

## VD\_FINDINFO HC / 2015 / 1042 vom 8. Februar 2016

VD Tribunal cantonal, 2016-02-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2015\\_\\_\\_1042](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2015___1042)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2015 / 1042 du 8 février 2016

IT: VD\_FINDINFO HC / 2015 / 1042 del 8 febbraio 2016

### Regeste

PERTE DE GAIN, CONTRAT DE TRAVAIL, MALADIE, OBLIGATION D'ANNONCER, OBLIGATION DE RÉDUIRE LE DOMMAGE, FARDEAU DE LA PREUVE, LOI FÉDÉRALE SUR LE CONTRAT D'ASSURANCE, CONVENTION COLLECTIVE DE TRAVAIL, RÉSILIATION IMMÉDIATE | 324a CO, 337 CO, 337c CO, 44 CO, 61 LCA, 87 LCA

### Erwägungen

#### E. 9

Par demande du 10 juin 2011 déposée auprès de la Chambre patrimoniale cantonale, le demandeur a pris les conclusions suivantes : "I. C. \_\_\_\_\_ Sàrl et T. \_\_\_\_\_ SA, sont les débitrices de V. \_\_\_\_\_ et lui doivent solidairement immédiat paiement de la somme de 110'528 fr. 60 francs, avec intérêts à 5% l'an dès le 11 février 2009. II. C. \_\_\_\_\_ Sàrl est débitrice de V. \_\_\_\_\_ et lui doit solidairement immédiat paiement de la somme de 18'900 francs, avec intérêts à 5% l'an dès le 11 février 2009." Par réponse du 5 décembre 2011, la défenderesse T. \_\_\_\_\_ SA a conclu au rejet des conclusions de la demande. Par réponse du 18 janvier 2012, la défenderesse C. \_\_\_\_\_ Sàrl a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce que les conclusions de la demande soient déclarées irrecevables, subsidiairement rejetées. L'échange d'écritures s'est poursuivi jusqu'au 7 novembre 2012. Le 28 décembre 2012, la Chambre patrimoniale cantonale a ordonné la production, en mains du Dr [...], de toutes pièces attestant du début et de la durée de l'incapacité de travail du demandeur, mentionnant le taux de celle-ci. Par courrier du 21 janvier 2013, le Dr [...] a indiqué qu'il avait attesté de l'incapacité de travail totale du demandeur du 1<sup>er</sup> avril 2009 au 31 juillet 2009. Lors d'une audience qui s'est tenue le 29 août 2013, quatre témoins ainsi que le demandeur et [...], associé gérant de la défenderesse C. \_\_\_\_\_ Sàrl, ont été entendus. Il ne ressort pas clairement des témoignages que le demandeur aurait simulé un accident pour pouvoir bénéficier de prestations d'assurance. Tout au plus certains soupçons ont-ils été exprimés, lesquels sont cependant infirmés par les certificats médicaux et expertises au dossier (cf. également chiffre 10 ci-dessous). S'agissant notamment des allégations de C. \_\_\_\_\_ Sàrl, selon lesquelles le demandeur, après une incapacité de travail pour cause d'accident du 17 janvier 2008 au 31 octobre 2008, avait été en incapacité de travail pour cause de maladie du 1<sup>er</sup> novembre 2008 au 28 février 2009 (allégué 69), [...] a déclaré qu'il était "un peu perdu, parce qu'il [le demandeur] [lui] apportait des papiers à remplir pour accident et pour maladie, papiers [qu'il] devait envoyer à l'assurance ensuite." [...] a ajouté qu'il y avait d'abord eu un arrêt pour maladie. T. \_\_\_\_\_ SA avait payé pour cela, mais il avait dû la rembourser ensuite puisque c'était l'assurance-accident qui avait pris le cas en charge. Le témoin [...], ancienne employée en qualité de secrétaire auprès de C. \_\_\_\_\_ Sàrl, a confirmé que la raison de l'incapacité de travail du demandeur

à partir du 1<sup>er</sup> novembre 2008 n'était pas très claire et a précisé qu'au départ (janvier 2008) et d'après ses souvenirs, l'entreprise avait rempli une déclaration d'accident. Concernant l'affirmation selon laquelle dès le 28 février 2009, le demandeur n'aurait pas remis à C. \_\_\_\_\_ Sàrl de certificat d'incapacité de travail (allégué 69), [...] a indiqué qu'il ne s'en rappelait pas et qu'il avait transmis tous les documents à son avocat. Enfin, le témoin [...], employée de T. \_\_\_\_\_ SA, a indiqué qu'elle avait rencontré l'intimé "pour une visite de courtoisie" en date du 28 janvier 2009, mais qu'elle ne s'était pas occupée de son dossier.

### **E. 9.1**

Comme déjà mentionné, l'art. 324a al. 4 CO admet les régimes dérogatoires, à condition qu'ils garantissent au travailleur des prestations au moins équivalentes à celles prévues aux alinéas 1 à 3 de cette disposition. Selon la jurisprudence et la doctrine, il y a équivalence au sens de l'art. 324 a al. 4 CO, et sur la base d'une comparaison dite "abstraite", lorsque l'assurance conclue, à primes partagées, couvre au moins le 80% du salaire contractuel, et ce dès le troisième jour, durant 720 jours dans une période d'observation de 900 jours consécutifs (TF 4A\_98/2014 du 10 octobre 2014 consid. 4.2.1; ATF 135 III 640 consid. 2.3.2; Wyler/Heinzer, *Droit du travail*, 3<sup>e</sup> éd. 2014, p. 243 et les références citées; Duc/Subilia, *Droit du travail, éléments de droit suisse*, Lausanne 2010, n. 57 pp. 240 s). Des délais d'attentes supérieurs à trois jours ne satisfont plus à l'exigence d'équivalence au sens de l'art. 324a al. 4 CO, à moins que l'employeur n'assume le 100% du salaire-maladie durant ce délai d'attente, et ce selon les règles de l'échelle bernoise au moins (Gloor, *op. cit.*, p. 156; cf. également Duc/Subilia, *op. cit.*, n. 61 p. 242, pour qui l'employeur peut, dans le cas d'une assurance différée au 31<sup>e</sup> jour, alternativement prendre à sa charge tous les délais de carence à 100%, dans les limites de l'échelle judiciaire applicable, ou s'engager à prendre à sa charge tous les délais de carence, mais à 80%, en imposant un délai de carence de deux jours par cas au maximum). Lorsqu'il s'engage à conclure une assurance perte de gain, l'employeur répond de l'exécution de cette obligation selon les principes généraux : s'il omet de contracter une assurance conforme au contrat de travail, il doit réparation du préjudice causé par la violation de ce contrat (art. 97 CO). Cette règle s'applique aussi bien en cas d'inexécution totale que d'inexécution partielle (Aubert, *Commentaire romand, Code des obligations I*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2012, n. 64 ad art. 324a CO; ATF 127 III 318 consid. 5, JdT 2001 I 381, 389). Lorsque les parties sont convenues d'une réglementation différente au sens de l'art. 324a al. 4 CO, mais que celle-ci n'est pas équivalente, l'employeur n'est donc pas libéré et doit à son employé l'entier du salaire selon l'art. 324a al. 1 à 3 CO. Afin de ne pas prêter tout de même celui qui a conclu une assurance offrant au travailleur une couverture étendue mais insuffisante au regard de la loi, le Tribunal fédéral autorise la déduction du montant du salaire dû pendant le temps limité de l'ensemble des prestations versées par l'institution d'assurance pendant la même période (ATF 96 II 133 consid. 3e; Subilia, *op. cit.*, p. 115). Lorsqu'une convention collective déroge aux dispositions de l'art. 324a al. 1 à 3 CO, il faut examiner si l'assurance pour perte de salaire couvrant le travailleur lui assure des prestations au moins équivalentes (Favre/Munoz/Tobler, *Le contrat de travail, Code annoté*, Lausanne 2010, n. 4.2 ad art. 324a CO). La convention collective de travail sert en premier lieu à protéger la partie économiquement la plus faible en lui conférant des garanties minimales et en imposant à l'autre partie un minimum d'obligations. Ses clauses normatives ont un effet direct et impératif envers les employeurs et travailleurs qu'elles lient. Bien que lesdites clauses aient d'une certaine manière la portée de prescriptions légales, la règle générale du code des obligations (art. 97 CO) suffit à en assurer le respect, partant à fonder la responsabilité du débiteur qui ne les exécuterait pas (ATF 125 V 492 consid. 4a).

## E. 9.2

En l'espèce, l'art. 64 CN (dans sa version 2006 et 2008, étant précisé que cette dernière est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2008) prévoit ce qui suit : 1 Paiement du salaire par une assurance collective : l'entreprise doit assurer collectivement les travailleurs soumis à la CN pour une indemnité journalière (perte de gain) de 80% du dernier salaire normal versé selon l'horaire de travail contractuel. Avec les indemnités journalières de l'assureur collectif, l'obligation de payer le salaire de l'employeur au sens des art. 324a et 324b CO est entièrement compensée. 2 Primes (...) b) Paiement différé des indemnités journalières : si une entreprise conclut une assurance collective d'indemnité journalière différée avec une prestation différée de 30 jours au maximum et un jour de carence par cas de maladie, elle doit payer elle-même pendant le temps différé le 80 % du salaire perdu du fait de la maladie. Dans ce cas, le travailleur doit également payer la moitié de la prime qui serait nécessaire pour couvrir le 80 % du dernier salaire payé dès le 2<sup>e</sup> jour. L'entreprise doit justifier le besoin de la prime correspondante au moyen de la structure tarifaire officielle (tableau de tarifs de l'assureur). 3 Conditions minimales d'assurance : les conditions d'assurance doivent prévoir au minimum : a) début de l'assurance le jour où le travailleur commence ou aurait dû commencer le travail en vertu de l'engagement, b) versement d'une indemnité journalière en cas de maladie de 80 % après un jour de carence au plus à la charge du travailleur. S'il y a une prestation différée de 30 jours par cas de maladie, la perte de salaire doit être payée par l'employeur, c) paiement de l'indemnité journalière en cas de maladie (perte de gain) pour 720 indemnités journalières complètes dans l'espace de 900 jours consécutifs (...) Il résulte de cette convention, dont l'applicabilité et la force obligatoire ne sont pas contestées, que l'indemnité journalière, équivalant à 80% du salaire, doit être versée après un jour de carence au plus à la charge du travailleur et que si la prestation de l'assurance est différée de 30 jours, il appartient à l'employeur de payer la perte de salaire correspondante – soit 80% du salaire jusqu'à ce que l'assurance intervienne (art. 64 al. 2 let. b CN). En l'occurrence, dès lors que l'assurance collective conclue, prévoyant le paiement de 80% du salaire dès le 31<sup>e</sup> de maladie seulement (pièce 103), ne satisfaisait pas aux conditions d'équivalence fixées de manière contraignante par la convention collective, force est de constater que l'intimée C. \_\_\_\_\_ Sàrl ne s'est pas libérée de toute obligation à l'égard de son ancien employé. Quelle que soit la motivation du jugement du Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne du 14 juillet 2010 à cet égard, lequel a prononcé le déclinatoire et invité l'intimé à ouvrir action contre l'assureur directement, ce jugement n'a (par définition) pas tranché le fond du litige et ne saurait ainsi être assorti de l'autorité de chose jugée. La force de chose jugée formelle (formelle Rechtskraft) ne doit pas être confondue avec l'autorité de chose jugée (matérielle Rechtskraft), dont sont revêtues les décisions sur le fond (ATF 123 III 16 consid. 2a) et qui permet de s'opposer à ce que cette décision soit remise en cause devant un tribunal par les mêmes parties et sur le même objet (art. 59 let. e CPC; TF 5A\_866/2012 du 1<sup>er</sup> février 2013 consid. 4.2 et les références citées). Au demeurant, il n'est pas contesté que la Chambre patrimoniale cantonale était compétente ratione materiae pour se prononcer à la fois sur les prétentions émises contre l'assurance privée et contre l'employeur. L'intimé dispose ainsi d'une créance en dommages-intérêts contre C. \_\_\_\_\_ Sàrl correspondant au dommage qu'il a subi. Conformément à l'art. 64 al. 1 let. b CN, ce dommage équivaut à 80% du salaire, avec un délai de carence d'un jour, ce qui correspond à un montant de 184 fr. 80 par jour du 2 au 30 novembre 2008 (29 jours), sous déduction du montant perçu pendant cette période par la Suva (39 fr. 75 x 29 = 1'152 fr. 75), soit 4'206 fr. 45, avec intérêts à 5%

l'an (art. 104 al. 1 CO) dès le 10 février 2009, soit la date de réception de la mise en demeure de l'intimé du 9 février 2009 (art. 102 al. 1 CO). 10. Au vu de ce qui précède, l'appel de T. \_\_\_\_\_ SA doit être partiellement admis et le chiffre I du dispositif réformé en ce sens que cette dernière est débitrice de V. \_\_\_\_\_ d'une somme de 26'399 fr. 10, avec intérêts à 5% l'an dès le 28 février 2009 (date moyenne). L'appel joint de V. \_\_\_\_\_ doit également être partiellement admis et le jugement réformé en ce sens que C. \_\_\_\_\_ Sàrl est condamnée à lui verser les montants de 4'206 fr. 45 et 6'300 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 10 février 2009. Les frais judiciaires de première instance, fixés à 17'975 fr., avaient été répartis par moitié uniquement entre V. \_\_\_\_\_ et T. \_\_\_\_\_ SA. V. \_\_\_\_\_ obtenant en définitive gain de cause sur le principe de la responsabilité de T. \_\_\_\_\_ SA et de C. \_\_\_\_\_ Sàrl, et environ un quart de ses conclusions, il se justifie de répartir les frais judiciaires de première instance à raison d'un tiers (soit 5'991 fr. 65) à la charge de chacune des parties (cf. Tappy, op. cit., n. 33 ad art. 106 CPC). Les dépens réduits alloués à l'intimé, fixés par les premiers juges à 6'000 fr. à la charge de T. \_\_\_\_\_ SA, seront réduits à 3'000 fr. et mis par moitié (1'500 fr.) à la charge de chacune des défenderesses C. \_\_\_\_\_ Sàrl et T. \_\_\_\_\_ SA, dans la mesure où V. \_\_\_\_\_ obtient gain de cause sur le principe. Vu l'issue du litige, il n'y a pas lieu de condamner V. \_\_\_\_\_ à verser des dépens à C. \_\_\_\_\_ Sàrl. Chacun des appelants obtenant partiellement gain de cause sur ses conclusions d'appel – pratiquement identiques aux conclusions prises en première instance – les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 3'294 fr. (art. 62 al. 1 et 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]), seront répartis à raison de 1'098 fr. à la charge de chacune des parties, laissés à la charge de l'Etat s'agissant de V. \_\_\_\_\_, et les dépens d'appel compensés (art. 106 al. 1 et 2 CPC). Sur le vu de la liste des opérations et débours produite, l'indemnité de Me Denis Weber, conseil d'office de V. \_\_\_\_\_, peut être fixée à un montant de 1'620 fr. (arrondi), comprenant un défraiement de 1'479 fr. (8,22 heures admises) plus 118 fr. 30 de TVA et le remboursement de ses débours par 21 fr. 50 plus 1 fr. 70 de TVA (art. 2 et 3 RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010; RSV 211.02.3]), étant rappelé qu'il n'y a pas lieu d'indemniser les photocopies, qui sont comprises dans les frais généraux. Le bénéficiaire de l'assistance juridique est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité au conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

#### **E. 10**

a) En cours d'instance, une expertise médicale a été confiée au Dr K. \_\_\_\_\_, lequel a déposé, le 31 mai 2013, un rapport dont il ressort notamment ce qui suit : "(...) Conformément au mandat que vous m'avez confié, j'ai examiné votre assuré susnommé en date du 17.05.2013. Patient de 53 ans, droitier, carreleur-maçon, adressé en expertise médicale par le Juge de la Chambre Patrimoniaire Cantonale Vaudoise dans le cadre d'un conflit du travail. Anamnèse personnelle : Dorso-lombalgies chroniques depuis une douzaine d'années, traitées par son médecin traitant, le Dr Y. \_\_\_\_\_ à [...]. (...) Depuis une douzaine d'années, développement progressif de talalgies bilatérales nécessitant le port de talonnettes amortissantes (...) Depuis une dizaine d'années, développement progressif de gonalgies bilatérales que le patient attribue à son travail de carreleur, peu soulagées par le port de genouillères de protection. En 2008, il a subi une arthroscopie des deux genoux (...) L'évolution fut défavorable avec persistance de gonalgies. (...) Anamnèse socio-professionnelle : Patient né en Bosnie où il a suivi la scolarité obligatoire pendant 8 ans, suivie d'une formation de maçon dans le bâtiment, terminée sans diplôme. Par la suite,

il a toujours travaillé comme maçon en Bosnie. Il s'est marié en 1980 en Bosnie et a 5 enfants nés en 1980, 1982, 1987, 1989 et 1992. Sa femme ne travaillait pas, souffrant de graves troubles psychologiques. Sa fille, née en 1982, souffre d'une épilepsie handicapante (actuellement à l'AI). En 1999, le patient s'est établi en Suisse (...) En 2000, il a été engagé comme employé du service technique de la clinique [...] à [...] où il a travaillé pendant 2 ans. En 2003, il a été engagé comme carreleur chez C. \_\_\_\_\_ Sàrl à Lausanne. C'était un travail à 100% de 42 heures par semaine, 5 jours sur 7. C'était un travail pénible en raison de ses lombalgies chroniques et de ses gonalgies qui s'étaient progressivement péjorées dans cette période. A plusieurs reprises, des arrêts de travail de courte durée lui ont été délivrés par son médecin traitant, le Y. \_\_\_\_\_ à [...]. En 2007, son employeur s'est réorienté du domaine du carrelage vers celui de la maçonnerie et le patient s'est retrouvé quelques mois au chômage. Le 08.10.2007, il a été réengagé chez C. \_\_\_\_\_ Sàrl, cette fois comme aide-maçon avec un contrat à 100%. Il devait moins travailler à genoux, de sorte que les gonalgies ont légèrement régressé, mais les lombalgies chroniques ont persisté de façon inchangée. Anamnèse actuelle : Le 06.09.2007, le patient circulait comme passager avant d'une [...] conduite par son employeur, lorsque ce dernier a heurté une voiture qui était arrêtée au feu rouge devant lui. L'airbag ne s'est pas déclenché. Le patient se souvient qu'il s'est retenu au tableau de bord avec la main gauche et a ressenti des douleurs dans l'épaule gauche et au niveau de la nuque. Au moment de l'impact, sa tête a heurté le plafond de la voiture malgré le fait qu'il avait attaché sa ceinture de sécurité. Le patient précise qu'il était au chômage à cette époque, mais qu'il faisait de temps à autre de petits travaux pour C. \_\_\_\_\_ Sàrl. Il a immédiatement consulté le Dr Y. \_\_\_\_\_ qui a retenu le diagnostic de cervico-scapulalgies gauches, traitées conservativement. Aucun arrêt de travail ne lui a été délivré. (...) Malgré cela, il a été réengagé par C. \_\_\_\_\_ Sàrl le 08.10.2007, cette fois comme aide-maçon (cf. plus haut). Au courant de la première semaine de janvier 2008, le patient a chuté de sa hauteur sur son lieu de travail en portant un paquet de carrelages. La face latérale de son épaule gauche a heurté le sol réactivant l'intensité des cervico-scapulalgies gauches. Il n'a pas constaté de limitation fonctionnelle de son épaule gauche et a pu poursuivre son travail pendant une dizaine de jours en utilisant plutôt le membre supérieur droit. Le 17.01.2008, il a consulté le Dr [...] à l'Hôpital [...] à Montreux qui l'a mis à l'arrêt de travail. (...) Le 03.03.2008, une IRM cervicale a été faite (...) montrant une fusion partielle C2-C3, une spondylose postérieure modérée C3-C4 et une discrète discopathie C5-C6, sans hernie ni conflit neurologique. Le 4.3.2008, une arthro-IRM de l'épaule gauche a été faite pour l'anamnèse suivante : "chute sur l'épaule gauche, douleurs acromio-claviculaires, exclure une pathologie tendineuse". Cet examen a montré une discrète tuméfaction acromio-claviculaire à caractère contusionnel, une discrète tendinopathie du sus-épineux, un tendon du sous-scapulaire flou et grêle et un long chef du biceps avec subluxation antérieure dans sa gouttière. Un traitement conservateur a été entrepris avec AINS et physiothérapie, sans succès. Le 13.05.2008, une IRM lombaire a été faite (...) montrant une discopathie dégénérative D11-D12 et une spondylarthrose postérieure L3-L4-L5 (cf. anamnèse personnelle). L'évolution fut défavorable avec extension progressive des cervico-scapulalgies qui devenaient bilatérales à environ 3 à 4 mois après la chute. Du 29.07 au 14.08.2008, il a séjourné à la Clinique romande de réadaptation de la SUVA à [...] où des radiographies des deux épaules ont été faites le 05.08.2008 ne montrant pas de troubles dégénératifs ni de calcification des parties molles. Un examen neurologique (...) a montré la présence d'un syndrome du tunnel carpien bilatéral à prédominance droite. Le 31.07.2008, un consilium psychiatrique a conclu à des

troubles de l'adaptation avec réaction mixte anxieuse et dépressive avec tendance à la dramatisation et à la catastrophisation de sa situation. Selon la lettre de sortie de ce séjour, le patient est resté centré sur ses douleurs se disant "foutu" et ne se voyant pas retravailler. Aucun traitement n'a été proposé devant l'échec systématique de toutes les mesures entreprises. Le 17.09.2008, il a été examiné par le médecin d'arrondissement de la SUVA qui retenait une incapacité de travail comme maçon tout en estimant qu'il devait être pleinement capable de travailler dans une activité adaptée. Le 25.09.2008, une IRM des deux genoux a été faite (...) pour l'indication suivantes : "gonalgies chroniques bilatérales". (...) Le 01.11.2008, la SUVA admettait une diminution de la capacité de gain de 25% pour les suites de l'accident de janvier 2008. Au début 2009, sans notion d'événement particulier, le patient a constaté une voussure pathologique du biceps gauche qui s'est contractée distalement avec la présence d'un hématome proximal antérieur du bras gauche qui a disparu au bout de quelques jours. Du 01.04 au 31.07.2009, le patient a bénéficié d'une période d'incapacité de travail totale délivrée par le Dr [...], médecin interne généraliste à [...]. Le 13.05.2009, une IRM cervicale a été faite (...) pour l'indication suivante : "cervico-brachialgies droites depuis environ un an. A l'examen clinique, hyporéflexie du segment C6 droit sans déficit sensitivo-moteur". (...) Le 11.5.2009, un examen neurologique avec EMG a été fait (...) pour des "paresthésies nocturnes des trois premiers doigts des deux mains, prédominantes à droites, depuis 2 à 3 ans". Cet examen a permis de retrouver un syndrome du tunnel carpien bilatéral (...) Le 19.06.2009, l'Office AI proposait un stage d'évaluation dans une activité ne nécessitant pas l'utilisation répétitive ni en hauteur de ses membres supérieurs.(...) Ces deux dernières années, s'est ajouté le problème intestinal dont les investigations sont encore en cours (...). Plaintes actuelles : · Vertiges, céphalées occipitales, troubles de la vision, tinnitus. · Acroparesthésies des deux mains prédominant à droite, de jour comme de nuit. · Cervicalgies irradiant dans les deux épaules avec des caractéristiques électrisantes et de piqûre, prédominant à droite. · Douleurs chroniques des deux épaules exacerbées dans tous les mouvements de hauteur qui sont fortement limités ddc. · Coxalgies diffuses bilatérales. · Gonalgies diffuses bilatérales. · Talalgies diffuses bilatérales. · Douleurs abdominales permanentes (...) A la demande, le patient se sent totalement incapable de travailler comme carreleur ou comme maçon. Il n'a aucune idée concernant une profession adaptée à ses divers problèmes et se sent dès lors complètement invalide. Par ailleurs, il souligne l'état psychologique précaire de sa femme et de sa fille dont il doit s'occuper. Status : Patient en bon état général, pesant 97 kg et mesurant 176 cm, décrivant ses plaintes avec précision sans jamais donner l'impression de les exagérer. (...) Conclusions : Il s'agit d'un aide-maçon bosniaque qui s'est établi en Suisse en 1999 avec sa famille dont sa femme et une fille souffre de graves troubles psychologiques. De 2003 à 2007, il a travaillé comme carreleur chez C. \_\_\_\_\_ Sàrl à Lausanne malgré le développement progressif de douleurs au niveau de la colonne lombaire, des deux genoux et des deux talons sur des troubles dégénératifs modestes. En 2007, il présentait certainement déjà des troubles dégénératifs modestes au niveau de sa colonne cervicale et de la coiffe des rotateurs de ses deux épaules ainsi qu'un syndrome du tunnel carpien bilatéral. Ces derniers troubles s'ajoutant aux premiers constituent un état de santé précaire susceptible de se décompenser à n'importe quel moment, soit par la dynamique des lésions elles-mêmes, soit en réponse à des événements ordinaires ou extraordinaires de la vie tels que les contusions bénignes subies le 06.09.2007 et au début janvier 2008 pour lesquelles le statu quo sine a dû être retrouvé très rapidement. L'accident du 06.09.2007 est survenu en pleine période de chômage pendant laquelle il donnait quand

même quelques coups de main à son ancien employeur. Malgré la persistance de cervico-scapulalgies gauches et de vertiges rendant les déplacements sur les chantiers précaires, le patient a malgré tout été réengagé comme aide-maçon par C. \_\_\_\_\_ Sàrl le 08.10.2007. On peut raisonnablement partir du principe que son patron ne l'aurait jamais réengagé s'il présentait des séquelles invalidantes de l'accident du 06.09.2007 pour lequel son médecin traitant ne lui a d'ailleurs pas délivré d'arrêt de travail même temporaire. A la fin de l'année 2007, le patient avait une pleine capacité de travail mais probablement de façon "limite". L'événement de début janvier 2008 était une contusion bénigne de l'épaule gauche. L'action vulnérante (choc direct sur l'épaule) était inappropriée pour causer les lésions de la coiffe des rotateurs de l'épaule gauche mais suffisant pour réactiver des douleurs liées aux lésions dégénératives préexistantes. Un autre événement ordinaire ou un effort important dans sa profession aurait pu aboutir au même résultat. Normalement on aurait pu s'attendre à ce que le patient retrouve son état antérieur à ces deux événements bénins d'octobre 2007 et de janvier 2008 après environ 1-2 mois. Malheureusement, l'évolution fut défavorable avec une extension progressive des cervico-scapulalgies dans le courant du printemps 2008 avec réactivation spontanée des lombalgies préexistantes, puis des gonalgies préexistantes associées à l'intervention probable de facteurs non somatiques. En été 2008 un diagnostic psychiatrique a été posé : troubles de l'adaptation avec réaction mixte anxieuse et dépressive avec tendance à la dramatisation et à la catastrophisation de la situation. Les multiples foyers douloureux se sont chronifiés de façon invalidante, puis des troubles abdominaux également présentés comme invalidant se sont rajoutés en 2009. Actuellement, on est frappé par une incohérence entre l'extension des plaintes et les diverses atteintes véritablement objectivables. Je ne peux pas me prononcer sur les aspects psychiatriques et intestinaux, mais les divers troubles de l'appareil locomoteur sont discrets à modestes et se retrouvent fréquemment de façon asymptomatique ou peu symptomatique chez des patients dans la même tranche d'âge tout en conservant une pleine capacité de travail. La précarité de la situation de ce patient provient probablement de la multitude des affections somatiques et non somatiques concomitantes. Même sans les événements d'octobre 2007 et de janvier 2008, il est probable que la capacité de travail de ce patient comme carreleur ou comme maçon aurait de toute façon décliné dans le courant de l'année 2008, mais à un rythme qu'il n'est pas possible de préciser rétrospectivement. Aujourd'hui, sur le plan somatique, il est certainement inapte à travailler dans une activité physique lourde comme carreleur ou comme maçon, mais une activité adaptée est certainement exigible et je me rallie ainsi à l'avis des médecins de la SUVA et de l'AI. Je pense en particulier à un travail de petite conciergerie ou comme employé d'un service technique comme celui de la Clinique [...] où il a travaillé pendant 2 ans. Un travail en position semi-assise dans l'industrie légère, ne nécessitant pas d'efforts ou de manutention lourdes pourrait également convenir. Compte tenu de ce qui précède, il est difficile de répondre de façon dichotomique aux allégués n°10-93 et 1095 [recte : 95]. Allégué n° 10 : "le demandeur est incapable de travailler, pour cause de maladie, depuis lors et jusqu'à ce jour". Je pars du principe que la période définie par cette phrase débute au 17.01.2008 en me rapportant aux allégués précédents. En effet, le patient est incapable de travailler comme carreleur ou aide-maçon à partir de cette époque, non pas pour des raisons traumatiques mais bien plus pour la décompensation et l'accumulation de nombreuses petites misères somatiques et non somatiques, aboutissant à la décompensation d'un état précaire préexistant. Par contre une pleine capacité de travail restait très vraisemblablement exigible dans un emploi adapté (cf. ci-dessus) à partir du printemps 2008. Allégué n° 93 : "

V. \_\_\_\_\_ reste à ce jour incapable de travailler". Pour les raisons développées ci-dessus, ce patient doit être actuellement considéré comme incapable de travailler dans une profession de manutention lourde telle que carreleur ou aide-maçon. Allégué n° 95 : "son état de santé ne lui permet pas de reprendre son travail au service de la défenderesse C. \_\_\_\_\_ Sàrl". En effet, le patient ne peut pas reprendre son travail comme carreleur ou aide-maçon à moins que C. \_\_\_\_\_ Sàrl ne puisse offrir un poste adapté comme mentionné ci-dessus. (...)" b) Dans le complément d'expertise du 14 janvier 2014, à la question posée par T. \_\_\_\_\_ SA de savoir quelle atteinte (accident ou maladie) avait justifié l'incapacité de travail totale du 1<sup>er</sup> avril au 31 juillet 2009, telle qu'établie par le Dr [...], médecin interne généraliste à [...], l'expert a répondu ce qui suit : "après avoir pris contact avec le Dr [...], médecin généraliste à [...] en lui posant expressément la question de l'atteinte qui a justifié l'incapacité de travail du 01.04 au 31.07.2009 (...) il m'a faxé le 14.01.2014 toutes les pièces correspondantes de son dossier médical (...). Dès lors, il faut considérer que l'arrêt de travail était justifié de façon largement prépondérante voire exclusive (...) par l'accumulation de diverses maladies et non pas des suites d'un accident." Quant à l'affirmation selon laquelle "aucun diagnostic précis et objectif ne démontr[ait] une incapacité de travail, du moins pas au-delà de ce [qu'avait retenu] la SUVA, à raison de 25% durant le premier trimestre 2009", l'expert a rappelé la teneur de sa réponse à l'allégué n° 10 (let. a supra) et a relevé que les diagnostics (multiples) avaient été décrits et analysés en détails dans son expertise du 31 mai 2013. Il a ajouté que la Suva avait admis une diminution de la capacité de gain de 25% "bien évidemment pour les seules suites de l'accident de janvier 2008, tout en considérant qu'il devait être pleinement capable de travailler dans une activité adaptée" et a confirmé qu'il se ralliait aux constatations du médecin de la SUVA et de l'AI en ce sens que l'intéressé disposait d'une pleine capacité de travail dans un emploi adapté, mais "pas comme maçon ni comme carreleur". S'agissant des questions complémentaires de la défenderesse C. \_\_\_\_\_ Sàrl, l'expert a en particulier confirmé que le patient ne s'était pas montré volubile ni exubérant au cours de l'anamnèse ni pendant l'examen, précisant toutefois que les incohérences entre l'extension des plaintes et les constatations objectivables s'étaient progressivement profilées, corroborant ainsi l'impression d'autres médecins. L'expert a ajouté que l'arrêt de travail à partir du 17.01.2008 n'était plus en lien de causalité naturelle avec les deux événements traumatiques (accidents des 06.09.2007 et durant la première semaine de janvier 2008), mais avec un état pathologique dégénératif notamment de l'épaule gauche, de la colonne cervicale et de l'épaule droite, auxquelles s'étaient ajoutées d'autres pathologies dégénératives décrites en détail dans l'expertise du 31 mai 2013. L'incapacité de travail résultait donc d'une multitude d'atteintes dégénératives relevant de la maladie et non d'un accident, étant précisé qu'il semblait néanmoins compréhensible que les médecins traitants et les assureurs ne l'aient pas tout de suite considéré comme tel, l'analyse de la causalité prenant parfois du temps.

## **E. 11**

L'audience de plaidoiries finales s'est tenue le 5 décembre 2014. A cette occasion, le demandeur a précisé que sa première conclusion se fondait uniquement sur les 720 indemnités journalières alors que la conclusion II, dirigée contre C. \_\_\_\_\_ Sàrl, se fondait sur l'art. 337c al. 3 CO. En droit : 1. a) Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable contre les décisions finales de première instance pour autant que la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC [Code de procédure civile suisse du 19 décembre

2008; RS 272]). L'appel, écrit et motivé, doit être introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC). En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions supérieures à 10'000 fr., l'appel de T. \_\_\_\_\_ SA est recevable. b) La partie adverse peut former un appel joint dans sa réponse, qui doit être déposée dans un délai de trente jours (art. 312 al. 2 et 313 al. 1 CPC). La partie intimée peut former son appel joint dans la mesure où elle était habilitée à appeler elle-même du jugement querellé, sans être limitée aux points du dispositif visés par l'appel principal (ATF 138 III 788 consid. 4.2; Jeandin, CPC Commenté, 2011, n. 6 ad art. 313 CPC; Message du 28 juin 2006 relatif au Code de procédure civile, FF 2006 6981 ad art. 309 et 310 CPC). En l'espèce, l'appel joint formé par l'intimé V. \_\_\_\_\_ dans le délai imparti pour le dépôt de sa réponse est également recevable (cf. également consid. 3 infra).

2. L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance. Cela étant, dès lors que, selon l'art. 311 al. 1 CPC, l'appel doit être motivé – la motivation consistant à indiquer sur quels points et en quoi la décision attaquée violerait le droit et/ou sur quels points et en quoi les faits auraient été constatés de manière inexacte ou incomplète par le premier juge –, la Cour de céans n'est pas tenue d'examiner, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui se posent si elles ne sont pas remises en cause devant elle, ni de vérifier que tout l'état de fait retenu par le premier juge est exact et complet, si seuls certains points de fait sont contestés devant elle (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, n. 3 ad art. 311 CPC et la jurisprudence constante de la CACI, notamment CACI 1<sup>er</sup> février 2012/57 consid. 2a). La motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que le recourant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1).

Appel de T. \_\_\_\_\_ SA

3. L'appelante soutient que les conclusions de la demande de l'intimé du 10 juin 2011 seraient irrecevables en raison de la formulation de la deuxième conclusion (contenant l'adverbe "solidairement", alors qu'elle ne concernait que C. \_\_\_\_\_ Sàrl) et du fait que les responsabilités de l'assurance et de l'employeur s'excluraient en vertu de fondements juridiques différents.

3.1 Les conclusions déterminent la nature et l'objet de l'action et sont donc décisives pour déterminer la valeur litigieuse, la compétence ratione materiae, le droit applicable, etc. (Tappy, CPC commenté, Bâle 2011, n. 12 ad art. 221 CPC). Selon un principe général de procédure civile, une conclusion doit être formulée de telle sorte qu'en cas d'admission de la demande, le jugement puisse être exécuté (Bohnet, CPC commenté, Bâle 2011, n. 13 ad art. 84 CPC). L'analyse des actes et des éventuels vices de forme qui les entachent doit être faite avec pour toile de fond les principes de l'interdiction du formalisme excessif (Bohnet, op. cit., n. 6 ad art. 132 CPC). Les conclusions doivent être interprétées à la lumière de la motivation de la demande (cf. ATF 137 III 617 consid. 6.2, JdT 2014 II 187; TF 5A\_855/2012 du 13 février 2013 consid. 3.3.2).

3.2 En l'espèce, la présence de l'adverbe "solidairement" dans la deuxième conclusion de la demande de l'intimé du 10 juin 2011 résulte manifestement d'une erreur de plume et ne saurait conduire à l'irrecevabilité de la demande. Comme l'a d'ailleurs précisé l'intimé lors de l'audience du 5 décembre 2014, sa première conclusion – dirigée contre

T. \_\_\_\_\_ SA et C. \_\_\_\_\_ Sàrl "solidairement" – se basait sur les 720 indemnités journalières tandis que la seconde se fondait sur l'art. 337c al. 3 CO et était dirigée contre C. \_\_\_\_\_ Sàrl uniquement. La question de l'éventuel cumul de prétentions contre l'assurance perte de gain et l'employeur relève quant à elle du fond et ne constitue dès lors pas une condition de recevabilité de la demande. Au demeurant, la créance directe du travailleur à l'encontre de l'assurance collective (art. 87 LCA [loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance; RS 221.229.1]) n'empêche pas que ce dernier fasse valoir à l'encontre de son employeur des dommages-intérêts résultant du défaut de couverture promise (par exemple le salaire dû pendant le délai éventuel de carence, cf. 125 V 492 consid. 4a; ATF 115 II 251 consid. 3b) (cf. également consid. 9 infra). Partant, ce grief doit être rejeté. 4. L'appelante soutient ensuite que dans la mesure où l'intimé n'a pas prouvé qu'il aurait subi ou subirait une incapacité de gain pour cause de maladie (et non pas d'accident) qui soit à elle seule supérieure à l'incapacité de gain de 25% pour laquelle il perçoit une rente de la SUVA, ses prétentions devraient être rejetées. Elle fait valoir que l'intimé n'aurait pas respecté son obligation d'annoncer le sinistre au plus tard dans les 30 jours suivant le début de l'incapacité de travail et l'aurait ainsi privée de la possibilité de faire contrôler à l'époque (décembre 2008 et janvier 2009) la réalité de l'incapacité de travail, de sorte qu'elle ne pourrait être astreinte au paiement d'une quelconque indemnité dans son principe déjà. Selon l'appelante, hormis les certificats médicaux produits par l'intimé lui-même et dont la pertinence serait secondaire par rapport aux expertises au dossier, rien n'attesterait d'une incapacité de travail pour cause de maladie dès le 1<sup>er</sup> décembre 2008; l'intimé aurait ainsi échoué dans la preuve, qui lui incombait en vertu de l'art. 8 CC, de l'existence d'une incapacité de travail pour cause de maladie dès le 1<sup>er</sup> décembre 2008. 4.1 4.1.1 L'art. 324a al. 1 à 3 CO règle le droit du travailleur ou de la travailleuse de percevoir son salaire, pendant un temps limité, lorsqu'il est empêché de fournir sa prestation pour une cause inhérente à sa personne, telle que la maladie, l'accident ou la grossesse (al. 1 et 3). Pendant la première année de service, ce temps limité ne peut pas être inférieur à trois semaines; par la suite, il s'agit d'une période plus longue, à fixer équitablement d'après la durée des rapports de travail et les circonstances particulières (al. 2). Un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut déroger à ces dispositions à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes (art. 324a al. 4 CO). Cette disposition permet ainsi de substituer une couverture d'assurance à l'obligation légale de payer le salaire, à condition toutefois que les travailleurs bénéficient de prestations au moins équivalentes (cf. consid. 9 infra). Dans le domaine de l'assurance couvrant le risque de perte de gain en cas de maladie ou d'accident, les parties peuvent choisir de conclure une assurance sociale d'indemnités journalières régie par les art. 67 à 77 de la loi fédérale du 8 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal; RS 832.10) ou une assurance d'indemnités journalières soumise à la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA; RS 221.229.1) (ATF 141 III 112 consid. 4.1; TF 4A\_529/2012 du 31 janvier 2013 consid. 2.1 et les références citées). Cette assurance est facultative, sous réserve d'une convention collective de travail étendue ou liant les parties du fait de leur appartenance à une organisation signataire (Gloor, Licenciement immédiat et incapacité due à la maladie, in DTA 2014 p. 153, 155). L'assurance collective perte de gain LCA est une assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale qui relève du droit privé (ATF 141 III 112 consid. 4.2; ATF 133 III 439 consid. 2.1). 4.1.2 Il est constant que l'intimé C. \_\_\_\_\_ Sàrl, en tant que preneur d'assurance, et l'appelante, en qualité d'assureur, ont conclu un contrat collectif d'indemnités journalières selon la LCA et que, par cette convention, l'intimé

V. \_\_\_\_\_ était couvert pour le risque de perte de gain dû à la maladie. Il s'agissait donc d'une assurance complémentaire à l'assurance sociale, relevant du droit privé (art. 12 al. 2 et 3 LAMal; ATF 141 III 112 consid. 4.2), au profit de tiers (cf. art. 18 al. 3 LCA), conférant un droit propre au bénéficiaire (i.e. le travailleur) contre l'assureur en vertu de l'art. 87 LCA (Brulhart, L'assurance collective contre la perte de gain en cas de maladie, in : Le droit social dans la pratique de l'entreprise, Questions choisies, Berne 2006, pp. 98-99 et 102-103). Dès lors que les prestations convenues étaient tributaires d'une perte de salaire (résultant d'une incapacité de travail due à une maladie et attestée par un médecin), conformément à l'art. 1 des conditions générales, il y a lieu de retenir qu'il s'agissait d'une assurance de dommage (TF 4A\_332/2010 du 22 février 2011 c. 5.2.3; Brulhart, op. cit., p. 110).

4.2 La LCA prévoit que c'est à l'assuré qu'il incombe d'aviser l'assureur du sinistre (art. 38 al. 1 LCA); "si par faute, l'ayant droit contrevient à cette obligation l'assureur a le droit de réduire l'indemnité à la somme qu'elle comporterait si la déclaration avait été faite à temps" (art. 38 al. 2 LCA). Par ailleurs, si l'ayant droit a omis de faire immédiatement sa déclaration dans l'intention d'empêcher l'assureur de constater en temps utile les circonstances du sinistre, l'assureur n'est pas lié par le contrat (art. 38 al. 3 LCA). Selon l'art. 39 al. 1 LCA, sur demande de l'assureur, l'assuré doit fournir tout renseignement sur les faits à sa connaissance qui peuvent servir à déterminer les circonstances dans lesquelles le sinistre s'est produit ou à en fixer les conséquences. D'après Gloor (op. cit., p. 164 et les références citées), si l'assuré fait parvenir son certificat médical à l'employeur, notamment pour déférer à ses obligations d'annonce tirées du droit du travail, ce dernier est alors son auxiliaire (art. 101 CO) dans l'accomplissement de cette incombance; néanmoins, si l'employeur a omis de faire suivre le certificat médical à l'assureur, le travailleur assuré n'a pas à se laisser opposer cette faute ("Fehlverhalten").

4.3 Bien que la LCA ne traite pas de la question de la répartition du fardeau de la preuve en assurance privée, le système ne diffère pas des règles de droit commun, et plus particulièrement de la règle générale de l'art. 8 CC. En vertu de cette règle générale, le demandeur doit prouver les faits qui fondent sa prétention, tandis que sa partie adverse doit prouver les faits qui entraînent l'extinction ou la perte du droit (TF 4A\_431/2010 du 17 novembre 2010 consid. 2.4; ATF 130 III 321 consid. 3.1). Ces principes, qui sont également applicables dans le domaine du contrat d'assurance, impliquent qu'il incombe à l'ayant droit d'alléguer et de prouver notamment la survenance du sinistre (TF 4A\_431/2010 du 17 novembre 2010 consid. 2.4; ATF 130 III 321 consid. 3.1; TF 4A\_180/2010 consid. 2.4.1). Cette preuve étant par nature difficile à apporter, l'exigence de preuve est réduite et il suffit que l'ayant droit établisse une vraisemblance prépondérante, qui ne doit pas être confondue avec une simple vraisemblance (TF 4A\_431/2010 du 17 novembre 2010 consid. 2.4 et les références citées). L'art. 8 CC donne à l'assureur le droit à la contre-preuve et il peut donc apporter des éléments propres à créer un doute et à ébranler la vraisemblance que l'ayant droit s'efforce d'établir. Le juge doit procéder à une appréciation d'ensemble des éléments qui lui sont apportés et dire s'il retient qu'une vraisemblance prépondérante a été établie (TF 4A\_431/2010 du 17 novembre 2010 consid. 2.4; ATF 130 III 321 consid. 3.4; TF 4A\_180/2010 consid. 2.4.1; TF 4A\_186/2009 du 3 mars 2010 consid. 6.2.2 et 6.3). S'agissant d'une incapacité de travail, la preuve incombe dès lors à l'assuré, qui aura le plus souvent recours à un certificat médical attestant de l'incapacité de travail (Duc, Questions de procédure en assurance perte de gain maladie LCA, in : Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle, Berne 2010, p. 147; Subilia, Les divers empêchements de travailler, in : Panorama en droit du travail, Wyler [éd.], Berne 2009, p. 85). En cas de doute sur l'existence de l'incapacité de

travail, il appartient à l'assureur d'apporter la preuve du contraire, le cas échéant en demandant à l'assuré de se soumettre à un examen médical auprès du médecin-conseil ou d'un autre médecin (Duc, *ibidem*). 4.4 L'art. 157 CPC pose un principe fondamental propre à toute procédure : celui de la libre appréciation des preuves. Ainsi, le juge n'est pas tenu de donner la priorité à certains moyens de preuves par rapport à d'autres, n'est tenu par aucune règle de pondération et forgera sa conviction sur la base de sa seule appréciation de toutes les preuves qui auront été réunies au cours de la phase probatoire (Jeandin, *Nouvelles règles de procédure et procès en RC*, in *Journée de la responsabilité civile 2010, La preuve en droit de la responsabilité civile*, Bâle 2011, p. 76). Tout comme les autres moyens de preuve, les expertises relèvent du principe de la libre appréciation des preuves (cf. art. 157 CPC). Le tribunal doit déterminer si les expertises sont complètes, compréhensibles et logiques. Sont déterminants pour reconnaître à un document d'ordre médical une pleine valeur probante le fait que les points litigieux ont fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport concerné se fonde sur des examens complets, qu'il prend en considération les plaintes exprimées par la personne examinée, qu'il a été établi en pleine connaissance de l'anamnèse du lésé, que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale sont claires, enfin que les conclusions sont dûment motivées (TF 4A\_32/2012 du 30 mai 2012 consid. 3.1 ; ATF 125 V 351 consid. 3a). Le juge ne doit cependant pas s'écarter sans motifs pertinents de l'avis donné par un expert selon ses connaissances spéciales et s'il s'en écarte, il doit motiver son opinion (ATF 130 I 337 consid. 5.4.2 ; TF 5A\_146/2011 du 7 juin 2011 consid. 4.2.1 et les références citées). Si les critères de qualité matérielle (étude circonstanciée des points litigieux, examens complets, plaintes exprimées par la personne examinée, anamnèse complète, description du contexte médical et appréciation de la situation médicale claires ainsi que conclusions dûment motivées) développés par la jurisprudence en droit des assurances sociales peuvent sans conteste s'appliquer en procédure civile pour ce qui concerne les expertises médicales (cf. TF 4A\_253/2007 du 13 novembre 2007 consid. 4.2), il n'en va pas de même des présomptions posées par la jurisprudence en droit social concernant la valeur probante d'une expertise médicale en fonction de sa provenance, qui ne sauraient être transposées d'une quelconque façon en droit privé (Guyaz, *Le rôle de l'expert médical du point de vue de l'avocat*, in *La preuve en droit de la responsabilité civile, Journée de la responsabilité civile 2010, Genève-Zurich-Bâle 2011*, p. 144). Devra être considéré comme une simple pièce le rapport d'expertise ou le rapport médical rendu à propos du même lésé et du même événement dommageable à la demande d'un assureur social; le juge civil devra en apprécier librement la force probante, en examinant soigneusement les conditions dans lesquelles ledit rapport a été élaboré (Guyaz, *op. cit.*, p. 145). 4.5 En l'espèce, les premiers juges ont considéré qu'il "ressor[tait] tant des certificats médicaux produits que de l'expertise judiciaire que l'intimé [était] effectivement atteint dans sa santé" et qu'il ne pouvait dès lors plus exercer l'activité d'aide-maçon qu'il déployait auprès de l'intimée C. \_\_\_\_\_ Sàrl, étant précisé que son incapacité de travail pour cause de maladie avait débuté le 1<sup>er</sup> novembre 2008 (jugement p. 11, let. b). Il résulte en effet des conclusions de l'expert K. \_\_\_\_\_ qu'en raison de la décompensation et l'accumulation de nombreux problèmes somatiques et non somatiques, aboutissant à la décompensation d'un état précaire préexistant, l'intimé s'est trouvé totalement incapable de travailler en tant qu'aide-maçon depuis le 17 janvier 2008 (réponse à l'allégué n° 10). Dans le complément d'expertise du 14 janvier 2014, à la question de savoir s'il existait un diagnostic précis et objectif démontrant une incapacité de travail au-delà de ce qu'avait retenu la SUVA, à raison de 25% durant le premier trimestre 2009,

K. \_\_\_\_\_ a rappelé que les diagnostics – multiples – avaient été décrits en détail dans son expertise du 31 mai 2013 et que l'incapacité totale de travail de l'intimé dans son ancienne profession résultait essentiellement d'une multitude d'atteintes dégénératives (notamment de l'épaule gauche, de la colonne cervicale puis de l'épaule droite) relevant de la maladie et non d'un accident, ajoutant qu'il semblait compréhensible que les médecins traitants et les assureurs ne l'aient pas tout de suite considéré comme tel. Les conclusions de l'expert sont conformes aux certificats médicaux du Dr Y. \_\_\_\_\_, qui attestent, dès le 1<sup>er</sup> novembre 2008, d'une incapacité totale de travail pour cause de maladie, qui s'est prolongée de manière indéterminée s'agissant à tout le moins de l'ancienne profession de l'intimé (cf. également courrier du 21 janvier 2013 du Dr [...] confirmant l'incapacité de travail totale de l'intimé du 1<sup>er</sup> avril 2009 au 31 juillet 2009). Au surplus, les médecins qui ont examiné l'intéressé à la demande de l'assurance-invalidité ont également constaté que la capacité de travail de l'intimé dans son ancienne profession était nulle (cf. rapport du SMR du 15 juin 2009). Le rapport de la Suva du 27 novembre 2008, qui retient que l'intimé peut exercer une activité adaptée à son état de santé, susceptible de lui procurer un revenu environ 25% inférieur à celui qu'il réalisait dans son ancienne profession (cf. ch. 4 supra), va dans le même sens puisqu'il ne retient aucune capacité de travail résiduelle dans la profession d'aide-maçon. Partant, il y a lieu de s'en tenir au rapport d'expertise complet et détaillé du 31 mai 2013 ainsi qu'au complément réalisé le 14 janvier 2014, qui sont conformes aux certificats médicaux transmis à l'employeur à partir du mois de novembre 2008 et rejoignent les conclusions des différents assureurs sociaux s'agissant de l'incapacité complète de travail de l'intimé dans son ancienne profession dès le mois de janvier 2008. La preuve d'une incapacité totale de travail pour cause de maladie, comme en atteste l'expertise, à tout le moins dès le 1<sup>er</sup> novembre 2008 (et, selon l'expert, depuis janvier 2008 déjà), a donc été apportée à satisfaction de droit par l'intimé (cf. consid. 4.3 et 4.4 supra). Au surplus et comme le relève K. \_\_\_\_\_, le fait que la cause exacte de l'incapacité (maladie ou accident) n'ait pas été identifiée dès le départ par les médecins traitants et autres assureurs n'est pas inhabituel dans ce type d'affaires; on ne saurait en déduire que la preuve d'une incapacité de travail pour cause de maladie dès le 1<sup>er</sup> novembre 2008 serait inexistante. Enfin, comme l'ont retenu à juste titre les premiers juges, il ne ressort pas des témoignages que l'intimé aurait simulé un accident et/ou des troubles de santé pour pouvoir bénéficier de prestations d'assurance, comme le soutient l'appelante (appel, p. 6); les soupçons exprimés par certains témoins sont d'ailleurs infirmés par les rapports médicaux et l'expertise. L'incapacité de travail de l'intimé dans son ancienne profession pour cause de maladie dès le 1<sup>er</sup> novembre 2008 (à tout le moins) doit ainsi être confirmée. Autre est la question de savoir si et à partir de quand l'intimé pouvait raisonnablement recommencer à travailler dans un domaine adapté, question qui sera examinée sous l'angle de l'obligation de diminuer le dommage (cf. consid. 5 infra). 4.7 Au surplus, l'allégation (nouvelle) selon laquelle l'intimé et/ou son employeur n'aurait pas respecté l'obligation d'annoncer le sinistre au plus tard dans les 30 jours suivant le début de l'incapacité de travail, au sens de l'art. 20.1 des conditions générales, de sorte que l'assurance n'aurait pas été en mesure de faire contrôler le bien-fondé de cette incapacité, ne saurait entraîner, comme le soutient l'appelante, le refus d'indemniser l'intimé. Au chapitre des "obligations en cas de sinistre", les conditions générales de l'appelante prévoient que le preneur d'assurance ou l'assuré doit annoncer le sinistre dans un délai de 30 jours suivant le début de l'incapacité de travail, quel que soit le délai d'attente convenu, étant précisé qu'à défaut et "s'il en résulte des complications importantes, T. \_\_\_\_\_ SA se réserve le droit de limiter ou de refuser ses

prestations" (art. 20.1). S'ajoutent à cette obligation notamment celles de fournir les pièces nécessaires au règlement du cas (art. 20.2), de se soumettre aux traitements médicaux raisonnablement exigibles ainsi qu'à un examen effectué par un médecin choisi par l'assurance (art. 20.5 et 20.7) et d'accepter que l'assurance contrôle ou fasse contrôler le bien-fondé de l'incapacité de travail (art. 20.6). L'art. 20.8 prévoit que, "si le preneur d'assurance ou l'assuré viole fautivement une des obligations qui lui incombent en vertu des dispositions qui précèdent, T. \_\_\_\_\_ SA est libérée des siennes 14 jours après mise en demeure écrite." En l'espèce, il n'est pas contesté que l'intimé a transmis à son employeur le certificat médical attestant de son incapacité de travail à 100% dès le 1<sup>er</sup> novembre 2008, établi par le Dr Y. \_\_\_\_\_, étant précisé que le duplicata rectifié quant à la cause (maladie ou lieu d'accident) a été établi le 19 décembre 2008. Dans la mesure où l'intimé a respecté son obligation de transmettre à son employeur les certificats médicaux attestant de son incapacité de travail (cf. art. 8.3 des conditions générales) et où la cause de cette incapacité était encore incertaine à ce moment-là, comme l'ont confirmé l'expert ainsi que [...] et [...] lors de l'audience du 29 août 2013, il ne peut être reproché à l'assuré d'avoir enfreint de manière fautive l'obligation d'annoncer le sinistre à l'appelante (cf. Gloor, op. cit., p. 164; art. 20.8 des conditions générales et art. 38 al. 2 LCA). Par ailleurs, l'appelante, qui supporte le fardeau de la preuve des faits entraînant l'extinction ou la perte du droit en question (cf. consid. 4.3 ci-dessus), échoue dans l'apport de celle-ci puisqu'elle n'établit pas quelles complications importantes et concrètes auraient résulté de l'annonce tardive dont elle se prévaut pour la première fois au stade de l'appel. En particulier, l'appelante n'a pas produit son propre dossier relatif au cas de l'intimé. Selon un courrier qu'elle a adressé à l'intimé le 24 avril 2009 (cf. ch. 8 supra et pièce 16), il semblerait que la déclaration de maladie lui ait bien été adressée par l'employeur – au plus tard le 16 janvier 2009 – et qu'elle ait pu recueillir l'avis des différents assureurs sociaux ainsi que de son médecin-conseil. Le témoin [...], employée de l'appelante, a d'ailleurs indiqué lors de l'audience du 29 août 2013 qu'elle avait rencontré l'intimé en date du 28 janvier 2009, ce qui implique que l'assurance avait pris contact auparavant avec l'intimé. Le fait que l'employeur avait informé l'appelante de l'incapacité de travail de l'intimé ressort également de la lettre de licenciement du 10 février 2009 (cf. ch. 5 ci-dessus). Enfin, aucune mise en demeure écrite, au sens de l'art. 20.4 des conditions générales, par laquelle l'appelante aurait averti l'assuré qu'elle entendait se libérer de ses obligations faute pour lui de respecter les siennes – notamment de se soumettre à un examen médical – ne figure dans le dossier. Dans ce contexte, l'appelante ne saurait se prévaloir, de bonne foi, d'une violation fautive par l'intimé des dispositions résultant du chapitre 20 des conditions générales pour se soustraire à ses obligations découlant du contrat d'assurance. Par conséquent, le grief de l'appelante doit être rejeté et le principe du droit aux indemnités journalières de l'assurance dès le 1<sup>er</sup> décembre 2008 (à l'issue du délai d'attente de 30 jours) confirmé. 5. L'appelante estime que l'admission par les premiers juges d'une incapacité de travail pour cause de maladie dès le 1<sup>er</sup> décembre 2008 et jusqu'au 31 mai 2009 – soit pendant le temps qu'il aurait fallu à l'intimé pour retrouver un travail dans un domaine adapté à son handicap, conformément à son obligation de diminuer le dommage – serait erronée dans la mesure où 25% de l'incapacité de travail était due à un accident déjà indemnisé par la Suva, et où, pour le solde, soit le 75% restant, l'intimé n'aurait pas satisfait à son obligation de réduire le dommage en entreprenant des mesures nécessaires à sa réadaptation, laquelle était possible dans un délai de six mois à compter de la pleine capacité de travail reconnue par l'expert judiciaire dès le printemps 2008. Subsidiairement, l'appelante fait valoir que le délai de six mois serait de toute manière excessif, le délai

maximal admissible selon la jurisprudence étant compris entre trois et cinq mois. 5.1 Selon l'art. 61 LCA, l'ayant droit est obligé, lors d'un sinistre, de faire tout ce qui est possible pour restreindre le dommage (al. 1); si l'ayant droit contrevient à cette obligation d'une manière inexcusable, l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie (al. 2). L'ayant droit remplit son obligation de faire ce qui peut raisonnablement être exigé de lui pour réduire son dommage s'il prend à cette fin les mesures que prendrait un homme raisonnable dans la même situation s'il ne pouvait attendre aucune indemnisation de tiers (TF 5C.74/2002 du 7 mai 2002 consid. 3c). Dans l'assurance des indemnités journalières, l'obligation de réduire le dommage peut impliquer le devoir pour l'assuré de changer d'activité professionnelle, si cela peut être raisonnablement exigé de lui et permet de réduire son incapacité de travail. L'assureur qui entend faire application de la possibilité de réduire l'indemnité doit inviter l'assuré à changer d'activité et lui impartir pour ce faire un délai d'adaptation approprié (pendant lequel l'indemnité journalière reste due, cf. TF 5C.74/2002 du 7 mai 2002 consid. 3a); en règle générale, un délai de trois à cinq mois dès l'avertissement doit être considéré comme adéquat (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1 et les références citées). Cette jurisprudence, issue du droit des assurances sociales, s'applique également au domaine de l'assurance privée selon la LCA (Brulhart, op. cit., p. 107 et la référence citée; Duc, Assurance sociale et assurance privée, Berne 2003, pp. 109 ss; TF 4A\_574/2014 du

#### **E. 15**

janvier 2015 consid. 4.1; ATF 133 III 527 consid. 3.2.1). L'analyse médico-théorique ne constitue toutefois qu'une première étape du raisonnement auquel il y a lieu de procéder. En effet, la loi ne permet pas à l'assureur de réduire ses prestations dans la perspective d'un changement d'activité purement théorique, qui n'est pratiquement pas réalisable. Au contraire, le juge doit procéder à une analyse concrète de la situation. Partant, il doit se demander, en fonction de l'âge de l'assuré et de l'état du marché du travail, quelles sont ses chances réelles de trouver un emploi tenant compte de ses limitations fonctionnelles. Il doit également examiner, au regard de la formation, de l'expérience et de l'âge de l'assuré, si un tel changement d'activité peut réellement être exigé de lui (TF 4A\_574/2014 du 15 janvier 2015 consid. 4.1; ATF 133 III 527 consid. 3.2.1; TF 4A\_529/2012 du 31 janvier 2013 consid. 2.3; Brehm, Berner Kommentar, 4 e éd. 2013, n. 51 ad art. 44 CO). La réduction de l'indemnité est en outre exclue s'il n'est en réalité pas possible de réduire le dommage par un changement d'activité professionnelle, une personne raisonnable – non couverte par une assurance – placée dans la même situation n'envisageant à l'évidence pas de changer d'activité dans ces conditions (TF 4A\_304/2012 du 14 novembre 2012 consid. 2.4). Conformément à l'art. 8 CC, il incombe à l'assureur qui n'entend pas indemniser la totalité du dommage subi par l'assuré de prouver que celui-ci a violé son devoir de réduire le dommage. A cet égard, il lui appartient de démontrer que les mesures tendant à diminuer le dommage qui n'ont pas été prises par l'assuré pouvaient raisonnablement être exigées de celui-ci. L'assureur doit alléguer les faits propres à démontrer cette violation du devoir de réduire le dommage (TF 4A\_574/2014 du 15 janvier 2015 consid. 4.1 et les références citées). 5.2 En l'espèce, on ne voit pas que l'appelante ait impartit à l'intimé un délai d'adaptation et l'avertissement ne saurait résulter du seul fait qu'une autre assurance, la SUVA – au demeurant l'assureur accident et non maladie –, a considéré dans sa décision du 27 novembre 2008 que l'intimé était apte à travailler à plein temps dans un emploi adapté. Même si l'on ignore à quelle date l'avis de sinistre a été transmis à l'appelante, il appartenait à cette dernière, contrairement à ce qu'elle plaide, d'établir toutes les

circonstances permettant de retenir qu'elle aurait été empêchée d'inviter l'assuré à changer d'activité en temps utile, s'agissant d'un fait extincteur de responsabilité, notamment que l'avis de sinistre aurait été tardif (cf. également consid. 4.7 supra). L'appelante échoue ainsi à démontrer qu'elle aurait imparti à l'intimé un délai approprié pour changer d'activité, que ce dernier n'aurait pas respecté. Par surabondance, il ne se justifie pas de fixer rétrospectivement le point de départ d'un tel délai au printemps 2008, quelle que soit l'opinion médico-théorique de l'expert sur ce point, l'assuré n'ayant reçu aucun avertissement de la part de l'appelante et ne pouvant mettre en œuvre une capacité de travail qui n'avait pas encore été déterminée. Cela étant, la durée du délai de réadaptation retenue par les premiers juges en lien avec l'obligation de l'intimé de réduire son dommage, fixée au 31 mai 2009, peut être confirmée, dans la mesure où elle n'est pas contestée dans l'appel joint. On doit ainsi retenir que l'intimé, même s'il demeurerait incapable de reprendre son emploi d'aide-maçon, était susceptible de trouver, dans un délai échéant au 31 mai 2009, un autre emploi à plein temps, adapté à ses limitations fonctionnelles, susceptible de lui procurer un salaire équivalent à environ 75% de son précédent revenu (soit quelque 61'100 fr.), par exemple un travail de petite conciergerie ou un travail en position semi-assise dans l'industrie légère, ne nécessitant pas d'efforts de manutention lourde (cf. expertise du 31 mai 2013, p. 15). Le type de profession qui, en fonction des critères évoqués supra, pouvait raisonnablement être exigée de l'assuré, de même que les possibilités de gain que cette nouvelle activité pouvait lui offrir, ont ainsi été déterminées conformément à l'art. 61 al. 2 LCA. Rien ne plaide en revanche pour une capacité de travail de 50% dès le 1<sup>er</sup> décembre 2008 (soit durant le délai d'adaptation), comme le soutient l'appelante sans l'établir (appel p. 8 let. b). Si l'intimé avait mis à profit cette capacité de travail dans le délai précité (qu'il n'a pas remis en cause), l'appelante n'aurait plus eu à lui servir d'indemnités journalières au-delà du 31 mai 2009, puisque ce dernier – grâce également à la rente mensuelle de 1'208 fr. 90 de la Suva – aurait retrouvé un revenu équivalent à celui qui était le sien auparavant (61'100 fr. + 14'506 fr. 80 = 75'606 fr. 80, soit 6'300 fr. mensuellement). Dans la mesure où rien ne permet de retenir que l'inaction de l'intimé à cet égard ait été excusable (cf. Süsskind, Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, Bâle 2012, n. 27 ad art. 61 LCA), le droit au versement des indemnités doit ainsi être limité à l'échéance du 31 mai 2009.

6. L'appelante fait valoir qu'il aurait fallu déduire du montant de 184 fr. 80 retenu comme indemnité journalière un montant de 39 fr. 75 correspondant à la rente mensuelle de 1'208 fr. 90 versée par la Suva pour le même événement.

6.1 Le fait que l'assuré dispose, à côté du droit à des indemnités journalières et en raison du même événement dommageable, de prétentions contre un autre assureur, privé ou social, ou contre un tiers responsable, soulève la question du cumul de prétentions, pouvant conduire à une surindemnisation (ATF 133 III 527 consid. 3.2.3; Duc, Subrogation et surindemnisation en droit des assurances sociales, in Assurance sociale, responsabilité de l'employeur, assurance privée, Berne 2005, p. 44). Dans le cas d'une assurance de personnes conçue comme une assurance de sommes, l'assuré peut cumuler les prétentions en versement des indemnités journalières prévues par le contrat d'assurance avec d'autres prétentions en raison du même événement dommageable; les prestations versées par un assureur social ne peuvent donc pas être imputées sur les allocations journalières dues par l'assureur privé, à moins que les conditions générales d'assurance ne prévoient exceptionnellement une telle imputation (ATF 133 III 527 consid. 3.2.3 et les références citées). En revanche, en matière d'assurance contre les dommages, l'art. 71 al. 1 LCA (impératif en vertu de l'art. 97 al. 1 LCA), concrétise le principe indemnitaire, qui a pour corollaire la prohibition de la

surindemnisation (TF 5C.243/2006 du 19 avril 2007 consid. 3.1). 6.2 Comme on l'a vu (cf. consid. 4.1.2 supra), dès lors que les prestations convenues étaient tributaires d'une perte de salaire, conformément à l'art. 1 des conditions générales, il y a lieu de retenir que les parties ont conclu une assurance contre les dommages (TF 4A\_332/2010 du 22 février 2011 c. 5.2.3; Brulhart, op. cit., p. 110), excluant la surindemnisation. L'art. 8.5 des conditions générales prévoit d'ailleurs expressément que si l'assuré a droit, durant son incapacité de travail, à des prestations d'autres institutions d'assurances sociales (telles que notamment l'assurance-accidents selon la LAA), l'appelante doit uniquement "la différence entre les prestations, le cas échéant cumulées, de ces institutions et l'indemnité journalière assurée". Il en résulte que les prestations de la Suva (1'208 fr. 90 par mois, soit en moyenne 39 fr. 75 par jour [1'208 fr. 90 / 30,4]), doivent être déduites de l'indemnité journalière de 184 fr. 80 due par l'appelante (fondée sur un salaire non contesté de 84'300 fr., allocations familiales par 2'400 fr. comprises). Partant, l'appelante devra s'acquitter d'une indemnité journalière de 145 fr. 05 jusqu'au 31 mai 2009, soit pendant une durée de 182 jours, ce qui correspond à un montant de 26'399 fr. 10. Appel de V.\_\_\_\_\_ Dans son écriture 13 octobre 2015, V.\_\_\_\_\_ a conclu de façon générale à l'admission de son appel joint "dans le sens de l'allocation des conclusions de la Demande du 20 juin 2011". La motivation de l'appel joint ne concernant que trois problématiques (légalité de l'une des clauses générales d'assurance, conséquences du licenciement immédiat et salaire durant les 30 premiers jours de l'incapacité de travail pour cause de maladie), seuls ces trois points seront examinés ci-après, étant rappelé (cf. consid. 2 supra) que l'appelant ne peut se contenter de renvoyer aux écritures précédentes ou aux moyens soulevés en première instance; il doit expliquer en quoi son argumentation peut influencer sur la solution retenue par les premiers juges (TF 4A\_659/2011 du 7 décembre 2011 consid. 3 et 4, in RSPC 2012 p. 128; TF 5A\_438/2012 du 27 août 2012 consid. 2.2, in RSPC 2013 p. 29; TF 5D\_148/2013 du 10 janvier 2014 consid. 5.2.1) 7. L'appelant s'en prend tout d'abord à la légalité de la clause du contrat d'assurance mettant un terme aux prestations de l'appelante après 180 jours dès la fin des rapports de travail (art. 12.4 des conditions générales d'assurance). Il en veut pour preuve que, selon l'art. 64 CN, l'employeur doit assurer 80% du salaire en cas de maladie pour au moins 720 jours (pièce 26). Selon l'appelant, soit l'art. 12.4 est nul, car illicite, de sorte qu'il a droit à 730 indemnités journalières de la part de l'assurance (à savoir le nombre total d'indemnités journalières selon la police conclue), soit l'employeur est responsable d'une couverture perte de gain insuffisante et doit assumer lui-même le paiement des indemnités journalières que l'assurance est en droit de refuser de verser. En l'espèce, dès lors qu'il se justifie de limiter la durée du versement d'indemnités journalières par l'assurance – en vertu de l'obligation de l'assuré de diminuer le dommage – à une période de 182 jours dès le 1<sup>er</sup> décembre 2008 (cf. consid. 4.2 supra), ce qui représente 110 jours d'indemnisation après la déclaration de licenciement du 10 février 2009, le grief de l'appelant tombe à faux (cf. art. 59 al. 2 let. a CPC). 8. L'appelant fait valoir que la protection contre les licenciements en temps inopportun (art. 336c CO) serait inapplicable en cas de résiliation immédiate du contrat de travail. La résiliation immédiate de son contrat le 10 février 2009 étant selon lui dépourvue de justes motifs au sens de l'art. 337c CO, il réclame ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance normale (sans chiffrer ce point) ainsi qu'une indemnité correspondant à trois mois de salaire. 8.1 Selon l'art. 337 al. 1 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs. Le congé immédiat prévu à l'art. 337 CO peut donc intervenir dans n'importe quelle phase de la relation de travail, tant que dure celle-ci

(Schneider, La résiliation immédiate du contrat de travail, in Journée 1992 de droit du travail et de la sécurité sociale, Genève 1993, pp. 51 ss, 53). Ainsi, l'employeur peut prononcer une résiliation immédiate pendant la maladie, le service militaire ou la grossesse d'un ou d'une salarié(e), alors qu'une résiliation ordinaire serait frappée de nullité (cf. art. 336c al. 2 CO) (TF 4C.247/2006 consid. 2 et les références citées). Le licenciement immédiat, fût-il injustifié, met fin aux rapports de travail, de facto et de iure, et entraîne, dans le régime légal de base (art. 324a al. 1 – 3 CO), en principe aussi la fin immédiate de l'obligation de l'employeur de continuer à payer le salaire (Gloor, op. cit., p. 166). Toutefois, le correctif à cette situation est apporté par l'art. 337 c al. 1 CO : l'employeur, auteur d'un licenciement immédiat injustifié, doit au travailleur licencié alors qu'il était malade, à titre de dommages-intérêts, le salaire-maladie (art. 324 a al. 1–3 CO) afférent au préavis non respecté, augmenté, le cas échéant, du délai de protection qui aurait dû être respecté (art. 336 c al. 1 CO). Tel n'est pas le cas lorsque ce renvoi intervient pendant une incapacité de travail de longue durée et que le droit au salaire, selon l'échelle bernoise, est épuisé (ATF 111 II 356, JAR 2004 p. 483; Gloor, ibidem). Dans la détermination des dommages-intérêts auxquels le travailleur a droit, il faut en effet garder à l'esprit qu'il ne peut prétendre au gain manqué que pour autant qu'il eût été créancier d'un salaire pour la période correspondante, en l'absence de résiliation. Ainsi, l'employé qui s'est trouvé incapable de travailler, par exemple à la suite d'un accident de travail, ne peut prétendre à la réparation du gain manqué que pour autant qu'il eût été fondé, en l'absence de résiliation, à réclamer le versement d'un salaire sur la base des art. 324a et 324b CO, suivant la jurisprudence précitée selon laquelle le travailleur invalide incapable d'accomplir le travail promis ne dispose pas d'un droit inconditionnel à un salaire complet, en dehors des prévisibilités des art. 324a et 324b CO (ATF 111 II 356 consid. 1b; TF 4C.293/2004 du 15 juillet 2005 consid. 2.3). A cet égard, il sied de rappeler que les droits du salarié ne se mesurent qu'en fonction du temps écoulé durant l'incapacité de travail et qu'il dispose ainsi d'un crédit en temps et non pas en argent, sous réserve d'éventuelles prestations salariales de l'employeur complémentaires aux allocations pour perte de gain versées par la caisse maladie – ce qui n'est pas le cas en l'espèce (cf. TF 4C.293/2004 du 15 juillet 2005 consid. 2.3; Subilia, op. cit., p. 89). L'art. 337c al. 2 CO commande d'imputer sur ce montant (art. 337 al. 1 CO) ce que le travailleur a épargné par suite de la cessation du contrat de travail ainsi que le revenu qu'il a tiré d'un autre travail le revenu auquel il a intentionnellement renoncé. Il en va de même des prestations que le travailleur a touchées de l'assureur pendant le préavis non respecté (Gloor, op. cit. p. 166 et la référence citée). L'imputation prévue à l'art. 337c al. 2 CO est une expression du principe général selon lequel celui qui subit un dommage doit faire tout ce que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour le réduire (art. 44 al. 1 CO) (TF 4C.293/2004 du 15 juillet 2005 consid. 2.3; Gloor, op. cit., p. 166). 8.2 En l'espèce, force est de constater que le congé immédiat notifié à l'intimé n'avait pas d'autres motifs que l'incapacité de travail de longue durée de ce dernier et le fait que l'employeur ne pouvait lui proposer une activité adaptée à son état de santé. Il s'ensuit qu'au regard des motifs restrictifs de l'art. 337 CO, le congé immédiat du 10 février 2009 était injustifié. Le fait que l'employeur ait déclaré, en cours de procédure, qu'il entendait "retirer" ce licenciement immédiat n'y change rien, puisqu'il s'agissait de l'exercice d'un droit formateur, résolutoire et irrévocable, visant à éteindre le rapport de droit que les parties avaient noué (cf. ATF 137 I 58 consid. 4.3.3; ATF 135 III 441 consid. 3.3). Ainsi, l'intimé peut prétendre au salaire-maladie afférent au préavis non respecté, soit jusqu'au 30 avril 2009. Il ne peut en revanche prétendre au salaire afférent à l'éventuel délai de protection qui aurait dû être

respecté (art. 336c al. 1 let. b CO), puisque le renvoi est intervenu pendant une incapacité de travail de longue durée – qui a commencé le 17 janvier 2008 – et que le droit au salaire de la part de son employeur était d'ores et déjà épuisé (cf. ATF 111 II 356, JAR 2004 p. 483). Par ailleurs, dans la mesure où le salaire-maladie pour la période litigieuse (10 février 2009 au 30 avril 2009) était dû à l'intimé par l'assurance collective perte de gain (art. 324a al. 4 CO) – le montant correspondant devant être imputé sur la créance en dommages-intérêts contre l'employeur conformément à l'art. 337c al. 2 CO – et où aucune obligation salariale plus élevée à la charge de l'employeur n'est établie, l'intimé ne peut prétendre à un montant supplémentaire à ce titre de la part de l'intimée C. \_\_\_\_\_ Sàrl. 8.3 L'art. 337c al. 3 CO prévoit qu'en cas de licenciement immédiat injustifié, le juge peut allouer au travailleur une indemnité dont il fixe librement le montant, en tenant compte de toutes les circonstances; cette indemnité peut atteindre six mois de salaire au plus. L'indemnité est due, en principe, dans tous les cas de licenciement immédiat et injustifié. Une éventuelle exception doit répondre à des circonstances particulières, qui ne dénotent aucune faute de l'employeur et qui ne lui sont pas non plus imputables pour d'autres raisons (ATF 116 II 300 consid. 5a). L'indemnité est fixée d'après la gravité de l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur; d'autres critères tels que la durée des rapports de travail, l'âge du lésé, sa situation sociale, une éventuelle faute concomitante (ATF 121 III 64 consid. 3c p. 69) et les effets économiques du licenciement (ATF 123 III 391 consid. 3c) entrent aussi en considération. Statuant selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation. En l'espèce, la gravité de l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur et les effets économiques de celui-ci doivent être relativisés compte tenu des circonstances concrètes : aucune des parties ne pouvait en effet prétendre à la poursuite des relations contractuelles, puisque, au moment du licenciement notifié le 10 février 2009, l'intimé était incapable de reprendre son emploi d'aide-maçon depuis le 17 janvier 2008 et que son employeur ne pouvait lui fournir d'activité adaptée à ses limitations fonctionnelles. Sur le plan économique, le travailleur (encore malade mais apte à chercher une autre activité adaptée) pouvait d'ailleurs encore prétendre au versement d'indemnité de l'assurance collective perte de gain, dans la mesure fixée ci-dessus (consid. 4.2). Au vu de ces éléments, l'indemnité fondée sur l'art. 337c al. 3 CO peut être arrêtée à un montant équivalant à un mois de salaire, soit 6'300 francs. Le calcul de cette indemnité sur la base du salaire contractuel se justifie par le fait que le principe indemnitaire ne régit pas l'art. 337c al. 3 CO et que le montant dû poursuit une double finalité, punitive et réparatrice (TF 4C.293/2004 du 15 juillet 2005 consid. 3.1 et les références citées); partant, il n'y a pas lieu de s'en tenir aux considérations développées ci-dessus (consid. 8.1) à propos de l'application de l'art. 337c al. 1 CO. L'appel joint de V. \_\_\_\_\_ doit donc être partiellement admis sur ce point et l'intimée C. \_\_\_\_\_ Sàrl condamnée au paiement d'une indemnité de 6'300 fr. avec intérêts à 5 % l'an dès le 10 février 2009, pour licenciement immédiat injustifié. 9. Selon l'appelant, l'intimée C. \_\_\_\_\_ Sàrl ne serait pas libérée de toute obligation à son égard du seul fait de la conclusion, avec l'appelante, d'une assurance collective maladie perte de gain pour prémunir ses employés contre le risque de ne pas percevoir de salaire en cas de maladie. L'appelant invoque l'art. 64 al. 3 let. b CN, qui dispose que l'indemnité journalière en cas de maladie s'élève à 80% du salaire après un jour de carence au plus à la charge du travailleur et que, si la prestation de l'assurance est différée de 30 jours par cas de maladie, la perte de salaire doit être payée par l'employeur. L'appelant estime ainsi que les premiers juges auraient dû condamner l'intimée à lui verser son salaire du 2 au 30 novembre 2008.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.