

N O T E**A l'attention de Mme Maire-Hefti
(Cheffe DEF)****Protection de la santé / obligations de l'employeur / rapport Institut romand de
santé au travail**

Madame la Conseillère d'Etat,

Comme sollicité par l'intermédiaire de M. Christ, secrétaire général adjoint du DEF, je reviens sur les questions posées suite au rapport "IST".

Evoquant les articles 328 CO et 6 de la loi fédérale sur le travail (LTr) qui concernent la protection de la santé des travailleurs, vous relatiez que le rapport informait d'un quasi doublement des absences des enseignants en 10 ans (+ 79%) et vous demandiez:

Si ces deux dispositions impliquaient qu'en présence de cette information les employeurs (commune/cercle, canton ou université) doivent, même sans demande, mettre en place de nouvelles mesures visant à mieux protéger la santé de leurs employés?

Subsidiairement, si en cas d'inaction une personne en incapacité de travail prolongée voire durable pourrait faire condamner l'employeur à des indemnités en l'accusant de n'avoir rien fait pour protéger sa santé, alors que tout indiquait une détérioration marquée des conditions de travail?

A) Considérations générales en droit:

L'article 328 CO dispose que 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. (...)" (al. 1) et qu' "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" (al. 2). Cette disposition vise les contrats de travail de droit privé et n'est en principe pas applicable comme telle aux rapports de droit public entre un fonctionnaire cantonal et l'Etat (cf. art. 342 al. 1 CO).

L'article 6 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr) du 13 mars 1964, est en revanche applicable aussi aux relations de travail de droit public – et à ce titre à celles instaurées par les cantons ou les communes - pour obliger l'employeur à protéger la santé de l'employé (art. 3a LTr, expressément réservé dans les articles 2 et 3 de la même loi). L'article 6 prescrit notamment que : "Pour protéger la santé

des travailleurs, l'employeur est tenu de prendre toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise. Il doit en outre prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité personnelle des travailleurs" (al. 1) et que "L'employeur doit notamment aménager ses installations et régler la marche du travail de manière à préserver autant que possible les travailleurs des dangers menaçant leur santé et du surmenage" (al. 2).

Toutefois, la protection de l'article 6 LTr vise l'intégrité tant psychique que physique et correspond à la protection de la personnalité à l'article 328 du CO (cf. commentaire de la loi sur le travail, SECO, version avril 2011, ad art. 6 LTr). Dans cette mesure, il ne semble pas nécessaire de distinguer les deux types de relation, car pour l'essentiel on peut envisager un devoir de protection uniformisé issu des deux droits (cf. Wyler/Heinzer, droit du travail, p. 320; ATF 132 II 257, cons. 5.4; cf. aussi CDP 2012.152, cons. 6b).

L'employeur est ainsi tenu de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer et d'améliorer la protection de la santé et de garantir la santé physique et psychique des travailleurs (art. 2, al. 1, de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail (hygiène, OLT 3)) et il doit en particulier faire en sorte que les conditions d'ergonomie et d'hygiène au travail soient bonnes (let. a), qu'il n'y ait pas d'atteintes à la santé par des influences physiques, chimiques ou biologiques (let. b), que des efforts excessifs ou trop répétitifs soient évités (let. c) et que le travail soit organisé de façon appropriée (let. d).

Dans ce cadre, santé psychique, lutte contre les troubles psychosociaux et contre le surmenage font partie des domaines dans lesquels l'employeur doit agir. A ce titre, répartition du travail et organisation des horaires de façon à éviter une sollicitation excessive du travailleur sont notamment cités (cf. Geiser/von Kaenel/Wyler, loi sur le travail, Berne, 2005, ad art. 6, nos 21 à 23).

Lorsqu'il existe des normes spéciales, celles-ci doivent l'emporter et, dans un concept unifié d'obligation de sécurité applicable, l'obligation générale de prudence de l'employeur ne va pas au-delà des dispositions particulières détaillées qui sont édictées (Wyler/Heinzer précité, p. 320-321). A la connaissance du soussigné, il n'existe toutefois pas de normes spécifiques en matière d'enseignement.

Selon l'article 2, alinéa 2, OLT3, les mesures d'hygiène que les autorités compétentes pourraient exiger doivent être proportionnelles au regard des répercussions qu'elles ont sur la conception du bâtiment et sur l'organisation de l'entreprise. A teneur de l'article 3, alinéa 3, OLT3, "lorsque des éléments font apparaître que l'activité exercée par un travailleur porte atteinte à sa santé, une enquête relevant de la médecine du travail doit être menée".

L'employeur a un devoir général d'information et de prévention. A ce titre, il est tenu d'aviser de risques inhabituels, de prendre des mesures économiquement supportables et dont le rapport coût/utilité est raisonnable par rapport leur efficacité (328, al. 2, CO; Caruzzo, le contrat individuel de travail, p. 279ss citant 4C.354/2005). L'employeur est aussi responsable du fait que les mesures prises ou les instructions données soient suivies, ou plus clairement, il ne peut pas tolérer sans réagir que l'on s'en écarte.

Pour leur part, les employés doivent informer l'employeur des entraves à la protection de la santé qu'ils ne sont pas en mesure d'éliminer eux-mêmes (art. 10 OLT 3). Les travailleurs disposent en outre, en vertu de l'art. 48 LTr et de l'article 6 OLT 3, d'un droit à la participation dans les questions de protection de la santé et ce y compris avant l'introduction des mesures (commentaire SECO ad art. 6 LTr).

B) Remarques spécifiques:

a) Brèves remarques sur l'étude en cause

De l'avis du soussigné, l'étude étonne sur un certain nombre de points qu'il semble utile de relever:

- Lorsqu'une absence de longue durée d'un unique enseignant en vient à modifier les chiffres, la question de la construction et de la représentativité du "panel" examiné paraît se poser (p. 12, in initio).
- Les conséquences de l'augmentation, en 2009, de la durée des indemnités, constitue un réel point d'interrogation, puisque l'étude n'a pas pu en isoler les conséquences (p. 16), pour un examen sur la période 2003-2013.

Enfin, la question de l'utilisation de cette étude dans un cadre "LTr" se pose, dès lors que, sur base des données de la caisse de remplacement, elle regroupe des situations et des employeurs divers. En particulier, la question d'une augmentation générale de la "pénibilité" d'un métier ou d'une profession en tant que tels, peut se poser sur la base de l'étude fournie.

b) Tentative de prise en compte des résultats de l'étude, sur base des catégories OLT 3 :

1) Généralités:

Comme indiqué précédemment, la protection des salariés fait l'objet de normes générales, mais pour les concrétiser il est approprié dans un premier temps de s'en référer à la liste de l'article 2 OLT3 rappelée plus haut:

Sur les deux premières catégories, il semble difficile de tirer des conclusions quant à une responsabilité de l'employeur, ainsi que de prendre des mesures: il faudrait en effet penser que, dans des lieux et des installations différents, les enseignants en cause rencontrent les mêmes problèmes d'hygiène, ergonomie ou protection contre des "influences physiques chimiques ou biologiques". Ici, ce sont ces situations plus ou moins individuelles qu'il conviendrait d'investiguer, sachant que l'employé a aussi le devoir de collaborer, voire d'indiquer une situation inadéquate.

Sauf à imaginer que la tendance de base à l'augmentation des incapacités de travail soit due à une pluralité de causes non identifiées et non combattues par les divers employeurs dans les écoles et établissements, il semble que l'on puisse "simplifier" quelque peu le questionnement: Devant une augmentation générale, la cause imaginable serait – en gros – les risques psychosociaux découlant de fatigue, stress et "burn-out" professionnels (il est difficile de penser que les aspects de mobbing et harcèlement seraient généralisés pour aboutir à une augmentation d'ensemble des incapacités de travail).

Il semble donc que la question peut être concentrée sur les lettres c) et d) de l'article 2 OLT3.

2) Facteurs "psychosociaux":

Dans son annexe au commentaire à l'article 2 OLT 3, le SECO se réfère à la norme EN ISO 10075 sur la contrainte mentale, soit l'ensemble des influences extérieures qui affectent mentalement l'être humain.

A ce titre, sont retenus le travail prescrit (volume, type,...), les conditions de travail physiques (éclairage, bruit,...), les facteurs sociaux et organisationnels (structure de communication, gestion des relations sociales,...) et les facteurs sociétaux (situation économique, normes culturelles,...). S'agissant de la santé psychique, c'est la charge globale qu'il faut prendre en compte (annexe au commentaire du SECO, ad art. 2 [partie non traduite en français]).

Plus précisément, l'organisation doit par exemple assurer un déroulement du travail sans tâches inutiles, sans contrôles superflus ou dégradants et sans détours hiérarchiques inutiles (cf. commentaire SECO de l'OLT 3, ad art. 2, let. c).

En définitive, les prescriptions visent à atteindre un niveau minimal de protection de la santé dans toutes les entreprises, mais vu la diversité des activités économiques, celui-ci peut varier d'une branche à l'autre (commentaire SECO, ad. art. 2, al. 3).

3) Conditions de la responsabilité de l'employeur:

I. Un dommage:

Dans le cadre de facteurs psychosociaux comme dans les autres causes, on peut évoquer une perte de gain (y compris pour aller au-delà de ce qui résulterait de l'obligation, limitée dans le temps, de l'employeur de verser le salaire en cas d'incapacité de travail), un tort moral et cas échéant un dommage causé aux proches, en cas de décès.

II. Une violation du contrat (328 CO), cas échéant de la loi (6 LTr) :

Partant plus spécifiquement de facteurs psychosociaux, l'employeur ne doit pas surmener son employé ou le charger de travail au point de causer un danger ou un dommage à sa santé.

Cette évaluation est toutefois envisagée en général individuellement, l'employeur étant en définitive aussi amené à évaluer la charge et les tâches pouvant être attendue de tel ou tel collaborateur. Le constat d'un fonctionnement général "maltrahant" n'est pas la règle. Les arrêts rendus portent en général sur des cas particuliers, le plus souvent au titre du mobbing.

Tirer des conclusions sur base de statistiques générales en matière de "rotation" ou d'incapacité de travail du personnel, est envisageable, le soussigné ayant connaissance d'un cas au moins dans lequel une entreprise a été invitée par décision de l'autorité compétente "LTr" à mener à ses frais un audit sur son organisation, du fait d'un "taux de rotation" et d'absentéisme hors norme.

Toutefois, ce qui résulte de la pénibilité de l'activité elle-même et qui appartient en définitive à la nature même du contrat (ou de la fonction), n'est pas de la responsabilité de l'employeur: la monotonie est inhérente à un travail à la chaîne, manier des explosifs est dangereux et la responsabilité est inhérente à la fonction de chargé de sécurité (Cf. Portmann, Stresshaftung im Arbeitsverhältnis, in DTA 2008, p. 1, 4). Certains facteurs de pénibilité "sociaux" peuvent aussi difficilement être modifiés (cf. commentaire Seco, annexe à l'art. 2 OLT; p. 302C).

La responsabilité se baserait alors sur une violation du contrat ou la violation de normes légales. Elle pourrait certainement être reconnue malgré que les normes posées par le droit cantonal en matière d'organisation de l'enseignement (cf. par ex. le nombre maximal d'élève par classe) sont respectées, car la disposition fédérale (art. 6 LTr précité) s'impose aux autorités cantonales et c'est à leur organisation de la respecter. Par contre, il me paraît être tout aussi certain qu'une instance judiciaire devrait disposer de très sérieux éléments – voire d'éléments quasi-accablants – pour motiver une décision qui conclurait que les normes organisant l'école constituent une "maltraiteance" envers les employés.

Le cas réellement topique cité par l'article précité et la doctrine qu'a pu trouver le soussigné est difficilement transposable à l'enseignement. Le TF y relevait ainsi qu' "enfreint l'art. 328 al. 1 CO l'employeur qui, bien que dépourvu de toute intention de harcèlement, impose à ses employés un système très contraignant [d'acquisition de la clientèle par démarchage] et qui, par cette organisation [commerciale], exerce une pression de nature à entraîner à terme une dégradation de la santé des personnes qui

y sont exposées" (4C.24/2005, cons. 7.2; repris dans 4A_680/2012 avec encore citation de Wyler).

Envisager que ces considérants soient repris pour qualifier l'organisation générale du travail des enseignants du canton nécessiterait sans aucun doute plus que le seul résultat de l'étude IST.

III. Lien de causalité:

Entre les deux éléments précédents, un lien de causalité naturel et adéquat doit exister, en ce sens d'un lien naturel, purement logique, mais aussi du fait que la cause (la violation) doit être considérée comme adéquate, parce qu'elle n'est pas rejetée à l'arrière-plan par d'autres facteurs.

IV. Faute:

L'employeur doit avoir commis une faute, intentionnelle ou par négligence. Elle peut relever de la mise en place de conditions de travail créant un danger, mais aussi du fait qu'il a constaté une augmentation des absences dans une partie de l'entreprise (cf. la référence ci-dessous à une enquête de médecine du travail, selon art. 3, al. 3, OLT3), ou qu'il a eu connaissance de la surcharge, sans rien faire (cf. Portmann précité, p. 10).

C) Conclusions:

a) Devoir de mise en place de nouvelles mesures?

Comme indiqué précédemment, si l'employeur a l'obligation de protéger la personnalité de ses employés, d'une part, il ne peut pas être tenu responsable de la pénibilité "générale" d'une activité, d'autre part, son obligation est aussi examinée sous l'angle de la proportionnalité. Enfin, cette obligation est dans une certaine mesure "personnalisée", avec pour but final de prendre en compte les capacités de chaque employé.

A la lecture du soussigné, la seule étude IST, sans autres éléments ou circonstances permettant de l'apprécier ou d'en tirer des enseignements, ne permet pas de poser des conclusions sur une augmentation du nombre ou de la durée des incapacités de travail qui soient de la responsabilité de l'employeur, déjà parce qu'elle ne permet pas non plus d'en affirmer les causes.

Dans cette mesure, on ne voit pas qu'elle oblige les employeurs à prendre de nouvelles mesures, au sens strict, pour protéger les employés: l'étude n'est pas concluante.

Touffois, si des indices laissent supposer que le travail menace la santé du personnel, l'employeur doit procéder à une enquête relevant de la médecine du travail pour remédier à cette situation (art. 3, al. 3, OLT 3). Dans ce cadre, on peut interroger le devoir des divers employeurs de réagir par cette voie aux résultats de l'étude IST (dans la mesure où elle leur a été communiquée). C'est vers cette première mesure que pourrait s'orienter une obligation des employeurs.

A nouveau, il est difficile d'affirmer absolument une obligation de l'employeur, car l'étude laisse de grandes interrogations (notamment du fait de l'augmentation des prestations au milieu de la période examinée, ainsi que de l'absence de "ventilation" par employeur (région, école ou établissements concernés)). Les chiffres présentés sont tels qu'ils devraient faire admettre la nécessité d'un supplément d'examen par les divers employeurs, cas échéant avec aussi la coordination du canton, autorité de nomination dans l'école obligatoire.

De l'avis du soussigné, c'est bien dans une étude de l'ordre de la médecine du travail que devrait se concrétiser l'obligation de l'employeur, cela cas échéant avec le concours ou le conseil de l'autorité d'application LTr (cf. infra, avec référence à l'art. 41 LTr).

Par ailleurs, si les facteurs psychosociaux sont bien mis en avant, on peut relever que, s'agissant de harcèlement au sens large, un groupe de confiance existe déjà. Dans le cas particulier de stress, une des réponses envisagée est la mise sur pied d'une instance de même type, qui permet aux employés de se confier, puis les oriente vers des solutions appropriées de conseil ou de traitement. De même des audits de stress peuvent être menés (cf. sur ces deux points: Portmann in DTA précité, p. 12-13). Un mécanisme de type "groupe de confiance" pourrait toute fois être une réponse plus individuelle, qui permettrait peut-être aussi à moyen terme de tirer les enseignements que ne fournissent pas les données statistiques actuellement à disposition de la caisse de remplacement.

b) Responsabilité des employeurs en cas d'inaction?

Sur ce point, il est difficile de répondre d'abord parce que l'exercice de son obligation de protection par l'employeur est personnalisé. Ensuite, le principe reste qu'il n'est pas responsable des conditions générales d'exercice d'une profession, par exemple face à un durcissement de la société ou à une considération sociale en baisse. A ce titre, il serait intéressant de disposer de données en provenance d'autres cantons, l'étude IST n'ayant apparemment pas tenté, même pour information, ce type de comparatifs.

Même si l'employeur a une obligation positive, la responsabilité par abstention dans le cadre d'une organisation générale est tout-de-même difficile à considérer. Il faudrait en effet prouver que l'incapacité de travail de la personne en cause est bien dans une relation de causalité avec une omission de mesures d'ensemble, au surplus proportionnées. Cela implique alors aussi de démontrer que d'autres facteurs ne sont pas intervenus prioritairement. Or, il est douteux que des facteurs individuels ne soient pas mis en avant, qui finissent par exclure un lien de causalité avec le statut général d'un type d'employés (problèmes personnels; difficultés avec un ou des élèves; pression de la hiérarchie; absence de révélation de difficultés par l'intéressé; refus illégitime de prise de mesures par la hiérarchie).

Aux yeux du soussigné, c'est moins la question d'une responsabilité à terme dans un cas particulier que celle de l'intérêt des deux parties à la relation (des incapacités de travail répétées ou longues n'étant en principe dans l'intérêt d'aucun des deux partenaires) qui est en cause.

Par ailleurs, la "sanction" d'une omission serait sans doute moins à chercher dans un premier temps dans une responsabilité que dans une intervention de l'autorité en charge de la santé au travail. En effet, selon 110 Cst., la Confédération est compétente en matière de protection des travailleurs et la LTr, qui concrétise cette compétence, prévoit que les cantons instituent une autorité d'exécution, et une autorité de recours (art. 41 LTr), la Confédération gardant la haute surveillance (art. 42 LTr). Le fait que des collectivités publiques, et le canton, soient en cause n'empêche en principe pas cette autorité d'agir.

Sur ce, cette autorité – à Neuchâtel, l'Office de l'inspection du travail - n'a pas simplement un pouvoir de contrôle, mais aussi un rôle de prévention, voire de conseil (cf. à titre d'exemple, le processus de l'art. 51 LTr qui invite d'abord à se conformer à la loi, avant de permettre la décision sous menace de sanction).

Dans ce cadre, il ne serait certainement pas exclu qu'elle soit saisie par un employé/enseignant, mais elle pourrait aussi être consultée par le canton, employeur, de son propre chef.

Neuchâtel, le 28 janvier 2015

JT

SERVICE JURIDIQUE



Jacques Tissot, av.