

CERT

Jean-Philippe Dunand | Pascal Mahon (éds)

Nadja Capus | Raphaël Gani
Werner Gloor | André Kuhn | Ursula Marti
Françoise Martin Antipas | Mercedes Novier

Les certificats dans les relations de travail

*Certificat de travail et certificat de salaire
Certificat médical et expertise médicale
Aspects de droit pénal*



Jean-Philippe Dunand | Pascal Mahon (éds)

Nadja Capus | Raphaël Gani
Werner Gloor | André Kuhn | Ursula Marti
Françoise Martin Antipas | Mercedes Novier

Les certificats dans les relations de travail

*Certificat de travail et certificat de salaire
Certificat médical et expertise médicale
Aspects de droit pénal*



Schulthess § 2018
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage : JEAN-PHILIPPE DUNAND, PASCAL MAHON (éds), *Les certificats dans les relations de travail*, Collection CERT, Genève/Zurich 2018, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8686-8

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2018
www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué, 92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles ;
téléphone et télécopieur : +32 (0)2 736 68 47 ; courriel : patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek : la Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Table des matières

Table des abréviations..... IX

Première partie – Certificats de travail, de salaire et médical

Certificats de travail..... 1

Françoise Martin Antipas

Docteure en droit, avocate, spécialiste FSA en droit du travail

Le certificat de salaire : un instrument au seul service du fisc ?..... 47

Raphaël Gani

Docteur en droit, titulaire du brevet d'avocat, expert fiscal CSI,
administration vaudoise des impôts

Le certificat médical dans les relations de travail..... 75

Mercedes Novier

Docteure en droit, LL.M., avocate, spécialiste FSA en droit du travail

Deuxième partie – Questions spécifiques

L'expertise médicale ordonnée par le juge civil et le juge
administratif dans les relations de travail..... 141

Werner Gloor

Avocat, juge suppléant à la Cour de Justice de Genève, Président à la Chambre
des prud'hommes

Ursula Marti

Docteure en droit, titulaire du brevet d'avocate, juriste à l'Office du personnel
de l'État de Genève

Relations de travail : quand le droit pénal s'en mêle..... 183

Nadja Capus

Docteure en droit, professeure de droit pénal et de procédure pénale à l'Université
de Neuchâtel

André Kuhn

Docteur en droit, professeur de droit pénal et de criminologie à l'Université de Neuchâtel

Relations de travail : quand le droit pénal s'en mêle

Sommaire	Page
I. Introduction	184
II. Les normes pénales pertinentes	185
A. Le faux dans les titres (art. 251 CP)	185
1. Les éléments constitutifs objectifs	185
a) L'acte	185
b) Le titre	187
2. Les éléments constitutifs subjectifs	188
a) L'intention	188
b) Le dessein spécial	188
B. Le faux dans les certificats (art. 252 CP)	189
1. Les éléments constitutifs objectifs	189
a) L'acte	189
b) Le certificat	190
2. Les éléments constitutifs subjectifs	191
a) L'intention	191
b) Le dessein d'améliorer sa situation ou celle d'autrui	191
3. Remarques complémentaires	191
C. Le faux certificat médical (art. 318 CP)	192
1. Les éléments constitutifs objectifs	193
a) L'auteur	193
b) Le certificat médical	193
c) L'acte punissable	194
2. L'élément constitutif subjectif	194
D. La violation du secret de fonction (art. 320 CP)	194
1. Les éléments constitutifs objectifs	195
a) L'auteur	195
b) Un secret	195
c) Un secret appris dans l'exercice d'une charge officielle	196
d) La révélation du secret	196
e) La prise de connaissance du secret par un tiers non autorisé	196
f) Le lien de causalité	197
2. L'élément constitutif subjectif	197

* Certains éléments de la présente contribution – surtout les idées qui y sont véhiculées – ont déjà été publiés par les auteurs dans des écrits antérieurs.

E. La violation du secret professionnel (art. 321 CP)	197
1. Les éléments constitutifs objectifs	198
a) L'auteur	198
b) Un secret	199
c) Un secret appris dans l'exercice de la profession ou des études	199
d) La révélation du secret	199
e) La prise de connaissance du secret par un tiers non autorisé	199
f) Le lien de causalité	200
2. L'élément constitutif subjectif	200
F. La contrainte (art. 181 CP)	200
1. Les éléments constitutifs objectifs	201
a) Un moyen de contrainte	201
b) Le caractère illicite de la contrainte	201
c) Un comportement engendré par la contrainte	201
d) Un lien de causalité entre le moyen et le comportement	202
2. L'élément constitutif subjectif	202
III. Le droit pénal appliqué aux relations entre un employeur et ses employés	202
A. En résumé	202
B. En conséquence	204
C. Que dit la jurisprudence ?	205
IV. Le droit pénal est-il propre à pacifier les relations de travail ?	207
A. Les fonctions du droit pénal en général	207
B. Les fonctions du droit pénal en matière de relations de travail – faudrait-il un <i>droit pénal social</i> en Suisse ?	208
V. Bibliographie	212

I. Introduction

Dans le but de se faire engager, un employé pourrait avoir l'idée de remettre un faux certificat de travail ; pour négocier son salaire, il pourrait présenter un faux certificat de salaire ; pour ne pas avoir à se rendre à son travail, il usera peut-être d'un faux certificat médical. De son côté l'employeur pourrait être tenté de demander des précisions au médecin qui a établi le certificat médical de son employé ; le médecin pourrait éventuellement lui donner quelques précisions ; l'employeur pourrait avoir l'idée de pousser son employé à la démission en le menaçant de lui établir un mauvais certificat de travail ou pas de certificat de travail du tout s'il ne démissionne pas ; l'employeur pourrait encore volontairement omettre certains éléments importants dans le certificat de travail établi pour son employé, soit pour le desservir, soit en ne mentionnant pas d'éventuels éléments négatifs relevés durant la relation de travail. Toutes ces « malhonnêtetés » ont-elles été criminalisées ? Le cas échéant quelles sont les dispositions qui s'appliquent ? Voilà quelques questions auxquelles la présente contribution tentera de répondre.

Pour ce faire, nous commencerons par analyser rapidement les éléments constitutifs des principales infractions qui pourraient entrer en ligne de compte avant de faire un semblant de subsumption en indiquant quelles dispositions s'appliquent à quelles situations. Finalement, nous nous poserons la question – plus criminologique que juridique – de savoir si le droit pénal tel qu'il est en vigueur aujourd'hui est propre à pacifier les relations de travail ou plutôt à les envenimer et, dans cette hypothèse, comment la situation pourrait être améliorée.

II. Les normes pénales pertinentes

A. Le faux dans les titres (art. 251 CP)¹

L'art. 251 du Code pénal suisse (CP)² érige en crime la création, la falsification et l'utilisation d'un titre faux ayant une portée juridique dans le but de tromper autrui et de porter atteinte à ses intérêts pécuniaires ou ses droits, ou encore pour se procurer ou procurer à un tiers un avantage illicite. Le bien juridique protégé par cette disposition est la confiance qui, dans les relations juridiques, est placée dans un titre comme moyen de preuve³. Il s'agit dès lors d'un bien juridique collectif auquel peut attenter tout un chacun, le faux dans les titres au sens de l'art. 251 CP étant ainsi un délit commun, contrairement à l'art. 317 CP (faux dans les titres commis dans l'exercice de fonctions publiques) qui est un délit propre pur ne pouvant être commis que par des fonctionnaires et des officiers publics. Il s'agit par ailleurs d'un délit de mise en danger abstraite protégeant les intérêts des particuliers qui pourraient potentiellement être lésés par l'utilisation d'un titre trompeur. Le faux dans les titres protégeant en quelque sorte la bonne foi en affaires, il ne nécessite aucun résultat et est dès lors à classer parmi les délits formels, c'est-à-dire de pure activité.

1. Les éléments constitutifs objectifs

a) L'acte

L'acte nécessaire à la réalisation de l'infraction de faux dans les titres est, d'une part, la création ou, d'autre part, l'usage d'un *faux*. C'est ainsi que la simple création d'un faux

¹ Pour des développements complémentaires à ceux présentés ici, cf. entre autres KINZER *ad* art. 251 ; DUPUIS ET AL. *ad* remarques préliminaires aux art. 251 à 257 CP, *ad* art. 251, ainsi qu'*ad* art. 110 al. 4 ; BOOG *ad* remarques préliminaires à l'art. 251, *ad* art. 251, ainsi qu'*ad* art. 110 al. 4 ; CORBOZ *ad* art. 251, vol. II, p. 222-270 ; ainsi que les références qui y sont citées.

² RS 311.0.

³ ATF 132 IV 57 c. 5.1.

qui n'a ensuite pas été utilisé – et qui n'a donc trompé personne – réalise cet élément constitutif.

La création d'un faux se subdivise pour sa part en deux types d'actes : la création d'un faux matériel (destiné à tromper quant à son auteur) – se déclinant lui-même en trois variantes – et la création d'un faux intellectuel (destiné à tromper quant à son contenu en constatant faussement un « fait » qui a une portée juridique) – se déclinant en deux variantes. Si l'on ajoute à ces cinq variantes le fait de faire usage d'un titre faux, on obtient six comportements différents, tous constitutifs de faux dans les titres⁴ :

- *La création d'un titre faux*, c'est-à-dire la fabrication de toute pièce d'un titre dont l'auteur réel ne correspond pas à l'auteur apparent⁵.
- *L'altération ou la falsification d'un titre*, soit la modification du contenu d'un titre, dont le passage modifié n'émane donc pas de l'auteur initial⁶.
- *L'abus de blanc-seing*, c'est-à-dire l'usurpation de l'identité d'autrui en abusant de sa signature réelle (par exemple en remplissant un document de manière contraire à la volonté du signataire d'une lettre signée en blanc).
- *La constatation fautive d'un fait*⁷ ayant une portée juridique dans un titre.
- *Le fait de faussement faire constater* un fait ayant une portée juridique, c'est-à-dire d'intervenir en tant qu'auteur médiateur⁸ ou d'instigateur⁹ à la réalisation par autrui d'un faux intellectuel.
- *L'usage d'un faux*, soit le fait de présenter un document falsifié¹⁰ à une personne en vue de la tromper¹¹.

⁴ Les trois premières variantes sont des faux matériels et les deux suivantes des faux intellectuels.

⁵ ATF 132 IV 57, c. 5.1.1.

⁶ ATF 118 IV 364, c. 2a.

⁷ Cela implique que le titre s'exprime sur le fait en question, puisqu'un écrit ne peut prouver que des faits qu'il atteste directement (ATF 129 IV 130, c. 2.1).

⁸ ATF 120 IV 122, c. 5c/cc.

⁹ ATF 123 IV 1, c. 2e.

¹⁰ Qu'il s'agisse d'un faux matériel ou d'un faux intellectuel ne fait aucune différence.

¹¹ ATF 105 IV 242, c. 2b. Cette variante n'est retenue que lorsque l'auteur n'est pas poursuivi pour avoir lui-même participé à la création du faux (d'un avis contraire : KINZER *ad art.* 251, N 143, qui considère que la création d'un faux ne doit être sanctionnée que subsidiairement – puisqu'il ne s'agit que d'un acte préparatoire à l'usage –, lorsque l'auteur n'est pas déjà punissable pour l'utilisation qu'il en aurait faite par la suite).

b) Le titre

L'objet de l'acte tel que déterminé ci-avant doit être un *titre*. Au sens de l'art. 110 al. 4 CP, le titre est un écrit, un enregistrement (sur un support de données ou sur un support-images), ou un signe, destiné et propre à prouver un fait ayant une portée juridique¹².

Il existe dès lors trois genres de titres : les écrits¹³, les enregistrements¹⁴ et les signes¹⁵. Ce qui les différencie des autres écrits, enregistrements ou signes, c'est leur valeur probante accrue. Ainsi, à titre d'exemple, la distinction entre un faux intellectuel et un simple mensonge écrit réside dans la valeur probante accrue¹⁶ du premier par rapport au second¹⁷. Un titre est en effet un document destiné¹⁸ et propre¹⁹ à prouver un fait ayant une portée juridique²⁰.

De surcroît, pour avoir la valeur de « titre » l'identité de l'auteur (réel ou supposé) du document doit pouvoir être établie. Un écrit anonyme n'est donc pas un titre²¹.

Étant donné que le faux dans les titres n'est pas une infraction contre l'administration de la justice – contrairement par exemple au faux témoignage (art. 307 CP) –, la valeur

¹² À ce sujet, cf. notamment SCHUBARTH *ad* art. 110 al. 4 ; BOOG *ad* art. 110 al. 4 ; DUPUIS ET AL. *ad* art. 110 al. 4.

¹³ Un écrit est composé d'éléments d'écriture (lettres, syllabes, mots, chiffres ou autres signes calligraphiques) représentant une pensée humaine (ATF 103 IV 27, c. 13b). De plus, l'écrit ne doit pas forcément être un original ; une photocopie, un document imprimé, ou toute autre forme de reproduction sont également des écrits et peuvent donc aussi constituer des titres (à ce sujet, cf. CORBOZ *ad* art. 251, N 9, vol. II, p. 230, ainsi que la jurisprudence citée).

¹⁴ Les enregistrements sont des titres pour autant qu'ils soient l'expression d'une pensée humaine, que l'on puisse reconnaître leur auteur et qu'ils soient destinés et propres à prouver un fait ayant une portée juridique (ATF 116 IV 343).

¹⁵ Par exemple, le sceau apposé sur de la viande établissant la provenance de l'abattoir (ATF 103 IV 27, c. 9b).

¹⁶ Les termes « valeur probante accrue » signifient que le document doit avoir « une capacité particulière de convaincre, qu'il offre une garantie spéciale de véracité » (CORBOZ *ad* art. 251, N 119, vol. II, p. 253) ; à ce sujet, cf. également DUPUIS ET AL. *ad* art. 251, N 34.

¹⁷ ATF 129 IV 130, c. 2.1.

¹⁸ Le mot « destiné » peut couvrir deux cas de figure : (1) le titre qui à l'origine est destiné à prouver un fait ayant une portée juridique et (2) le titre qui n'a pas été conçu pour prouver quoi que ce soit, mais qui *occasionnellement*, dans un cas d'espèce, est néanmoins utilisé pour prouver un fait ayant une portée juridique.

¹⁹ Cette aptitude à prouver se concrétise par le fait que le titre doit être apte à convaincre d'un fait ayant une portée juridique.

²⁰ Un fait ayant une portée juridique est « un fait dont dépend la naissance, l'existence, la modification, le transfert, l'extinction ou la constatation d'un droit ; autrement dit, le fait doit être de nature à modifier la solution apportée à un problème juridique » (CORBOZ *ad* art. 251, N 26, vol. II, p. 234).

²¹ ATF 131 IV 125, c. 4.4.

probante dont il est question à l'art. 251 CP n'est pas nécessairement une valeur probante en justice ; il suffit que le titre en question ait une valeur probante dans la vie des affaires²².

Finalement, mentionnons encore que le caractère de titre d'un document est relatif : par certains aspects, il peut avoir ce caractère, par d'autres non ; en d'autres termes, certains aspects d'un document peuvent être propres à prouver des faits à portée juridique, alors que d'autres ne le sont pas²³.

2. Les éléments constitutifs subjectifs

a) L'intention²⁴

Conformément à l'art. 12 al. 1 CP, le faux dans les titres n'est punissable que s'il est commis intentionnellement, soit avec conscience et volonté. Cette intention doit porter sur l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction. C'est ainsi que la conscience et la volonté doivent porter sur la qualité de titre, sur sa falsification et sur les effets attendus de cette dernière. Il est donc nécessaire que l'auteur veuille – ou accepte, puisque le dol éventuel (art. 12 al. 2, seconde phrase CP) suffit – l'idée de tromper autrui par la création ou l'usage de la fausse preuve que constitue le faux dans les titres.

b) Le dessein spécial

L'infraction n'est consommée que si l'auteur poursuit alternativement l'un ou l'autre des desseins spéciaux suivants : le dessein de porter atteinte aux intérêts pécuniaires ou aux droits d'autrui ou le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite. Il n'est en revanche aucunement nécessaire que ces desseins se réalisent, ni même que l'auteur ou un tiers utilise le faux. Il suffit que l'auteur ait cela en perspective et qu'il le veuille (dol simple) ou qu'il s'en accommode (dol éventuel).

À ces desseins alternatifs, il faut encore ajouter un dessein particulier à l'usage d'un titre faux, à savoir celui de tromper autrui. En effet, un simple usage intentionnel d'un titre faux dans un autre but que celui de tromper autrui ne tomberait pas sous le coup de l'art. 251 CP, pour autant bien entendu que le faux n'ait pas été créé ou falsifié par celui qui en fait usage.

²² ATF 120 IV 122, c. 4c.

²³ ATF 132 IV 57, c. 5.1.

²⁴ Les considérations faites ici sont minimales. Les auteurs renvoient dès lors le lecteur à des textes plus approfondis sur la matière (cf. par exemple KILLIAS/KUHN/DONGOIS 2016, N 301 ss).

B. Le faux dans les certificats (art. 252 CP)²⁵

L'art. 252 CP érige en délit le fait de s'autofavoriser ou de favoriser un tiers en contrefaisant ou en falsifiant des pièces de légitimation, des certificats ou des attestations, ou en faisant usage de tels documents, ou encore en abusant de véritables documents de cette nature, mais non destinés à celui qui s'en prévaut.

Le faux dans les certificats étant sanctionné moins sévèrement que le faux dans les titres²⁶, il s'agit d'une infraction privilégiée de faux dans les titres dont le bien juridique protégé est la confiance que l'on peut accorder, dans la vie des affaires, aux pièces de légitimation, aux certificats et aux attestations²⁷ ; « le faux dans les certificats (art. 252 CP) est punissable en raison du danger que l'acte fait courir à la foi publique attachée à certains documents »²⁸. Il s'agit dès lors d'un bien juridique collectif auquel peut attenter tout un chacun, le faux dans les certificats au sens de l'art. 252 CP étant ainsi un délit commun. Il s'agit par ailleurs d'un délit de mise en danger abstraite protégeant les intérêts des particuliers qui pourraient potentiellement être lésés par l'utilisation d'un faux certificat ou par l'abus d'un certificat authentique. Le faux dans les certificats ne nécessite aucun résultat et est dès lors à classer parmi les délits formels, c'est-à-dire des comportements que la loi réprime pour eux-mêmes, sans prendre en considération le résultat.

1. Les éléments constitutifs objectifs

a) L'acte

Différents comportements tombent sous le coup de l'art. 252 CP :

- *La contrefaçon*, c'est-à-dire la création d'un faux certificat, sa fabrication de toute pièce.
- *La falsification d'un certificat*, soit son altération par la modification de son contenu²⁹.

²⁵ Pour des développements complémentaires à ceux présentés ici, cf. entre autres KINZER *ad* art. 252 ; DUPUIS ET AL. *ad* remarques préliminaires aux art. 251 à 257 CP, ainsi qu'*ad* art. 252 ; BOOG *ad* art. 252 ; CORBOZ *ad* art. 252, vol. II, pp. 271-279 ; ainsi que les références qui y sont citées.

²⁶ La peine maximale pour le faux dans les certificats est en effet de trois ans de peine privative de liberté, alors qu'elle est de cinq ans de peine privative de liberté dans le cas du faux dans les titres.

²⁷ ATF 95 IV 68.

²⁸ ATF 97 IV 205, c. 2.

²⁹ Le fait que la loi ne mentionne pas l'abus de blanc-seing (contrairement à l'art. 251 CP) ne signifie aucunement que l'apposition d'une fausse signature – voire la signature en blanc d'un document par son émetteur – au bas d'un certificat authentique ne serait pas punissable ; un tel acte tomberait en effet sous le coup de la notion de falsification. Il en va d'ailleurs de même de la création d'un faux intellectuel, soit la création d'un vrai certificat dont le contenu est erroné (à ce sujet, cf. les

- *L'usage d'un faux certificat*, soit le fait de présenter un document falsifié à autrui dans le but de le tromper³⁰.
- *L'usage d'un certificat vrai, mais destiné à autrui*, c'est-à-dire l'utilisation d'un certificat dont on n'est pas soi-même le titulaire légitime. Le comportement punissable consisterait ici à provoquer une erreur sur l'identité en faisant usage d'un document appartenant à autrui³¹.

b) Le certificat

L'objet de l'acte tel que déterminé ci-avant doit être un *certificat*, soit un document qui atteste l'identité d'une personne, son statut, sa formation ou l'expérience acquise. La loi cite trois types de certificats :

- *Les pièces de légitimation*, soit les documents officiels permettant à une personne d'attester son identité sur la base d'une photographie, voire d'éléments biométriques (dactyloscopie, ADN, etc.)³². Ces documents vont de la carte d'étudiant³³ d'une école privée à un passeport³⁴ officiellement établi par un État, en passant par la carte d'identité, le livret de famille, l'abonnement CFF, et – quoique contestable³⁵ – le permis de conduire³⁶.
- *Les certificats*, notion correspondant aux écrits qui attestent une certaine capacité personnelle d'un individu. Il s'agit notamment des certificats d'étude et de formation (diplômes, brevets, etc.) et des certificats de travail³⁷.
- *Les attestations*, c'est-à-dire l'ensemble des autres documents qui attestent les capacités, les qualités ou le comportement d'une personne et qui sont objectivement

développements faits et la littérature citée par KINZER *ad art.* 252, N 18 ss, ainsi que TF 9X.1/1999 du 7 juillet 2000, c. 8d).

³⁰ Cette variante n'est retenue que lorsque l'auteur n'est pas poursuivi pour avoir lui-même participé à la création du faux (d'un avis contraire : KINZER *ad art.* 252, N 39, qui considère que la création d'un faux ne doit être sanctionnée que subsidiairement – puisqu'il ne s'agit que d'un acte préparatoire à l'usage –, lorsque l'auteur n'est pas déjà punissable pour l'utilisation qu'il en aurait faite par la suite).

³¹ TF 6S.425/2004 du 28 janvier 2005, c. 3.3 ; TPF SK.2008.12 du 5 novembre 2008, c. 4.3.

³² TF 6B_71/2010 du 8 juin 2010, c. 2.1.

³³ Cet exemple est contesté par une partie de la doctrine (par exemple DUPUIS ET AL. *ad art.* 252, N 8) qui mentionne néanmoins que cela n'a aucune importance, puisque s'ils ne devaient pas être considérés comme des *pièces de légitimation*, ces documents tomberaient de toute manière sous la définition d'*attestation* qui se trouve dans la même disposition.

³⁴ ATF 117 IV 170.

³⁵ Ce dernier exemple est douteux car, même s'il est souvent accepté – et donc utilisé – comme pièce de légitimation, il n'est en fait rien d'autre qu'une attestation de l'autorisation de conduire octroyée par un organisme de l'État à un justiciable.

³⁶ ATF 98 IV 55, c. 2; TF 6P.55/2005 du 20 juillet 2005, c. 6.1.

³⁷ ATF 95 IV 68.

susceptibles d'améliorer sa situation. Il s'agit donc d'une notion générale regroupant l'ensemble des autres cas de figure.

2. Les éléments constitutifs subjectifs

a) L'intention

Nous renvoyons ici à ce qui a été développé au chapitre II/A/2/a et à la littérature qui y est citée. Nous mentionnerons simplement ici que le faux dans les certificats est un délit intentionnel et qu'il nécessite dès lors une conscience et une volonté de réaliser l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction.

b) Le dessein d'améliorer sa situation ou celle d'autrui

L'auteur doit avoir agi dans le dessein d'améliorer sa situation ou celle d'autrui. Cette amélioration doit donc concerner une personne et non une marchandise. Si l'on se réfère aux certificats d'aptitude (diplôme, brevet, etc.), on peut penser à une amélioration de la situation professionnelle du bénéficiaire ; si l'on se réfère à une pièce de légitimation (passeport, etc.), l'amélioration peut consister en un accroissement de la liberté de mouvement³⁸ ; si l'on se réfère à une attestation (garantissant par exemple la bonne vision d'une personne malvoyante), l'amélioration pourrait être l'autorisation de conduire alors que l'on en est objectivement inapte³⁹. Le Tribunal fédéral indique que toutes les manières de « se faciliter la vie » suffisent à la réalisation de ce dessein⁴⁰.

Ici encore, comme pour le faux dans les titres⁴¹, il faut ajouter un dessein particulier à l'usage d'un faux certificat, à savoir celui de tromper autrui.

3. Remarques complémentaires

Selon la doctrine majoritaire, pour tomber sous le coup de l'art. 252 CP, l'ensemble de ces attestations (y compris les certificats et les pièces de légitimation) doivent se rapporter à une personne physique. La question reste toutefois ouverte de savoir si l'art. 252 CP ne pourrait pas aussi s'appliquer à une attestation concernant une personne morale ou un animal.

Une autre question non résolue dans la jurisprudence et controversée dans la doctrine est celle de savoir si les documents protégés par l'art. 252 CP doivent impérativement être des titres au sens des art. 110 al. 4 et 251 CP. Au vu du fait que nous avons considéré en introduction du chapitre consacré à l'art. 252 CP qu'il s'agit d'une infraction privilégiée

³⁸ Arrêt de l'Obergericht du canton de Zurich du 27 août 1965, RSJ 1966, p. 209.

³⁹ En ce sens, cf. par exemple ATF 111 IV 24.

⁴⁰ ATF 110 IV 24, c. 2 ; TF 6B_317/2014 du 28 avril 2014, c. 7.

⁴¹ À ce sujet, voir le chapitre II/A/2/b.

de faux dans les titres, il nous semble logique de considérer que l'ensemble des certificats couverts par l'art. 252 CP sont également des titres au sens de l'art. 251 CP. Cela implique, d'une part, qu'il ne suffira jamais de démontrer qu'un acte réalise l'infraction de l'art. 251 CP, mais qu'il faudra aussi démontrer qu'il ne réalise pas le cas privilégié de l'art. 252 CP avant de reconnaître l'auteur coupable de faux dans les titres au sens de l'art. 251 CP et, d'autre part, qu'un concours entre les art. 251 et 252 CP pour un même acte n'est pas envisageable. C'est ainsi que l'art. 251 CP s'appliquera à chaque fois que le dessein spécial de porter atteinte aux intérêts pécuniaires ou aux droits d'autrui est réalisé, alors que l'art. 252 CP s'appliquera si le but est exclusivement de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite⁴².

C. Le faux certificat médical (art. 318 CP)⁴³

L'art. 318 CP érige en délit le fait, pour un professionnel de la médecine, d'établir un certificat médical contraire à la vérité dans le but de favoriser son patient. Il s'agit donc d'un faux intellectuel dans un titre particulier commis par une personne particulière. En cela, il s'agit d'un délit propre pur que seuls des professionnels de la santé peuvent commettre. Le bien juridique protégé est la foi accordée aux certificats médicaux en tant que moyens de preuve dans le domaine juridique. Le certificat médical étant le seul titre à faire l'objet d'une disposition spécifique dans le Code pénal, on peut en déduire qu'un tel document a même une valeur toute particulière. Il est dès lors tout à fait incompréhensible que le faux certificat médical soit moins sévèrement réprimé (trois ans de peine privative de liberté au maximum, ce qui en fait un délit) que le simple faux dans les titres (cinq ans de peine privative de liberté au maximum, ce qui en fait un crime). Cela a pour conséquence que l'art. 318 CP favorise les médecins qui établissent un faux certificat médical par rapport à tous les autres auteurs de faux dans les titres... La seule aggravation prévue par l'art. 318 CP par rapport à l'art. 251 CP est le fait que le faux certificat médical est également punissable lorsque l'infraction est commise par négligence, alors que le faux dans les titres ordinaire n'est punissable que s'il a été commis intentionnellement.

L'art. 318 CP est donc construit de manière à prévoir une infraction « de base » (passible de trois ans de peine privative de liberté), entourée d'une infraction privilégiée lorsque l'auteur a agi par négligence (passible de l'amende, ce cas de figure devenant donc une contravention) et d'une infraction aggravée pour le cas où l'auteur a agi contre rémunération. Mais, là encore, la disposition est incompréhensible, puisque le cas aggravé

⁴² À ce sujet, cf. les développements faits par KINZER *ad* art 252, N 40 ss et par CORBOZ *ad* art. 252, N 23 ss, ainsi que ATF 111 IV 24, c. 1b.

⁴³ Pour des développements complémentaires à ceux présentés ici, cf. entre autres SALMINA/POSTIZZI *ad* art. 318 ; DUPUIS ET AL. *ad* art. 318 ; BOOG *ad* art. 318 ; CORBOZ *ad* art. 318, vol. II, pp. 724-729 ; ainsi que les références qui y sont citées.

est punissable de la même peine que le cas ordinaire. Il n'y a donc, de fait, pas de cas aggravé ; que l'on agisse contre rémunération ou non revient exactement au même, à l'exception bien entendu de la fixation de la peine au sens de l'art. 47 CP, puisque le juge tiendra compte de la rémunération pour établir un niveau de culpabilité plus élevé – et donc une peine plus lourde, mais toujours incluse dans le cadre légal fixant son maximum à trois ans – qu'à l'encontre de celui qui aura commis le même acte, mais sans rémunération ou promesse de rémunération.

1. Les éléments constitutifs objectifs

a) L'auteur

Nous l'avons déjà mentionné, l'infraction de faux certificat médical étant un délit propre pur, son auteur doit impérativement être un professionnel de la santé, et plus précisément un médecin, un dentiste, un vétérinaire, ou une sage-femme, soit des professions exigeant toutes une autorisation d'exercer délivrée par les pouvoirs publics. Cependant, si l'auteur a le statut de fonctionnaire, on lui appliquera l'art. 317 CP (faux dans les titres commis dans l'exercice de fonctions publiques) et non l'art. 318 CP.

b) Le certificat médical

Le certificat médical est une attestation écrite – relevant de la science concernée – qui décrit l'état de santé d'une personne ou d'un animal et sa capacité à exercer certaines tâches⁴⁴.

Pour que l'auteur soit punissable, ce certificat doit en outre remplir l'une ou l'autre des trois conditions suivantes :

- Il doit être destiné à être produit à une autorité (scolaire, militaire, judiciaire, assurance sociale, office de chômage, office cantonal de l'assurance invalidité⁴⁵, etc.).
- Il doit être destiné à procurer un avantage illicite (ne plus devoir se rendre à son lieu de travail, recevoir des prestations d'assurance, etc.).
- Il doit être de nature à léser les intérêts légitimes et importants de tierces personnes (formulation qui exclut les cas de peu de gravité, mais qui couvrirait la mention erronée de l'absence d'une maladie grave et contagieuse ou sexuellement transmissible).

⁴⁴ TF 6B_1004/2008 du 9 avril 2009, c. 4.2.

⁴⁵ TF 6B_152/2007 du 13 mai 2008, c. 3.1.

c) L'acte punissable

Le comportement punissable consiste à dresser un certificat médical contraire à la vérité et de le mettre ensuite à la disposition de son destinataire. En revanche, il n'est pas nécessaire qu'il soit ensuite effectivement utilisé. Pour ce qui est de la fausseté du certificat, elle peut résulter soit de l'affirmation de faits erronés, soit du fait de passer sous silence certains éléments.

Celui qui instigue un professionnel de la santé à établir un faux certificat médical est passible d'une peine atténuée en vertu de l'art. 26 CP qui régleme la participation à un délit propre. Finalement, celui qui utilise ensuite le faux certificat médical peut tomber sous le coup de l'usage de faux dans les titres au sens de l'art. 251 ch. 1 al. 3 CP.

2. L'élément constitutif subjectif⁴⁶

Le faux certificat médical est punissable autant lorsqu'il est commis intentionnellement que lorsqu'il est commis par négligence. Conformément à l'art. 12 al. 2 CP, l'intention suppose la conscience et la volonté de réaliser chacun des éléments constitutifs de l'infraction et le dol éventuel suffit à réaliser l'intention. Quant à la négligence – qu'elle soit consciente ou inconsciente – elle nécessite la présence d'une imprévoyance coupable au sens de l'art. 12 al. 3 CP.

D. La violation du secret de fonction (art. 320 CP)⁴⁷

Malgré une volonté souvent affichée de transparence⁴⁸, la gestion d'une institution publique semble nécessiter que certaines informations restent secrètes, parfois momentanément, parfois indéfiniment. Un des biens juridiques protégés par le délit de violation du secret de fonction de l'art. 320 CP est dès lors le bon fonctionnement d'une institution publique. Néanmoins, le secret de fonction protège également – et peut-être surtout serions-nous tenté d'ajouter – la sphère privée des administrés. En effet, ces derniers étant contraints de fournir à l'administration certaines données sensibles les concernant, il est logique que celles-ci restent confidentielles et que celui qui les divulgue

⁴⁶ Les considérations faites ici sont minimales. Les auteurs renvoient dès lors le lecteur à des textes plus approfondis sur la matière (cf. par exemple KILLIAS/KUHN/DONGOIS 2016, N 301 ss).

⁴⁷ Pour des développements complémentaires à ceux présentés ici, cf. entre autres VERNIORY *ad* art. 320 ; DUPUIS ET AL. *ad* art. 320 ; OBERHOLZER *ad* art. 320 ; CORBOZ *ad* art. 320, vol. II, pp. 733-749 ; ainsi que les références qui y sont citées.

⁴⁸ On en a d'ailleurs même fait une loi fédérale : Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans) du 17 décembre 2004 (RS 152.3).

tombe sous le coup de la loi pénale⁴⁹. Vu sous cet angle, le secret de fonction peut être interprété comme la contrepartie au devoir de collaborer du citoyen.

Contrairement au secret professionnel dont la divulgation n'est poursuivie que sur plainte (art. 321 CP que nous étudierons ci-après), la violation d'un secret de fonction est poursuivie d'office. Il s'agit par ailleurs d'un délit propre pur – puisque seuls les fonctionnaires et les membres d'une autorité peuvent le commettre au titre d'auteur – et d'un délit matériel – nécessitant donc un résultat –, puisque l'art. 320 CP ne sera violé que dans l'hypothèse où un tiers aura effectivement pris connaissance de l'information couverte par le sceau du secret.

1. Les éléments constitutifs objectifs

a) L'auteur

Comme mentionné ci-dessus, l'auteur ne peut être qu'un fonctionnaire – terme défini à l'art. 110 al. 3 CP⁵⁰ – ou un membre d'une autorité – c'est-à-dire une personne exerçant (individuellement ou collégalement) l'un des trois pouvoirs (législatif, exécutif ou judiciaire). Un tiers ne pourrait être que participant secondaire, soit complice ou instigateur.

Il est à noter que le secret perdure même au-delà du temps d'engagement de la personne. C'est ainsi que l'art. 320 ch. 1 al. 2 CP prévoit que les révélations demeurent punissables alors même que la charge ou l'emploi a pris fin.

b) Un secret

Un secret au sens de l'art. 320 CP consiste en une information dont la connaissance est réservée à un cercle restreint de personnes, que l'on veut garder confidentielle, en ayant

⁴⁹ Raison pour laquelle le Tribunal fédéral a admis la qualité de lésés aux particuliers atteints dans leur sphère privée par la violation d'un secret de fonction (ATF 120 Ia 220, c. 3b).

⁵⁰ À ce sujet, cf. notamment VERNIORY *ad* art. 110 al. 3 ; OBERHOLZER *ad* art. 110 al. 3 ; DUPUIS ET AL. *ad* art. 110 al. 3. Il est à noter que la notion de fonctionnaire englobe les personnes ayant accompli une tâche publique – à temps plein, à temps partiel, voire de manière temporaire – sous la dépendance de l'État.

pour cela un intérêt légitime⁵¹. Ce secret doit porter sur un ou des faits (par opposition à une ou des opinions⁵²) ; que ceux-ci soient véridiques ou supposés n'importe pas⁵³.

c) Un secret appris dans l'exercice d'une charge officielle

Non seulement l'auteur doit-il être un fonctionnaire ou membre d'une autorité et le fait dévoilé un secret, mais encore faut-il que ce secret ait été porté à la connaissance de l'auteur dans le cadre de sa charge officielle. Le secret doit ainsi avoir été confié à l'auteur parce qu'il exerce une charge officielle⁵⁴. Pour le déterminer, il faut se référer aux circonstances concrètes du cas d'espèce⁵⁵.

d) La révélation du secret

Le comportement constitutif de l'infraction prévue à l'art. 320 CP est la révélation du secret, c'est-à-dire le fait de porter le secret à la connaissance d'un tiers qui ne fait pas partie du cercle des personnes autorisées, ou de le lui rendre accessible⁵⁶. La manière de rendre ce secret accessible à un tiers est sans pertinence⁵⁷.

Mentionnons au passage que l'acte n'est pas illicite⁵⁸ lorsque la révélation a été faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure (art. 320 ch. 2 CP). Il en est de même lorsqu'il en va de l'intérêt d'un mineur, auquel cas la personne astreinte au secret de fonction peut néanmoins aviser l'autorité de protection de l'enfant des infractions commises à l'encontre de celui-ci (art. 364 CP).

e) La prise de connaissance du secret par un tiers non autorisé

Selon le libellé de l'infraction de violation du secret de fonction (art. 320 CP), celle-ci nécessite la révélation du secret à une personne non autorisée. Une telle révélation

⁵¹ ATF 127 IV 122, c. 1 (il est à mentionner que cet arrêt a été cassé à la suite d'une procédure de révision [TF 6S.362/2006 du 3 novembre 2006], mais que cela ne remet en rien en cause les questions de définition du secret de fonction) ; ATF 114 IV 44, c. 2. L'intérêt légitime dont il est question dans cette définition peut être celui de la collectivité, mais également celui de particuliers. Celui qui a intérêt au secret doit ainsi manifester – tacitement ou expressément – sa volonté de le faire respecter ; parfois le secret est toutefois imposé par la loi elle-même.

⁵² Qu'une certaine personne ait exprimé une certaine opinion est toutefois à considérer comme un fait.

⁵³ ATF 116 IV 56 (affaire Kopp), c. II/1a.

⁵⁴ ATF 114 IV 44, c. 2.

⁵⁵ ATF 115 IV 233, c. 2c.

⁵⁶ ATF 116 IV 56, c. II/1b.

⁵⁷ ATF 114 IV 44, c. 3a.

⁵⁸ C'est-à-dire qu'il existera un fait justificatif rendant un acte, pourtant typique de l'infraction, licite.

implique que l'infraction ne peut être consommée que lorsque le tiers en question prend connaissance du secret. Vu qu'il s'agit d'un délit matériel, il ne suffit donc pas que l'auteur rende accessible le secret ; il faut encore que ce dernier arrive à la connaissance d'un tiers non autorisé. Si tel ne devait pas être le cas, il s'agirait d'une tentative de violation du secret de fonction⁵⁹.

f) Le lien de causalité

Comme pour tous les délits matériels, il est nécessaire de démontrer l'existence d'un lien de causalité entre l'acte et le résultat, soit ici entre la révélation du secret par l'auteur et la prise de connaissance de ce secret par un tiers⁶⁰.

2. L'élément constitutif subjectif⁶¹

La violation du secret de fonction est une infraction intentionnelle (art. 12 al. 1 CP) qui suppose dès lors la conscience et la volonté de réaliser chacun des éléments constitutifs de l'infraction (art. 12 al. 2 CP), le dol éventuel suffisant à réaliser l'intention (art. 12 al. 2, seconde phrase CP).

E. La violation du secret professionnel (art. 321 CP)⁶²

La violation du secret professionnel consiste, pour une personne exerçant une des activités listées à l'art. 321 CP (ecclésiastiques, professionnels du droit, professionnels de la médecine, etc.), à révéler à un tiers non autorisé une information secrète apprise en raison de sa profession. L'institution du secret professionnel sert aussi bien les intérêts du professionnel (en permettant une relation de confiance entre lui et son client), ceux du maître du secret (fidèle, client, patient, etc.), ceux de l'État (ou plutôt l'intérêt public à ce qu'une profession puisse être exercée efficacement)⁶³ que ceux de tiers concernés par le secret. Les biens juridiquement protégés par cette disposition sont ainsi multiples et variés.

⁵⁹ À ce sujet, cf. notamment DUPUIS ET AL. *ad* art. 320, N 29 ; CORBOZ *ad* art. 320, N 39.

⁶⁰ Notons ici que la révélation d'un secret de fonction à un tiers qui en avait déjà connaissance peut, dans certaines situations, être considérée comme une confirmation d'un fait secret et donc tomber elle aussi sous le coup de l'art. 320 CP (ATF 75 IV 71, c. 2).

⁶¹ Les considérations faites ici sont minimales. Les auteurs renvoient dès lors le lecteur à des textes plus approfondis sur la matière (cf. par exemple KILLIAS/KUHN/DONGOIS 2016, N 301 ss).

⁶² Pour des développements complémentaires à ceux présentés ici, cf. entre autres CHAPPUIS *ad* art. 321 ; DUPUIS ET AL. *ad* art. 321 ; OBERHOLZER *ad* art. 320 ; CORBOZ *ad* art. 321, vol. II, pp. 750-780 ; ainsi que les références qui y sont citées.

⁶³ ATF 117 Ia 341, c. 6a.

Le délit de violation du secret professionnel est un délit propre pur (seule une catégorie de professionnels peut le commettre⁶⁴) poursuivi sur plainte⁶⁵. Il s'agit par ailleurs d'un délit matériel – nécessitant donc un résultat –, puisque l'art. 321 CP ne sera violé que dans l'hypothèse où un tiers aura effectivement pris connaissance de l'information couverte par le secret.

1. Les éléments constitutifs objectifs

a) L'auteur

Comme mentionné ci-dessus, l'auteur ne peut être qu'une personne mentionnée dans la liste exhaustive⁶⁶ de l'art. 321 ch. 1 CP. Un tiers ne pourrait être que participant secondaire, soit complice ou instigateur. Sont dès lors directement concernés les ecclésiastiques en charge de tâches pastorales (évêques, prêtres, pasteurs, rabbins, imams, etc.) – et non pas ceux qui sont en charge de tâches sociales uniquement (gourou d'une secte, membre de l'Armée du Salut) –, les avocats, les défenseurs en justice (soit des personnes sans brevet d'avocat, mais néanmoins admises à défendre un prévenu, conformément à l'art. 127 al. 5 *in fine* CPP⁶⁷), les notaires, les contrôleurs astreints au secret professionnel (c'est-à-dire les réviseurs astreints au secret professionnel, tels que prévu notamment à l'art. 730b al. 2 CO⁶⁸), les médecins (soit des personnes bénéficiant d'une formation médicale et ayant obtenu l'autorisation requise pour exercer une activité consistant à poser des diagnostics médicaux), les dentistes (c'est-à-dire des personnes bénéficiant d'une formation en médecine dentaire et ayant obtenu l'autorisation requise d'exercer), les pharmaciens, les sages-femmes⁶⁹, et leurs auxiliaires⁷⁰. L'art. 321 ch. 1 al. 2 CP ajoute à la liste des personnes concernées les étudiants des professions énumérées qui auraient appris un secret professionnel dans le cadre de leurs études.

⁶⁴ Notons ici que les professions non listées dans la disposition ne tombent pas sous le coup de l'art. 321 CP. Il en va ainsi des vétérinaires, des assistants sociaux, des assureurs, des journalistes, etc. Néanmoins, certaines professions non listées à l'art. 321 CP sont soumises à d'autres dispositions protégeant le secret, notamment les art. 162 et 321^{bis} CP, 28 CC, 35 LPD (RS 235.1), 47 LB (RS 952.0), 11 LAVI (RS 312.5).

⁶⁵ La personne habilitée à déposer plainte est celle en faveur de laquelle le secret est conçu.

⁶⁶ ATF 95 I 448, c. 2c ; ATF 83 IV 194 : l'art. 321 CP n'est donc pas applicable à une personne ne faisant pas partie de la liste et qui se serait engagée contractuellement à garder un secret.

⁶⁷ RS 312.0.

⁶⁸ RS 220.

⁶⁹ L'art. 321 CP ne s'applique dès lors pas aux psychologues, aux psychothérapeutes, aux physiothérapeutes, aux opticiens, etc.

⁷⁰ Notamment : secrétaire, catéchiste, diacre, collaborateur, clerc de notaire, stagiaire, détective privé mandaté par un avocat, aide-soignant, ambulancier, etc.

Il est à noter que le secret perdure même au-delà du temps d'engagement de la personne. C'est ainsi que l'art. 321 ch. 1 al. 3 CP prévoit que les révélations demeurent punissables alors même que l'emploi a pris fin.

b) Un secret

Un secret au sens de l'art. 321 CP consiste en un fait inconnu du public que le bénéficiaire a manifesté – expressément ou tacitement – vouloir garder confidentiel et pour lequel il possède un intérêt à ce qu'il reste confidentiel⁷¹. Dans la pratique, la notion de secret (au sens de l'art. 321 CP) est interprétée très largement.

c) Un secret appris dans l'exercice de la profession ou des études

Non seulement l'auteur doit-il être une personne listée à l'art. 321 CP et le fait dévoilé doit-il être un secret, mais encore faut-il que ce secret ait été porté à la connaissance de l'auteur en raison de sa profession ou dans le cadre des études entreprises.

d) La révélation du secret

Le comportement constitutif de l'infraction prévue à l'art. 321 CP est la révélation du secret, c'est-à-dire le fait de le porter à la connaissance d'un tiers qui ne fait pas partie du cercle des personnes autorisées, ou de le lui rendre accessible.

Mentionnons au passage que l'acte n'est pas illicite⁷² lorsque la révélation a été faite avec le consentement de l'intéressé⁷³ ou avec l'autorisation écrite de l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance (art. 321 ch. 2 CP). Il en est de même lorsqu'il en va de l'intérêt d'un mineur, auquel cas la personne astreinte au secret professionnel peut néanmoins aviser l'autorité de protection de l'enfant des infractions commises à l'encontre de celui-ci (art. 364 CP).

e) La prise de connaissance du secret par un tiers non autorisé

Selon le libellé de l'infraction de violation du secret professionnel (art. 321 CP), celle-ci nécessite la révélation du secret à une personne non autorisée. Une telle révélation implique que l'infraction ne peut être consommée que lorsque le tiers en question prend connaissance du secret. Vu qu'il s'agit d'un délit matériel, il ne suffit donc pas que l'auteur rende accessible le secret ; il faut encore que ce dernier arrive à la connaissance d'un tiers

⁷¹ ATF 112 Ib 606, c. 2b.

⁷² C'est-à-dire qu'il existera un fait justificatif rendant un acte, pourtant typique de l'infraction, licite.

⁷³ Ce consentement peut être exprès, tacite ou résulter d'actes concluants ; ATF 98 IV 217, c. 2.

non autorisé. Si tel ne devait pas être le cas, il s'agirait d'une tentative de violation du secret professionnel⁷⁴.

f) Le lien de causalité

Comme pour tous les délits matériels, il est nécessaire de démontrer l'existence d'un lien de causalité entre l'acte et le résultat, soit ici entre la révélation du secret par l'auteur et la prise de connaissance de ce secret par un tiers⁷⁵.

2. L'élément constitutif subjectif⁷⁶

La violation du secret professionnel est une infraction intentionnelle (art. 12 al. 1 CP) qui suppose dès lors la conscience et la volonté de réaliser chacun des éléments constitutifs de l'infraction (art. 12 al. 2 CP), le dol éventuel suffisant à réaliser l'intention (art. 12 al. 2, seconde phrase CP).

F. La contrainte (art. 181 CP)⁷⁷

L'acte de contrainte revient à obliger autrui à faire, à s'abstenir de faire ou à laisser faire un acte en l'entravant dans sa liberté d'action, notamment en usant de violence à son encontre ou en le menaçant d'un dommage sérieux. Le bien juridique protégé est ainsi la liberté de décision et d'action, plus particulièrement la « libre formation et le libre exercice de la volonté »⁷⁸. L'art. 181 CP est un délit commun (qui peut donc être commis par tout un chacun) de résultat (la contrainte n'étant consommée que lorsque la victime adopte, au moins en partie, le comportement voulu par l'auteur)⁷⁹.

⁷⁴ À ce sujet, cf. notamment DUPUIS ET AL. *ad* art. 321, N 33 ; CORBOZ *ad* art. 321, N 91.

⁷⁵ Notons ici que la révélation d'un secret de fonction à un tiers qui en avait déjà connaissance peut, dans certaines situations, être considérée comme une confirmation d'un fait secret et donc tomber elle aussi sous le coup de l'art. 320 CP (ATF 75 IV 71, c. 2).

⁷⁶ Les considérations faites ici sont minimales. Les auteurs renvoient dès lors le lecteur à des textes plus approfondis sur la matière (voir par exemple KILLIAS/KUHN/DONGOIS 2016, N 301 ss).

⁷⁷ Pour des développements complémentaires à ceux présentés ici, cf. entre autres DUPUIS ET AL. *ad* art. 181 ; DELNON/RÜDY *ad* art. 181 ; CORBOZ *ad* art. 181, vol. I, pp. 699-711 ; ainsi que les références qui y sont citées.

⁷⁸ ATF 141 IV 1, c. 3.3.1.

⁷⁹ ATF 129 IV 262, c. 2.7.

1. Les éléments constitutifs objectifs

a) Un moyen de contrainte

Le moyen de contrainte mentionné par l'art. 181 CP est de deux ordres : d'une part, l'usage de la violence et, d'autre part, la menace d'un dommage sérieux. Pour ce qui est de l'usage de la violence, il s'agit d'une action physique de l'auteur sur la personne de la victime. L'acte commis par l'auteur pour imposer sa volonté – qu'il soit violent ou non – doit être propre à entraver la victime dans sa liberté d'action⁸⁰. Quant à la menace d'un dommage sérieux, – contrairement à la violence qui suppose une action sur le corps ou les sens de la victime –, elle consiste en un moyen de pression psychologique. Il y a menace d'un dommage sérieux lorsque la perspective de l'inconvénient est de nature à entraver le destinataire dans sa liberté de décision⁸¹.

b) Le caractère illicite de la contrainte

Pour que la contrainte au sens de l'art. 181 CP soit réalisée, l'usage d'un moyen de contrainte ne suffit pas ; encore faut-il que le recours à la contrainte soit illicite dans le cas d'espèce⁸². Il est dès lors nécessaire de mettre en regard le moyen utilisé et le but poursuivi, puisqu'un même acte de contrainte peut être licite ou illicite suivant les circonstances. La contrainte est illicite lorsque le moyen⁸³ ou le but⁸⁴ est contraire au droit, lorsque le moyen est disproportionné pour atteindre le but visé⁸⁵, ou encore s'il constitue une pression abusive ou contraire aux mœurs⁸⁶.

c) Un comportement engendré par la contrainte

Le moyen de contrainte illicite utilisé à l'endroit d'une personne doit de surcroît avoir obligé celle-ci à faire, à ne pas faire ou à laisser faire un acte⁸⁷. Il n'est pas nécessaire que la victime ait été mise en état d'impossibilité de résister ; il suffit qu'elle ait été atteinte dans sa liberté d'action de manière à ce que sa volonté paraisse avoir été engendrée par autrui.

⁸⁰ ATF 101 IV 167, c. 2.

⁸¹ ATF 122 IV 322, c. 1a.

⁸² ATF 129 IV 262, c. 2.1.

⁸³ ATF 101 IV 298 ; ATF 101 IV 42.

⁸⁴ ATF 101 IV 167, c. 5.

⁸⁵ ATF 106 IV 125, c. 3a.

⁸⁶ ATF 115 IV 207, c. 2c/cc.

⁸⁷ ATF 101 IV 167, c. 3.

d) Un lien de causalité entre le moyen et le comportement

Pour que l'infraction de l'art. 181 CP soit réalisée, il faut encore qu'il existe un lien de causalité entre le moyen de contrainte utilisé par l'auteur et l'entrave à la liberté d'action de la victime.

2. L'élément constitutif subjectif⁸⁸

La contrainte est une infraction intentionnelle (art. 12 al. 1 CP) qui suppose dès lors la conscience et la volonté de réaliser chacun des éléments constitutifs de l'infraction (art. 12 al. 2 CP), le dol éventuel suffisant à réaliser l'intention (art. 12 al. 2, seconde phrase CP)⁸⁹.

III. Le droit pénal appliqué aux relations entre un employeur et ses employés

Dans le présent chapitre, nous tenterons de faire un peu de casuistique et donc de faire correspondre les dispositions pénales décrites précédemment à des situations concrètes d'interactions dans le monde du travail.

A. En résumé

Pour vulgariser ce qui a été vu jusqu'ici, on peut mentionner que :

Dans le domaine des faux

- Un titre (au sens des art. 251 et 110 al. 4 CP) est un document destiné et propre à prouver un fait ayant une portée juridique ;
- Le caractère de titre d'un document est relatif, en ce sens que certaines parties d'un document peuvent être destinées et propres à prouver, alors que d'autres parties non ;
- Le certificat (au sens de l'art. 252 CP) est un écrit attestant l'identité, les capacités personnelles, les qualités ou les comportements d'un individu ;
- Le certificat est un titre ;

⁸⁸ Les considérations faites ici sont minimales. Les auteurs renvoient dès lors le lecteur à des textes plus approfondis sur la matière (cf. par exemple KILLIAS/KUHN/DONGOIS 2016, N 301 ss).

⁸⁹ ATF 101 IV 42, c. 4 ; ATF 120 IV 17, c. 2c.

- Le faux dans les certificats est une infraction privilégiée de faux dans les titres⁹⁰ ;
- L'art. 251 CP s'applique à chaque fois que le dessein spécial de porter atteinte aux intérêts pécuniaires ou aux droits d'autrui est réalisé, alors que l'art. 252 CP s'applique si le but est exclusivement de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite⁹¹ ;
- Le certificat médical (au sens de l'art. 318 CP) est un titre ;
- Le faux certificat médical (au sens de l'art. 318 CP) est un vrai certificat médical – établi par un vrai médecin – attestant une contrevérité dans le but de favoriser le patient.

Dans le domaine des secrets

- La violation d'un secret – aussi bien de fonction que professionnel – est un délit matériel nécessitant qu'un tiers non autorisé ait pris connaissance de l'information secrète ;
- Un secret ne peut être levé que par la personne concernée⁹² ou une autorité compétente ;
- Si la violation d'un secret de fonction est une infraction poursuivie d'office, la poursuite d'une violation du secret professionnel nécessite le dépôt d'une plainte pénale.

Dans le domaine de la contrainte

- La contrainte (au sens de l'art. 181 CP) consiste en la mise sous pression d'un individu dans le but de l'obliger à faire, à ne pas faire ou à laisser faire un certain acte ;
- Un certificat peut, dans certains cas, être un moyen de contrainte ; il en va notamment ainsi lorsqu'un employeur menace de ne pas établir de certificat de travail si l'employé ne démissionne pas « de son plein gré »⁹³.

⁹⁰ Comme mentionné précédemment, cela signifie, d'une part, qu'il ne suffit pas de démontrer qu'un acte réalise l'infraction de l'art. 251 CP, mais qu'il faudra aussi démontrer qu'il ne réalise pas le cas privilégié de l'art. 252 CP avant de reconnaître l'auteur coupable de faux dans les titres au sens de l'art. 251 CP et, d'autre part, qu'un concours entre les art. 251 et 252 CP pour un même acte n'est pas envisageable.

⁹¹ C'est ainsi que l'usage d'une fausse carte d'étudiant est un faux dans les certificats lorsqu'il s'agit d'attester la qualité d'étudiant (pour participer à une manifestation réservée aux étudiants), mais un faux dans les titres lorsqu'il s'agit de l'outil permettant d'obtenir un rabais dans un musée.

⁹² Ce cas de figure ne concerne que le secret professionnel et non le secret de fonction.

⁹³ ATF 107 IV 35, c. 3a.

B. En conséquence

De tout cela, on peut tirer les conclusions suivantes⁹⁴ :

- Le certificat de travail – en ce qu’il prouve l’existence d’une relation de travail – est un titre (art. 251 CP), mais le même certificat de travail – en ce qu’il atteste des compétences, favorisant ainsi l’employé – est un titre tombant sous la définition du certificat (art. 252 CP)⁹⁵ ;
- Le certificat de salaire – en ce qu’il prouve un montant d’argent touché au titre de salaire – est un titre (art. 251 CP)⁹⁶ ;
- Si le faux certificat médical établi par un médecin tombe sous le coup de l’art. 318 CP, le certificat médical falsifié par le patient est un faux dans les titres (art. 251 CP) ;
- Un faux certificat médical établi par un médecin à la demande de son patient réalise les conditions de l’art. 318 CP pour le médecin et celles de l’art. 26 CP pour le patient qui sera reconnu coupable d’instigation à faux certificat médical et qui verra donc sa peine atténuée par rapport à celle qui aurait été prononcée à son encontre s’il avait été l’auteur de l’infraction ;
- Si un patient utilise, en connaissance de cause, un faux certificat médical, il tombera sous le coup de l’usage de faux dans les titres au sens de l’art. 251 ch. 1 al. 3 CP ;
- Si un employeur demande au médecin des informations complémentaires à celles figurant sur le certificat médical établi par celui-ci et que le médecin fournit ces informations alors qu’elles tombent sous le coup du secret médical, le médecin pourra sur plainte être poursuivi pour violation de son secret (art. 321 CP)⁹⁷, et l’employeur pour instigation à délit propre au sens de l’art. 26 CP.

⁹⁴ À ce sujet, cf. également VERDE.

⁹⁵ C’est ainsi que l’employeur qui, dans le dessein d’améliorer la situation de son employé, établit un certificat de travail qui omet certains éléments négatifs importants ou qui exagère certaines compétences de l’employé commet un faux dans les certificats (à ce propos voir ATF 101 II 69).

⁹⁶ Cf. toutefois TF 6B_382/2011 du 26 septembre 2011, c. 2.2, qui ne retient pas la qualité de titre pour un certificat de salaire car celui-ci ne revêtirait pas de force probante accrue. Cette jurisprudence est néanmoins douteuse car il semble aujourd’hui aller de soi que les certificats de salaires sont régulièrement utilisés comme moyen de preuves, par exemple par les bailleurs lorsqu’il s’agit de déterminer qui sera le futur locataire d’un bien immobilier.

⁹⁷ TF 6B_1199/2016 du 4 mai 2017.

C. Que dit la jurisprudence ?

Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'établissement d'un faux n'est pas pénalement répréhensible en soi ; encore faut-il que certaines conditions supplémentaires soient réalisées. Nous commencerons dès lors par lister une série de faux pour lesquels la jurisprudence (ou parfois la doctrine) a considéré que ces autres conditions sont réalisées et a donc condamné l'auteur du faux :

- Est un faux dans les titres le rapport établi par un fonctionnaire et non exclusivement destiné à un usage interne à l'administration⁹⁸ ;
- Le certificat de travail étant un titre⁹⁹, le faux certificat de travail est un faux dans les titres. Néanmoins, le Tribunal fédéral¹⁰⁰ et le Tribunal cantonal bâlois¹⁰¹ ont retenu la notion de certificat pour qualifier le certificat de travail¹⁰² ;
- Le carnet d'absences a également été reconnu comme étant un titre dont la falsification entraîne l'application de l'art. 251 CP par le Tribunal cantonal des Grisons ; en l'occurrence, le tribunal a retenu le faux dans les certificats¹⁰³ ;
- Est un faux dans les titres le fait, pour un médecin, de donner de fausses indications sur une feuille maladie remplie à l'intention d'une caisse maladie¹⁰⁴ ;
- L'ordonnance médicale constituant un titre¹⁰⁵, la fausse ordonnance est un faux dans les titres¹⁰⁶ ;
- Le certificat médical a été retenu comme étant un titre dont la falsification entraîne l'application de l'art. 251 CP par le Tribunal cantonal du canton de Schwytz¹⁰⁷. Lorsque cette falsification est faite dès sa création par le médecin, il s'agira toutefois d'un faux certificat médical au sens de l'art. 318 CP ;

⁹⁸ ATF 93 IV 49, c. III/2a.

⁹⁹ VERDE, p. 145.

¹⁰⁰ ATF 95 IV 68 ; ATF 101 II 69.

¹⁰¹ Arrêt de l'Appellationsger du canton de Bâle-Ville du 15 octobre 1986.

¹⁰² Les juges bâlois ont en effet considéré que, dans une procédure d'engagement d'un nouvel employé, l'usage d'un certificat de travail faux ne s'achève qu'au moment où l'employeur a pris une décision au sujet de la candidature de la personne ayant fait usage dudit faux.

¹⁰³ Arrêt du Tribunal cantonal du canton des Grisons du 21 février 1956.

¹⁰⁴ ATF 130 IV 178 : « La feuille de maladie constitue un titre propre à établir l'exactitude des indications que le médecin y a inscrites ».

¹⁰⁵ PETERMANN, pp. 458-460, principalement 460.

¹⁰⁶ À ce sujet, cf. TF 6P.6/2007 du 4 mai 2007, c. 9.1. Cf. toutefois TF 6S.770/1995 du 26 juin 1996, qui considère l'ordonnance médicale sous l'angle du faux dans les certificats (arrêt cité par BOOG *ad* art. 252, N 20).

¹⁰⁷ Arrêt du Tribunal cantonal du canton de Schwytz du 3 janvier 1955.

- Les copies de certificats sont à traiter comme des certificats ; ainsi la personne qui fait usage de fausses copies de certificats pour obtenir une place contrevient à l'art. 252 ch. 1 al. 3 CP¹⁰⁸.

N'ont par contre pas – ou partiellement seulement – été retenus comme étant des faux punissables :

- Le certificat de salaire ; même s'il a initialement été retenu que l'établissement d'une fausse attestation de salaire destinée à l'autorité fiscale réalisait l'infraction de faux dans les titres¹⁰⁹, une jurisprudence plus récente indique qu'un certificat de salaire au contenu inexact n'est pas un faux dans les titres car il ne revêt pas de force probante accrue¹¹⁰. De surcroît, l'établissement d'un décompte de salaire mentionnant un faux nom n'est pas constitutif de l'infraction de faux intellectuel car un tel document n'est pas propre à prouver l'identité d'un employé¹¹¹ ;
- Le contrat de travail inexact, dès lors qu'un contrat en la forme écrite simple, dont le contenu est faux, ne revêt en principe pas de force probante accrue¹¹². Néanmoins, plus récemment, le contrat d'engagement d'une danseuse de cabaret a été reconnu comme étant un titre¹¹³ ;
- Les rapports hebdomadaires établis par un employé pour son employeur relatifs à ses frais ; en effet il ne s'agit pas là de titres, puisque des décomptes de frais ne prouvent en rien la véracité de leur contenu. Par contre lorsque le même document est utilisé pour attester la véracité d'un déplacement professionnel, il s'agit d'un titre qui peut donc être falsifié¹¹⁴.

À propos des faux – par exemple le faux certificat de travail –, mentionnons encore que, souvent, ils sont utilisés comme *instrumenta sceleris* dans la commission d'autres infractions telles que l'escroquerie (art. 146 CP) ou l'obtention illicite de prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale (art. 148a CP).

Pour ce qui est de la violation d'un secret :

- Si un employeur demande à un médecin des informations complémentaires à celles figurant sur le certificat médical dûment établi et que celui-ci fournit des informations

¹⁰⁸ ATF 70 IV 169.

¹⁰⁹ ATF 81 IV 166.

¹¹⁰ TF 6B_382/2011 du 26 septembre 2011, c. 2.2. Nous le répétons une fois encore ici, cette jurisprudence est à notre sens douteuse ; à ce sujet, voir note 96.

¹¹¹ ATF 118 IV 363, c. 2b.

¹¹² ATF 123 IV 61 c. 5c/cc.

¹¹³ ATF 128 IV 265, c. 1.2.

¹¹⁴ ATF 88 IV 28.

complémentaires tombant sous le coup du secret médical, il pourra sur plainte être poursuivi pour violation de son secret (art. 321 CP)¹¹⁵.

Et, finalement, quant à la contrainte :

- La menace faite par l'employeur de ne pas délivrer un certificat de travail à son employé si ce dernier ne donne pas spontanément sa démission sans exiger d'explication sur les motifs de son départ est constitutive d'une contrainte au sens de l'art. 181 CP¹¹⁶.

IV. Le droit pénal est-il propre à pacifier les relations de travail ?

A. Les fonctions du droit pénal en général

Selon certains, le droit pénal ne sert à rien d'autre qu'à marquer le pouvoir de l'État sur ses administrés¹¹⁷. Aucune guerre n'ayant jamais servi la paix, pourquoi en irait-il autrement en matière de criminalité ? Si la « guerre » contre le crime avait la moindre chance d'éradiquer ou de faire diminuer la criminalité, nous vivrions depuis longtemps dans une société sans crime. En effet, depuis des milliers d'années, l'être humain édicte des lois interdisant de tuer autrui. Depuis des milliers d'années, on sanctionne les meurtriers. Pourtant, aujourd'hui comme hier, on observe que certains individus commettent des homicides. Partant de surcroît du constat que bon nombre d'atrocités commises dans le courant du XX^e siècle l'ont été *au nom de la loi*, certains criminologues proposent l'abolition pure et simple de cette loi et donc une société sans droit pénal. C'est ce que l'on appelle la criminologie « critique » ou « radicale »¹¹⁸. Ces abolitionnistes avancent que les sanctions informelles (c'est-à-dire celles qui ne sont pas contenues dans des textes de loi, tels que le blâme, l'exclusion du groupe d'amis, la réprobation sociale, etc.) seraient suffisantes pour réguler notre société. Par opposition, les sanctions formelles (soit celles qui sont infligées par les autorités, au nom de la loi) seraient donc inutiles. À cela, d'autres criminologues répondent que les sanctions informelles seraient insuffisantes, voire inexistantes, si elles n'étaient pas précédées par une réaction sociale formelle à la suite de la commission d'une infraction¹¹⁹. Cette seconde conception est aujourd'hui dominante, raison pour laquelle le législateur édicte encore et toujours des lois pénales en

¹¹⁵ TF 6B_1199/2016 du 4 mai 2017.

¹¹⁶ ATF 107 IV 35, c. 3a.

¹¹⁷ DURKHEIM, Livre I, Chapitre II, par. IV ; CHAUVENET/ORLIK.

¹¹⁸ À ce sujet, cf. par exemple HULSMAN/BERNAT DE CELIS ; ROBERT ; KUHN 2009.

¹¹⁹ Sur le rôle des sanctions informelles, cf. KILLIAS/AEBI/KUHN, N 1024 ss.

imaginant ainsi régler des problèmes sociaux dont on ignore souvent la source, mais dont on croit savoir comment les combattre efficacement. Criminaliser de nouveaux comportements procure peut-être le sentiment de s'attaquer à un phénomène et donne surtout bonne conscience, alors qu'en réalité, toute criminalisation équivaut à un aveu d'échec d'une politique sociale. Ce n'est en effet que parce que d'autres moyens de résoudre un problème échouent que l'on criminalise. C'est ainsi notamment que la consommation de stupéfiants n'est pas un problème pénal, mais bien un problème de santé publique géré de façon désastreuse par le politique, et qu'il ne serait pas nécessaire de criminaliser la circulation routière si des politiques de prévention adéquates¹²⁰ étaient enfin mises en œuvre.

B. Les fonctions du droit pénal en matière de relations de travail – faudrait-il un *droit pénal social* en Suisse ?

Mais qu'en est-il en matière de droit du travail ? Nous avons laissé entendre tout au long de la présente contribution qu'il n'existe probablement pas de volonté du législateur de protéger les relations de travail en tant que telles par la criminalisation des faux dans les titres, de la divulgation de certains secrets ou encore de la contrainte.

Un tel constat pourrait être considéré comme étant paradoxal, au vu notamment de la forte volonté du législateur d'intégrer dans *chaque* loi des dispositions pénales ; tel est par exemple le cas dans la Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr)¹²¹, la Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN)¹²², la Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS)¹²³, la Loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI)¹²⁴, la Loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (LPC)¹²⁵, la Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service ou de maternité (LAPG)¹²⁶, la Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI)¹²⁷, la Loi fédérale sur l'assurance-maladie

¹²⁰ Nous entendons ici autant la prévention par la conscientisation des automobilistes que la prévention situationnelle consistant par exemple à limiter physiquement la vitesse à laquelle peut rouler un véhicule automobile sur un certain tronçon routier, ou à rendre impossible de mettre en marche une voiture sans avoir à souffler dans un éthylomètre relié au système d'allumage du véhicule (à ce sujet, cf. KUHN 2015). Pour d'autres exemples, cf. KILLIAS, pp. 383 s.

¹²¹ RS 822.11.

¹²² RS 822.41.

¹²³ RS 831.10.

¹²⁴ RS 831.20.

¹²⁵ RS 831.30.

¹²⁶ RS 834.1.

¹²⁷ RS 837.0.

(LAMal)¹²⁸, la Loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA)¹²⁹ et la Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (LPP)¹³⁰.

De plus, même en droit privé, le législateur a introduit des « sanctions », c'est-à-dire des normes juridiques ayant une finalité punitive. De telles normes visent en effet un but absolu ou relatif de punition et non une finalité compensatrice vis-à-vis des intérêts de la victime. Pareilles « sanctions » peuvent être infligées à « l'auteur » sans qu'interviennent les restrictions « gênantes » qui découlent des garanties de protection du prévenu du droit pénal¹³¹. On trouve de telles dispositions par exemple dans le Code des obligations – notamment en matière de contrat de travail –, ainsi que dans la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg)¹³².

Cependant, force est de constater que les dispositions pénales mentionnées dans la présente contribution – notamment celles concernant les faux –, servent bien davantage à faciliter la poursuite d'autres infractions pénales, telles que l'escroquerie (art. 146 CP) ou l'obtention illicite de prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale (art. 148a CP), et que celles du droit pénal accessoire ont principalement pour but de soutenir l'application des obligations contenues dans les différentes lois.

Ce ne sont donc ni l'effet dissuasif, ni l'effet positif du droit pénal qui sont attendus dans ce contexte¹³³. L'utilité du droit pénal dans le contexte des relations de travail semble plutôt être qu'il puisse servir à créer des obligations compensatrices qui seront

¹²⁸ RS 832.10.

¹²⁹ RS 832.20.

¹³⁰ RS 831.40.

¹³¹ HEIZMANN, N 958, p. 459, avec une énumération de telles dispositions.

¹³² RS 151.1. À ce sujet, cf. aussi ATF 123 III 391 et 394, c. 3b/cc : « La doctrine dominante, se fondant sur les travaux préparatoires, admet que l'indemnité prévue par l'art. 336a CO revêt un caractère mixte, puisqu'elle vise une fin préventive et une fin réparatrice » et c. 3c : « Ainsi, comme le montrent les travaux préparatoires et conformément à l'avis de la doctrine dominante, il faut s'en tenir au principe, énoncé dans plusieurs arrêts du Tribunal fédéral, voulant que les indemnités prévues aux art. 336a et 337c al. 3 CO aient une double finalité, punitive et réparatrice. La finalité en partie réparatrice de l'indemnité résulte des mots mêmes utilisés par le législateur pour la désigner (indemnité, Entschädigung, indennità) ; elle découle aussi du fait que cette indemnité est versée non pas à l'État, comme une amende pénale, mais à la victime elle-même. Certes, l'indemnité ne représente pas des dommages-intérêts au sens classique, car elle est due même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage ; revêtant un caractère *sui generis*, elle s'apparente à la peine conventionnelle [...] ». Pour une discussion approfondie et critique, cf. HEIZMANN, pp. 123-172.

¹³³ En matière de prévention générale et/ou spéciale, on parle d'effet dissuasif *néгатif* lorsque l'on se réfère à l'idée que le fait de poursuivre et punir entraînera une abstention de certains comportements socialement non désirés, et d'effet dissuasif *positif* lorsque la punition des actes illicites permet de conforter les individus dans des comportements respectueux du droit. Sur les termes de prévention générale et spéciale, cf. KILLIAS/KUHN/DONGOIS 2016, N 1218 ; KILLIAS/AEBI/KUHN 2012, N 1001 ss.

éventuellement plus efficaces que le faible effet dissuasif de la sanction pénale. Pour illustrer ce qui précède, mentionnons l'arrêt du Tribunal fédéral selon lequel, depuis 1975, les personnes ou entreprises chargées de délivrer les certificats de travail peuvent être reconnues responsables au sens des art. 41 ss CO pour l'acte illicite dérivant de l'établissement d'un faux certificat de travail. En effet, l'administrateur délégué et président du conseil d'administration a, en l'espèce, délivré un certificat de travail impeccable pour le responsable administratif, alors que ce dernier s'est rendu coupable de détournement d'argent. En conséquence, l'administrateur a été condamné en deuxième instance à 1'000 francs d'amende pour faux dans les certificats. Mais ce qui a sans doute été le plus perturbant pour lui ainsi que pour sa société est qu'ils ont été condamnés à rembourser solidairement une partie, soit 150'000 francs, du dommage subi par le nouvel employeur qui avait également été victime d'un détournement par le même employé¹³⁴.

Il découle de ce qui précède que c'est la *fonction auxiliaire* du procès pénal en vue de la revendication des prétentions civiles qui rend le droit pénal attractif ; c'est sa *fonction de générateur de moyens de preuves* pour les procédures civiles ou administratives qui le rend utile ; c'est la *production de l'établissement des faits* pendant l'enquête qui est pratique¹³⁵.

Par conséquent, il se pose la question fondamentale suivante : comment peut-on dès lors justifier le fait d'imposer des peines privatives de liberté, des peines pécuniaires, des amendes et comment peut-on justifier l'application d'une procédure pénale avec toutes les contraintes et stigmatisations qu'elle impose ?

L'instrumentalisation du droit pénal à des fins qui ne lui sont pas propres devrait en effet être évitée pour revenir à son idée centrale de maintien de l'ordre public et de protection des biens juridiques contre les comportements que la société considère comme étant très nuisibles, tellement nuisibles qu'il faut les punir ; tellement nuisibles qu'il n'est pas envisageable de se contenter d'actions civiles ou administratives probablement vouées à l'échec¹³⁶.

Ainsi, si l'on retient cette fonction utilitaire dans le contexte des relations de travail et que l'on considère le droit pénal comme l'accessoire répressif nécessaire pour protéger les personnes impliquées dans des relations de travail corrompues par la malhonnêteté, les dispositions pénales pertinentes devraient être codifiées sous la forme d'un ensemble cohérent clairement destiné à poursuivre cet objectif. Il serait alors nécessaire de diversifier et renforcer les initiatives prévenant la commission d'infractions, ainsi que de créer un dispositif permettant un respect plus strict des droits fondamentaux (droits de la

¹³⁴ ATF 101 II 69 ; PORTMANN/PRZEZAK, p. 20.

¹³⁵ Pour une description pertinente dans ce sens de la « pénalisation » du droit bancaire privé, cf. EMMENEGGER et al., p. 210.

¹³⁶ À ce sujet, voir le chapitre IV/A.

défense, légalité des peines, proportionnalité entre l'infraction et la sanction), notamment lors de la phase préliminaire du procès pénal. En d'autres termes, il faudrait abandonner le recours aux « quasi-peines » du droit privé, revoir la structure – aujourd'hui dispersée – du droit pénal accessoire pertinent, dont le manque actuel de systématique engendre un risque d'inégalité des peines frappant des infractions de même gravité¹³⁷.

Pour atteindre ces buts, la Belgique a légiféré en 2011 en créant un Code pénal social¹³⁸ et a ainsi créé un « droit pénal social ». Le mérite de ce Code est de regrouper en un seul corpus la quasi-totalité des infractions de droit pénal social¹³⁹. Une prise de conscience est également perceptible dans les pays voisins, tels que la France et l'Allemagne, où la doctrine juridique a commencé – même sans code particulier – à traiter spécifiquement ce domaine du droit pénal, en le catégorisant parfois comme un sous-secteur du droit pénal économique¹⁴⁰, afin de le rendre plus cohérent.

Le droit pénal social en Suisse consisterait ainsi, à notre sens, à réunir toutes les dispositions pénales visant la protection des personnes dans des relations de travail (notamment celles de la Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce [LTr], de la Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir [LTN] et de la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes [LEg]), celles contenues dans le droit de la sécurité sociale, ainsi que les quelques dispositions du Code pénal dédiées spécifiquement à la protection du travailleur (telles que les art. 159 et 230 CP). Ce droit énumérerait dès lors toutes les infractions pertinentes, ainsi que les sanctions qui seraient applicables aux auteurs, mais également les règles permettant la répression des infractions en prenant en compte les différents acteurs impliqués. Ce n'est qu'ainsi qu'une protection cohérente et claire pourra véritablement être garantie et que les consciences pourront être aiguës – condition *sine qua non* pour une prévention effective des infractions. En d'autres termes, si l'on considère qu'il est nécessaire que le droit pénal s'en mêle, c'est de cette manière – et de celle-là seule – qu'il devrait s'en mêler.

¹³⁷ Cf., pour une telle critique déjà, NOLL, p. 29 s.

¹³⁸ Loi du 6 juin 2010 introduisant le Code pénal social, *M.B.*, 1^{er} juillet 2010.

¹³⁹ CLESSE, pp. 11 s. Un élargissement du droit pénal social à la violence et au harcèlement au travail a été approuvé par le Parlement belge en janvier 2016 et de nouvelles dispositions pénales sont entrées en force le 1^{er} mai 2016 ; <https://www.claeysengels.be>, p. « https://www.claeysengels.be/fr-be/news-events/news_events/a/newsflash/nouvelles-infractions-dans-le-code-penal-social-sanctions-pour-le-travail-au-noir-et-infractions-a-la-legislation-concernant-les-risques-psychosociaux-au-travail » (site consulté le 4 août 2017).

¹⁴⁰ MARTINEL/SALOMON ; RIEBLE ; GERCKE/KRAFT/RICHTER.

V. Bibliographie

- BOOG MARKUS, Commentaire de l'art. 110 al. 4 CP, *in* : Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (édit.), *Basler Kommentar, Strafrecht I*, 3^e édition, Bâle 2013.
- BOOG MARKUS, Remarques préliminaires à l'art. 251 CP, Commentaire des art. 251, 252 et 318 CP *in* : Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (édit.), *Basler Kommentar, Strafrecht II*, 3^e édition, Bâle 2013.
- CHAPPUIS BENOÎT, Commentaire de l'art. 321 CP, *in* : Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Nicolas Queloz (édit.), *Commentaire Romand, Code pénal II*, Bâle 2017.
- CHAUVENET ANTOINETTE/ORLIK FRANÇOISE, Sens de la peine et contrainte en milieu ouvert et en prison, *in* : *Déviance & Société* 2002, pp. 443-461.
- CLESSE CHARLES-ÉRIC, *Droit pénal social*, 2^e édition, Bruxelles 2016.
- CORBOZ BERNARD, *Les infractions en droit suisse*, volume I + II, 3^e édition, Berne 2010.
- DELNON VERA/RÜDY BERNHARD, Commentaire de l'art. 181 CP, *in* : Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (édit.), *Basler Kommentar, Strafrecht II*, 3^e édition, Bâle 2013.
- DUPUIS MICHEL/MOREILLON LAURENT/PIGUET CHRISTOPHE/BERGER SÉVERINE/MAZOU MIRIAM/RODIGARI Virginie (édit.), *Petit commentaire du Code pénal*, 2^e édition, Bâle 2017.
- DURKHEIM EMILE, *De la division du travail social*, Paris 1893.
- EMMENEGGER SUSAN/THÉVÉNOZ LUC/DÖBELI THIRZA/LEPORI LEANDRO, *Das schweizerische Bankprivatrecht 2016 – Le droit bancaire privé suisse 2016*, *in* : RSDA 2017, pp. 210-247.
- GERCKE BJÖRN/KRAFT OLIVER/RICHTER MARCUS, *Arbeitsstrafrecht : strafrechtliche Risiken und Risikomanagement*, 2^e édition, Heidelberg 2015.
- HEIZMANN RETO, *Strafe im schweizerischen Privatrecht. Phänomenologie und Grenzen gesetzlich begründeter Strafsanktionen des Privatrechts, Abhandlungen zum schweizerischen Recht*, volume 811, Berne 2015.
- HULSMAN LOUK/BERNAT DE CELIS JACQUELINE, *Peines perdues : le système pénal en question*, Paris 1982.
- KILLIAS MARTIN, *Prévenir la violence par la répression pénale ?*, *in* : RPS 2006, pp. 374-387.
- KILLIAS MARTIN/AEBI MARCELO/KUHN ANDRÉ, *Précis de criminologie*, 3^e édition, Berne 2012.
- KILLIAS MARTIN/KUHN ANDRÉ/DONGOIS NATHALIE, *Précis de droit pénal général*, 4^e édition, Berne 2016.
- KINZER DANIEL, Commentaire des art. 251 et 252 CP, *in* : Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Nicolas Queloz (édit.), *Commentaire Romand, Code pénal II*, Bâle 2017.
- KUHN ANDRÉ, *Peut-on se passer de la peine pénale ? – Un abolitionnisme à la hauteur des défis contemporains*, *in* : RThPh 2009, pp. 179-192.
- KUHN ANDRÉ, *Technologies embarquées et prévention du crime : quelques considérations criminologiques*, *in* : *Circulation Routière* 2/2015, pp. 46-50.
- MARTINEL AGNÈS/SALOMON RENAUD, *Droit pénal social : Droit pénal du travail et de la sécurité sociale*, 4^e édition, Paris 2017.
- NOLL PETER, *Nebenstrafrecht und Rechtsgleichheit*, *in* : *Revue Pénale Suisse* 1959, pp. 29-51.

- OBERHOLZER NIKLAUS, Commentaire de l'art. 110 al. 3 CP, *in* : Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 3^e édition, Bâle 2013.
- OBERHOLZER NIKLAUS, Commentaire des art. 320 et 321 CP, *in* : Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 3^e édition, Bâle 2013.
- PETERMANN FRANK THOMAS, Rechtliche Überlegungen zur Problematik der Rezeptierung und Verfügbarkeit von Natrium-Pentobarbital, *in* : AJP 2006, pp. 439-467.
- PORTMANN WOLFGANG/PRZEZAK PRZEMYSŁAW, Haftung des Arbeitgebers gegenüber Dritten für fehlerhafte Arbeitszeugnisse – Delikts- oder Vertrauenshaftung ?, *in* : ArbR 2012, pp. 13-45.
- RIEBLE VOLKER, Arbeitsstrafrecht als Wirtschaftsstrafrecht ?, *in* : Volker Rieble/Abbo Junker/Richard Giesen (édit.), Arbeitsstrafrecht im Umbruch, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, Munich 2009, pp. 17-48.
- ROBERT CHRISTIAN-NILS, L'abolition, *in* : Collectif « Octobre 2001 » (édit.), Comment sanctionner le crime ?, Ramonville 2002, pp. 35-50.
- SALMINA EDY/POSTIZZI MARIO, Commentaire de l'art. 318, *in* : Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Nicolas Queloz (édit.), Commentaire Romand, Code pénal II, Bâle 2017.
- SCHUBARTH MARTIN, Commentaire de l'art. 110 al. 4 CP, *in* : Robert Roth/Laurent Moreillon (édit.), Commentaire Romand, Code pénal I, Bâle 2009.
- VERDE MICHEL, Haftung für Arbeitszeugnis, Empfehlungsschreiben, Referenzauskunft und Referenzschreiben, *in* : Recht 2010, pp. 144-161.
- VERNIORY JEAN-MARC, Commentaire de l'art. 110 al. 3 CP, *in* : Robert Roth/Laurent Moreillon (édit.), Commentaire Romand, Code pénal I, Bâle 2009.
- VERNIORY JEAN-MARC, Commentaire de l'art. 320 CP, *in* : Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Nicolas Queloz (édit.), Commentaire Romand, Code pénal II, Bâle 2017.