [info@promentesana.org](mailto:info@promentesana.org)  
[www.promentesana.org](http://www.promentesana.org)

CP 17-126679-4

Permanence téléphonique  
(lundi, mardi et jeudi: 10h-13h)

Conseil juridique: 0840 00 00 61 (tarif local)  
Conseil psychosocial: 0840 00 00 62 (tarif local)

Pro Mente Sana est une organisation qui défend les droits et les intérêts des malades psychiques. Elle propose un service de conseil téléphonique à l'intention des personnes concernées, des proches et des professionnels, portant sur des questions juridiques ou psychosociales, autour de la maladie psychique et de la santé mentale. Elle promeut et soutient l'entraide, informe et sensibilise le public et intervient dans les débats politiques et sociaux. Pro Mente Sana est la seule organisation en Suisse à défendre globalement les droits et les intérêts des malades psychiques indépendamment de toute structure d'accueil et de soins.

2 [j] rééd. 2018

**pro mente sana**  
association romande



Le label de qualité Zewo, attribué aux organisations d'utilité publique, garantit la transparence et l'utilisation scrupuleuse, efficace et économique des dons versés.