

Avant-propos

Chaque employeur confectionne, transmet ou reçoit régulièrement des certificats de salaire, de travail ou médical. Sur le plan juridique, il s'agit de déterminer la nature, les conditions de validité, ainsi que les effets de tels documents.

C'est ainsi que pour tenter de répondre aux principales questions juridiques relatives aux certificats dans les relations de travail, nous avons organisé le 23 mars 2018 un colloque à l'Université de Neuchâtel, en collaboration avec la Chambre neuchâteloise du commerce et de l'industrie (CNCI).

Cet ouvrage comprend les actes du colloque sous la forme de cinq articles rédigés par des contributrices et contributeurs suisses romands, actifs dans l'enseignement et/ou la pratique du droit du travail, du droit fiscal et du droit pénal.

Nos vifs remerciements vont en premier lieu aux auteur-e-s qui ont rédigé des contributions de qualité malgré leur emploi du temps chargé. Ils s'adressent aussi à Mesdames Joanna David (cheffe de projet auprès de Schulthess éditions romandes) et Anouk Gillibert (collaboratrice administrative à l'Université de Neuchâtel), ainsi qu'à Monsieur Philippe Hajas (assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel), pour leur collaboration diligente et appréciée à la confection de l'ouvrage.

Neuchâtel, mars 2018

Prof. Jean-Philippe Dunand
Prof. Pascal Mahon
Co-directeurs du CERT

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

Table des abréviations

ACT	Formation en appréciation de la capacité de travail, proposée par la SIM
ACJC	Arrêt de la Cour de justice de Genève
<i>ad</i>	à
AFC	Administration fédérale des contributions
AI	Assurance-invalidité
AJP/PJA	Revue Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle
al.	alinéa(s)
ArbR	Revue Arbeitsrecht Aktuell
ARV/DTA	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung / Revue de droit du travail et d'assurance-chômage
art.	article(s)
ASSM	Académie suisse des sciences médicales
ATA	Arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice genevoise
AMG	Association des médecins du canton de Genève
ATAF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BK ZPO	Commentaire bernois de la loi fédérale sur la procédure civile suisse
Bak ZPO	Commentaire bâlois de la loi fédérale sur la procédure civile suisse
Bullméd	Revue Bulletin des médecins suisses
c.	considérant(s)
CAPH	Cour d'appel des prud'hommes du canton de Genève
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CCT	Convention collective de travail
cf.	confer
CFE	Les Chemins de fer fédéraux
CFST	Commission fédérale de coordination pour la sécurité au travail
ch.	chiffre(s)
CHUV	Centre hospitalier universitaire vaudois
CMV	Courier du médecin vaudois
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911, RS 220
COMAI	Centre d'observation médicale de l'assurance-invalidité
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, RS 312.0

Table des abréviations

CSI	Conférence suisse des impôts
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
CTT	Arrêté du Conseil fédéral établissant un contrat-type de travail pour le personnel soignant du 23 décembre 1971, RS 221.215.328.4
<i>cum</i>	En combinaison avec (en parlant d'un article de loi)
édit.	éditeur/éditeurs
EPF	École(s) polytechnique(s) fédérale(s)
EPFL	École polytechnique fédérale de Lausanne
et al.	<i>Et alii</i> , et d'autres
etc.	<i>et cetera</i> , et les autres choses
ex.	exemple
FAIF	Loi fédérale sur le financement et l'aménagement de l'infrastructure ferroviaire du 21 juin 2013, RS 742.140
FAQ	Foire aux questions du « Groupe de travail Certificat de salaire de la Conférence suisse des impôts »
FF	Feuille fédérale
FMH	Fédération des médecins suisses
Gén.	Généralités
GVP	Ausserrhoder Gerichts- und Verwaltungspraxis
HUG	Hôpitaux universitaires de Genève
<i>ibidem</i>	au même endroit
ICC	impôts cantonaux et communaux
<i>i.e</i>	<i>id est</i> , c'est-à-dire
IFD	impôt fédéral direct
<i>in fine</i>	à la fin
<i>infra</i>	plus bas
IST	Institut universitaire romand de santé au travail
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
JdT	Journal des Tribunaux
KuKo ZPO	Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981, RS 832.20
LACI	Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Loi sur l'assurance-chômage) du 25 juin 1982, RS 837.0
LAI	Loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959, RS 831.20
LAMAL	Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994, RS 832.10
LAPG	Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952, RS 834.1
LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946, RS 831.10

LAVI	loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions du 23 mars 2007, RS 312.5
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques) du 8 novembre 1934, RS 952.0
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance (Loi sur le contrat d'assurance) du 2 avril 1908, RS 221.229.1
LCR	Loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958, RS 741.01
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995, RS 151.1
let.	lettre(s)
LEtr	Loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005, RS 142.20
LHID	Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs de la Confédération, des cantons et des communes du 14 décembre 1990, RS 642.14
LICD/FR	Loi sur les impôts cantonaux directs du canton de Fribourg du 6 juin 2000, RS/FR 631.1
LIFD	Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990, RS 642.11
LI/BE	Loi sur les impôts du canton de Berne, RS/BE 661.11
LI/VD	Loi sur les impôts directs cantonaux du canton de Vaud du 4 juillet 2000, RS/VD 642.11
LIPP/GE	Loi sur l'imposition des personnes physiques genevoise du 27 septembre 2009
LPA/GE	Loi sur la procédure administrative genevoise du 12 septembre 1985, RS/GE E5 10
LPA/VD	Loi sur la procédure administrative vaudoise du 28 octobre 2008, RS/VD 137.36
LPAC	Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997, RS/GE B5 05
LPC	Loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI du 6 octobre 2006, RS 831.30
LPD	Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992, RS 235.1
LPJA/NE	Loi neuchâteloise sur la procédure et la juridiction administrative du 27 juin 1979, RS/NE 152.130
LPMéd	Loi fédérale sur les professions médicales universitaires du 23 juin 2006, RS 811.11
LPers	Loi fédérale sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000, RS 172.220.1
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000, RS 830.1
LPP	Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982, RS 831.40
LS/JU	Loi sanitaire jurassienne du 14 décembre 1990, RS/JU 810.01
LSE	Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989, RS 823.11
LSP/VD	Loi sur la santé publique vaudoise du 29 mai 1985, RS/VD 800.01

Table des abréviations

LTAF	Loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005, RS 173.32
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, RS 173.110
LTN	Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (Loi sur le travail au noir) du 17 juin 2005, RS 822.41
LTr	Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail) du 13 mars 1964, RS 822.11
LTrans	Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence) du 17 décembre 2004, RS 152.3
MSST	Appel à des médecins et autres spécialistes de la sécurité au travail, méthode de la CFST
N	note(s) marginale(s)
n°	numéro(s)
OACI	Ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983, RS 837.02
OCVM	Ordonnance du DETEC sur l'admission à la conduite de véhicules moteurs des chemins de fer du 27 novembre 2009, RS 742.141.21
OCIRT	Office cantonal de l'inspection et des relations de travail du canton de Genève
OFS	Office fédéral de la statistique
OLT1	Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000, RS 822.111
OLT3	Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail du 18 août 1993, RS 822.113
OLT5	Ordonnance 5 relative à la loi sur le travail du 28 septembre 2007, RS 822.115
OPA	Ordonnance sur la prévention des accidents du 19 décembre 1983, RS 832.30
op. cit.	<i>Opus citatum</i> , œuvre déjà citée
OPers	Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001, RS 172.220.111.3
OProMA	Ordonnance sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité du 20 mars 2001, RS 822.111.52
OREF	Ordre Romand des Experts Fiscaux
p./pp.	page/pages
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968, RS 172.021
par.	paragraphe(s)
<i>passim</i>	En plusieurs endroits
PDF	Portable Document Format
PF PDT	Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence
PCF	Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947, RS 273
RAI	Règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961, RS 831.201
RAVS	Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947, RS 831.101
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
REAS	Revue Responsabilité et Assurances

Recht	Revue Recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
RF	La Revue Fiduciaire
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RPAC	Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 24 février 1999, RS/GE B5 05.01
RPS	Revue pénale suisse
RS	Recueil systématique des lois fédérales (ou cantonales)
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RThPh	Revue de théologie et de philosophie
s/ss	suivant/suivants
SAJEC-FER	Service d'assistance juridique et conseils, Fédération des Entreprises Romandes du canton de Genève
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
SIM	Swiss Insurance Medicine, Communauté d'intérêts suisse de la médecine des assurances
SJ	Semaine Judiciaire
SSMC	Société suisse des médecins-conseils et des médecins d'assurances
StE	Revue Der Steuerentscheid
StR/RFi	Steuerrevue/Revue fiscale
SUVA/CNA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt/Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents
<i>supra</i>	plus haut
SZS/RSAS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge/ Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle
TAF	Tribunal administratif fédéral <i>ou</i> arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral <i>ou</i> arrêt non publié du Tribunal fédéral
TREX	Revue Der Treuhandexperte/L'expert judiciaire
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée
vol.	Volume
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz) vom 20. Dezember 1968, SR 172.021
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272
ZSR/RDS	Zeitschrift für Schweizerisches Recht/Revue de droit suisse
ZZZ/PCEF	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht/ Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée

PREMIERE PARTIE

Certificats de travail, de salaire et médical

FRANÇOISE MARTIN ANTIPAS

Certificats de travail

Sommaire	Page
I. Introduction	2
II. Généralités	4
A. Sources et notions	4
B. Droit du travailleur	5
C. Obligation de l'employeur	7
D. Protection et extinction	9
III. Principes applicables	10
IV. Contenu	12
A. Précisions liminaires	12
B. Nature des rapports de travail	13
1. Éléments à indiquer	13
2. Éléments à omettre	15
C. Durée des rapports de travail	15
1. Éléments à indiquer	15
2. Éléments à omettre	16
D. Qualité du travail	18
1. Éléments à indiquer	18
2. Éléments à omettre	18
E. Conduite du travailleur	19
1. Éléments à indiquer	19
2. Éléments à omettre	19
F. Informations supplémentaires	20
1. Autres mentions	20
2. Motif de fin des rapports de travail	20
3. Santé du travailleur	22
4. Formulations finales	23
G. Exemples jurisprudentiels	25
V. Forme	27
A. Mise en forme et rédaction	27
B. Langue	27
C. Lieu et date d'établissement	28
D. Signature	29
VI. Établissement	29
A. Documentation	29
B. Précédent certificat	30

C. Délai	30
D. Suspension	31
E. Envoi	31
VII. Tableau récapitulatif	32
VIII. Interprétation	32
IX. Cohérence avec les motifs du licenciement	33
A. Motivation du congé et licenciement abusif	34
B. Assurance-chômage	35
X. Références	35
XI. Contentieux	36
A. Action en délivrance et action en rectification	36
1. Généralités	36
2. Conclusions	37
3. Fardeau de la preuve	38
4. Valeur litigieuse	39
B. Action en licenciement abusif	40
C. Action en dommages-intérêts	40
XII. Responsabilité civile à l'égard des tiers	42
XIII. Conclusion	43
XIV. Bibliographie	45

I. Introduction

L'importance des certificats de travail est considérable : éléments jalonnant la carrière professionnelle des collaborateurs, ils peuvent être décisifs dans le cadre d'une recherche d'emploi. En plus de leur nature d'attestation, ils s'inscrivent généralement dans un contexte personnel plus global, voire émotionnel, dans la mesure où ils représentent une forme de reconnaissance qui se veut exacte et complète de l'activité humaine qu'une personne déploie ou a déployée durant son emploi.

Les certificats de travail acquis au fil des emplois sont primordiaux dans le dossier de postulation sur le marché du travail en Suisse. Ils confèrent une certaine visibilité à leurs auteurs. À l'autre bout, ils constituent une aide à la prise de décision : ils permettent d'appréhender les tâches accomplies dans les précédents emplois du postulant et de les confronter à celles envisagées dans la fonction en cause ; ils peuvent donner des indications sur les motifs des changements d'emploi, les formations et les développements professionnels ; ils sont censés renseigner sur les capacités du candidat, sa personnalité et ses compétences.

L'une des raisons pour lesquelles on donne tant d'importance au certificat de travail s'explique par le fait que le document n'atteste pas seulement des aspects objectifs relatifs aux périodes d'activité et à la fonction du collaborateur ; il contient aussi des éléments subjectifs d'appréciation de la qualité du travail accompli et du comportement du collaborateur. Compte tenu de leur portée, ces aspects subjectifs sont régulièrement discutés et nécessitent souvent des conseils, spécialement au moment du départ de l'employé.

En pratique, le document est souvent exploité au-delà de sa simple lecture, par une interprétation extensive des termes choisis, de leur ordre, ou même par l'analyse d'éléments omis. Cette exploitation du document rend en amont la pesée et l'arbitrage de tous les intérêts en présence d'autant plus périlleux. Des tensions latentes peuvent se cristalliser lors de la fin des rapports de travail, même réglée conventionnellement, entre l'employeur – qui seul a le privilège de la rédaction et entend donner l'image qu'il considère comme la plus fidèle – et l'employé – dont l'avenir économique est en jeu.

Ceci explique sans doute le fait que le certificat de travail tel qu'il est conçu en droit suisse ait été et soit remis en question : codes, problèmes d'interprétation, incertitudes juridiques, ou encore risques de manipulation, notamment. Si ces débats peuvent aller jusqu'au souhait d'un changement législatif, à plus forte raison dans un monde du travail en pleine mutation, ils rappellent à l'heure actuelle la nécessité de l'établissement soigné et professionnel d'un document juridiquement précis, exact et de qualité.

Face à une jurisprudence et une doctrine abondantes, à des sources de portées diverses et à la fréquence des questions rencontrées par le praticien, l'objectif de ces développements est de présenter un état des questions juridiques et d'apporter des réflexions pratiques¹. La présente contribution ne se veut pas exhaustive quant aux problématiques relatives aux certificats de travail et des choix ont été faits quant aux sources et jurisprudences citées. Ne sont pas traités le certificat d'apprentissage, les certificats de travail dans la fonction publique et les aspects pénaux. Seules les principales questions du contentieux que le praticien peut rencontrer sont mentionnées².

Après la présentation des généralités et notions de base (*infra* II.) et avant d'examiner les quatre éléments sur lesquels le certificat de travail complet doit porter (*infra* IV.), nous rappelons les principes applicables à l'établissement des certificats de travail (*infra* III.). Une fois son contenu arrêté, le certificat doit être mis en forme moyennant le respect de certaines exigences (*infra* V.), puis remis au collaborateur (*infra* VI. et VII. pour un tableau de synthèse). Le document en circulation est souvent interprété, parfois (encore) selon des

¹ Il a été tenu compte de la jurisprudence et de la doctrine jusqu'au 15 janvier 2018.

² Il est pour le surplus renvoyé à une contribution très récente sur le sujet, qui aborde en détail la problématique de la valeur litigieuse du certificat de travail : LAM, pp. 807 ss.

codes (*infra* VIII.). Dans une approche transversale, un certificat de travail ne doit pas être appréhendé pour lui-même, mais aussi en lien avec la motivation de la résiliation, y compris avec celle communiquée à l'assurance-chômage (*infra* IX.). Compte tenu des tensions entre les intérêts en présence et de l'importance du document, on comprend que la matière soit source de nombreux litiges soulevant diverses questions procédurales (*infra* XI.). En tant que vecteur d'informations et de renseignements remis à des tiers, le certificat de travail contient des données rassemblées par l'employeur, sur lesquelles celui-ci peut être amené à se prononcer (*infra* X.), en plus d'assumer la responsabilité de leur véracité, tant à l'égard de son collaborateur (*infra* XI. C.) qu'à l'égard des tiers (*infra* XII.).

II. Généralités

A. Sources et notions

L'art. 330a CO prévoit que « [l]e travailleur peut demander en tout temps à l'employeur un certificat portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que la qualité de son travail et sa conduite » (al. 1) et qu'« [à] la demande expresse du travailleur, le certificat ne porte que sur la nature et la durée des rapports de travail » (al. 2).

Cet article s'inscrit au sein des dispositions relatives aux obligations de l'employeur. Il s'agit d'une concrétisation de l'obligation de l'employeur de protéger la personnalité du travailleur (art. 328 CO), qui perdure après la fin des rapports de travail³ et oblige l'employeur à encourager l'avenir professionnel de son collaborateur⁴.

Le certificat de travail (complet) se définit comme un titre de droit privé que l'employeur établit à la demande du travailleur⁵, qui atteste fidèlement de la nature et de la durée des rapports de travail, de même que des prestations et du comportement du travailleur sur le lieu de travail. Il peut être limité, sur demande spéciale du travailleur, aux mentions de la nature et de la durée des rapports de travail et est alors généralement dénommé « *certificat*

³ ATF 130 III 699, c. 5.1 ; ATF 129 III 177, c. 3.2, JdT 2003 I 342 ; DUNAND, pp. 51 et 60 s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3a *ad* art. 330a CO.

⁴ ENZLER, N 12.

⁵ Nous employons ici indifféremment les termes de travailleur, collaborateur et employé.

de travail limité » ou « attestation de travail »⁶. Il doit être distingué des références et de la lettre de recommandation, établie par une personne déterminée⁷.

B. Droit du travailleur

Le travailleur a droit à un certificat de travail dès la conclusion, soit l'existence d'un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO. Ce droit est indépendant de la nature ou de la durée des rapports de travail et existe pour un engagement « coup de main », pour quelques heures de travail⁸, pour des employés à temps partiel⁹, ou encore durant le temps d'essai¹⁰. Un document conforme aux exigences de l'art. 330a CO doit être établi en dehors des hypothèses strictes de contrats de travail, à savoir en cas d'emploi en application d'une loi d'assurances sociales¹¹.

Le travailleur doit faire la demande de se voir délivrer un certificat de travail¹², y compris à la fin des rapports de travail. Il a le choix entre un certificat complet et un certificat limité ; s'il ne précise rien, ou dans le doute¹³, un certificat complet doit lui être remis et il peut également exiger l'autre à réception de l'un¹⁴. S'il redoute un contenu peu élogieux, il sollicitera un certificat limité. En revanche, le choix ne peut pas porter sur un autre type de certificat que les deux prévus par la loi et un certificat complet contient nécessairement

⁶ JANSSEN, p. 6.

⁷ Qui peut le cas échéant être la même que l'un des signataires du certificat de travail. Sur cette distinction et les autres distinctions, cf. notamment JANSSEN, pp. 14 ss ; pour des exemples en anglais, par exemple TSCHUMI, pp. 63 ss et VERDE, pp. 146 s. Voir également *infra* X. s'agissant des références.

⁸ JANSSEN, p. 9.

⁹ JANSSEN, pp. 54 s.

¹⁰ CLASS, p. 22. À notre sens, l'employeur ne peut dans ce cas pas imposer au travailleur un certificat limité, même si cette forme peut sembler préférable. Une mention selon laquelle les appréciations se fondent sur des rapports de travail très brefs nous semble équivoque et ne devrait pas figurer dans le document, ce d'autant plus que l'information ressort de la période d'activité indiquée. D'un avis contraire : FISCHER, p. 70. Peut en revanche être mentionné le fait que le document est établi durant le temps d'essai ; BÜHLER/LEFÉBURE/HAUNREITER, p. 25.

¹¹ En cas de placement à l'essai au sens de l'art. 18a LAI (certificat de placement à l'essai ou attestation de stage) ; WYLER/HEINZER, pp. 907 et 895 ss au sujet du placement à l'essai. Il en va à notre sens de même d'un emploi en application des art. 64a et 65 LACI ; BÜHLER/LEFÉBURE/HAUNREITER, pp. 37 s.

¹² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 *ad* art. 330a CO.

¹³ Arrêt du Tribunal cantonal du canton des Grisons, *in* : JAR 2009 p. 540, c. 4c/aa ; STAEHELIN, N 12 *ad* art. 330a CO.

¹⁴ Il ne s'agit pas d'une obligation alternative au sens de l'art. 72 CO ; ATF 129 III 177, c. 3.2, JdT 2003 I 342 ; ENZLER, N 16 s. Le droit ne s'épuise pas par l'exercice du droit d'option ; STAEHELIN, N 17 *ad* art. 330a CO.

les quatre éléments prévus par la loi¹⁵,¹⁶. La demande peut être faite oralement ou, de préférence, par écrit, en tout temps (art. 330a al. 1 i.i. CO), durant les rapports de travail, à la fin des rapports de travail ou après¹⁷. Il s'agit dans ces deux derniers cas du certificat final.

Au cours des rapports de travail, le travailleur peut demander la délivrance d'un certificat intermédiaire sans devoir justifier sa démarche¹⁸. La doctrine majoritaire retient que le travailleur doit agir de bonne foi et, sans pour autant poser des exigences trop élevées, que sa demande repose sur un intérêt fondé¹⁹ : changement de supérieur hiérarchique, recherche d'emploi, transfert imminent d'entreprise, par exemple. L'employeur pourrait demander au travailleur de justifier son intérêt²⁰. À notre avis, une telle exigence de motivation est trop restrictive et le travailleur peut avoir des motifs personnels qu'il ne souhaite pas communiquer à son employeur ; seules des demandes chicanières devraient être écartées²¹ et le travailleur doit être présumé agir de bonne foi, l'employeur n'étant en principe pas habilité à l'interpeller sur les raisons de sa demande²².

Le travailleur n'a pas un droit à l'établissement périodique d'un certificat de travail²³.

¹⁵ ATF 129 III 177, c. 3.2, JdT 2003 I 342.

¹⁶ La solution suisse paraît matériellement proche de celle résultant des recommandations de l'Organisation Internationale du Travail en cas de résiliation : « *Un travailleur licencié devrait avoir le droit de se faire délivrer, à sa demande, par l'employeur, un certificat indiquant seulement les dates de son entrée en service et de son départ ainsi que la nature du travail ou des travaux dont il était chargé ; néanmoins, et à la demande du travailleur, une évaluation de sa conduite et de son travail pourrait être donnée dans ce même certificat ou dans un certificat distinct* » (Recommandation n° 166 sur le licenciement).

¹⁷ L'art. 339 CO, aux termes duquel la fin du contrat de travail rend toutes les créances exigibles, n'est pas applicable : le travailleur doit faire la demande de se faire délivrer un certificat et une demande expresse rend la prétention exigible ; FISCHER, p. 57 ; STAEHELIN, N 7 *ad* art. 330a CO. En pratique, le certificat de travail final est souvent établi d'office à la fin des rapports de travail.

¹⁸ D'un avis contraire : REHBINDER/STÖCKLI, N 15 *ad* art. 330a CO.

¹⁹ ATAF A-7375/2007, c. 3.2 ; ENZLER, N 28 s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2a *ad* art. 330a CO.

²⁰ WYLER/HEINZER, pp. 414 s.

²¹ Par exemple, un employé qui demanderait un nouveau certificat à chaque nouvelle tâche qui lui serait confiée, ou une demande faite chaque année par le collaborateur sans motif particulier ; AUBERT, N 5 *ad* art. 330a CO.

²² SUBILIA/DUC, N 2 *ad* art. 330a CO. Pour WYLER/HEINZER, p. 415, le travailleur peut se contenter d'annoncer la recherche d'un nouvel emploi, ou il existe des circonstances suffisantes. D'un avis contraire : STAEHELIN, N 5 *ad* art. 330a CO, qui retient que le travailleur doit informer l'employeur sur les motifs de sa demande.

²³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2a *ad* art. 330a CO.

C. Obligation de l'employeur

Le certificat de travail est établi par la partie employeur, en général organisée sous forme de personne morale, en faveur de la partie employée. L'employeur est débiteur de l'obligation, de sorte qu'il n'est pas fondé (en théorie du moins) à exiger que le travailleur établisse un projet de texte²⁴. Selon les circonstances, il peut en revanche demander des précisions au collaborateur, en particulier sur ses tâches.

La demande du travailleur rend sa créance en délivrance du certificat exigible. Or, en cas de transfert des rapports de travail, l'ancien employeur et l'acquéreur répondent solidairement des créances du travailleur échues dès avant le transfert jusqu'au moment où les rapports de travail pourraient normalement prendre fin ou ont pris fin en cas d'opposition au transfert. Dès lors, si le travailleur ne s'oppose pas au transfert et fait sa demande d'un certificat après que les rapports de travail auraient normalement pris fin ensuite du transfert, il ne doit s'adresser qu'au reprenant²⁵.

Si l'employeur tombe en faillite, laquelle ne met pas automatiquement fin aux rapports de travail, l'obligation d'établir un certificat de travail demeure²⁶. Pour JANSSEN²⁷, en cas de reprise du contrat de travail, l'employeur failli reste obligé pour la période antérieure à la faillite. En pratique et si les personnes en mesure d'apprécier la qualité du travail et la conduite pour le passé ne sont plus en fonction ou ne disposent plus de pouvoirs de signature, l'administration de la faillite peut à notre sens faire établir et signer un certificat complet par d'anciens représentants, en y ajoutant une seconde partie qu'elle rédige et signe elle-même, ne comportant que les éléments d'un certificat de travail limité si elle n'a pas repris le contrat de travail au moment de la faillite.

L'obligation de délivrer un certificat de travail ne passe en principe pas aux héritiers en cas de décès²⁸.

²⁴ FISCHER, p. 57 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 *ad* art. 330a CO.

²⁵ Art. 333 al. 1 et 3 CO ; ENZLER, N 64. La solidarité prend fin à la première échéance possible du contrat selon le délai contractuel ou légal, qui commence à courir le jour du transfert, ou la fin du contrat de durée déterminée ; CHENAUX/MARTIN, N 26 *ad* art. 333 CO.

²⁶ Arrêt de l'Arbeitsgericht du canton de Zurich, *in* : JAR 2007 p. 532.

²⁷ JANSSEN, pp. 44 s.

²⁸ Arrêt du Gewerbliches Schiedsgericht du canton de Bâle-Ville, *in* : JAR 2013 p. 444.

Au sein d'un groupe²⁹, les rapports de travail ne sont noués qu'avec une seule société³⁰ et l'employeur correspond généralement à l'entité signataire du contrat de travail³¹, ce qui peut poser des difficultés si le collaborateur travaille pour plusieurs entités du groupe, voire s'il prend ses instructions d'une autre entité du groupe. En pareil cas, il est fréquent que la situation soit traitée dans une optique matérielle, avec la référence au groupe, sans précision formelle quant aux diverses entités concernées. Une telle approche nous paraît admissible et même souhaitable dans la mesure où le document contient les éléments requis par la loi et est signé par des personnes habilitées à représenter l'employeur, le cas échéant par un pouvoir exprès si les signataires font partie d'une autre entité du groupe. Cette solution permet au travailleur de disposer d'un document attestant de toutes ses tâches et fonctions au sein de l'ensemble des entités ainsi que des régions géographiques concernées, avec les appréciations correspondantes. Le travailleur doit toutefois agir uniquement à l'encontre de son employeur s'il souhaite la rectification de son certificat.

En cas de location de services au sens de la LSE, le bailleur de services doit établir le certificat de travail, quand bien même le locataire de services bénéficie des prestations et serait seul à même de rédiger le document, à tout le moins la partie relative à la qualité du travail et la conduite³². Il importe ainsi que le bailleur de services reçoive de l'entreprise locataire, régulièrement ou à la fin de la mission, les données nécessaires à l'évaluation de l'employé intérimaire³³.

²⁹ Un groupe est constitué de plusieurs sociétés juridiquement réunies sous une direction unique ; TF 4A_619/2016 du 15 mars 2017, c. 7.2 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 24 N 35 s. ; TSCHANNEN, p. 3.

³⁰ TF 4A_619/2016 du 15 mars 2017, c. 7.2.

³¹ Les pouvoirs résultant du contrat de travail peuvent être délégués : l'employeur peut déléguer son pouvoir d'instruction à des tiers, et notamment à des sociétés du groupe, y compris à la société mère ; TF 4A_344/2015 du 10 décembre 2015, c. 3.4. L'employeur est la personne qui bénéficie de la prestation de travail et prend les obligations correspondantes. Dans le cadre d'un groupe, les contrats peuvent être conclus avec l'une (mère) ou l'autre (fille) entité et des formes mixtes sont possibles. Il n'existe en principe qu'une seule relation contractuelle et, pour déterminer la partie employeur, il faut interpréter le contrat, l'employeur étant en règle générale l'entité signataire du contrat ; TF 4A_564/2014 du 11 février 2015, c. 3.2 et 3.4.1. Le fait que le travail est accompli pour une autre société que l'employeur dans un groupe n'équivaut pas à un transfert des rapports de travail ; TF 4A_37/2012 du 2 avril 2012, c. 2. Le droit suisse ne distingue pas entre employeur formel et employeur matériel, un groupe ne pouvant avoir cette dernière qualité : l'employeur est la société qui a engagé le travailleur sans égard à celle qui paie le salaire ; arrêt de la Chambre des prud'hommes du canton de Genève, *in* : JAR 2012 p. 461, c. 2.

³² JANSSEN, pp. 42 s.

³³ BÜHLER/LEFÉBURE/HAUNREITER, pp. 36 s. ; STAHELIN, N 3 *ad* art. 330a CO.

D. Protection et extinction

L'art. 330a al. 1 CO étant relativement impératif (art. 362 CO), les parties ne peuvent pas y déroger au détriment du travailleur, en fixant des conditions au droit d'obtenir un certificat ou en limitant les informations qui y figurent³⁴. Elles peuvent en revanche prévoir l'obligation pour l'employeur de délivrer d'office un certificat à certaines conditions, par exemple en cas de changement de fonction.

Le certificat doit être demandé dans un délai de dix ans depuis la fin des rapports de travail³⁵.

Toutefois, au-delà du délai d'un mois après la fin des rapports de travail³⁶, le travailleur peut renoncer définitivement à se voir délivrer un certificat de travail, le cas échéant tacitement. Dans un but de protection du travailleur et de son droit à l'obtention d'un certificat, nous pensons qu'une telle renonciation ne doit pas être admise trop largement après la fin des rapports de travail et en particulier dans les actes accompagnant ceux-ci³⁷. Elle peut résulter de la signature d'une quittance totale au-delà du mois après la fin des rapports de travail, ou encore de la demande du collaborateur de destruction de son dossier personnel³⁸. Si une quittance a été donnée dans le cadre d'un accord de résiliation, il convient d'interpréter l'accord pour déterminer si l'employé a renoncé au certificat de travail³⁹.

Les cas dans lesquels un employeur pourrait se libérer de l'obligation d'établir le certificat, au motif d'une impossibilité qui ne lui serait pas imputable⁴⁰ et résultant de l'absence de documentation, nous paraissent limités. D'une part, l'employeur est habilité à traiter et à garder après la fin du contrat les données dont la conservation est dans l'intérêt de l'employé, en particulier les documents nécessaires à l'établissement d'un certificat de

³⁴ AUBERT, N 3 *ad* art. 330a CO.

³⁵ En application de l'art. 127 CO. La doctrine récente est unanime : AUBERT, N 55 *ad* art. 330a CO ; CR-AUBERT, N 7 *ad* art. 330a CO ; GEISER/MÜLLER, N 695 ; PORTMANN/RUDOLPH, N 1 *ad* art. 330a CO ; STAEHELIN, N 5a *ad* art. 330a CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 *ad* art. 330a CO ; WYLER/HEINZER, p. 414. Cf. également ENZLER, N 94 pour les références aux sources retenant une application de l'art. 128 ch. 3 CO.

³⁶ Art. 341 et 362 CO.

³⁷ D'un avis contraire : MÜLLER/THALMANN/FAVRE, p. 91, qui semblent l'admettre largement.

³⁸ JANSSEN, pp. 146 s.

³⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 *ad* art. 330a CO.

⁴⁰ Art. 119 al. 1 CO. Il ne s'agit pas d'une péremption. D'un avis contraire : MÜLLER/THALMANN/FAVRE, pp. 91 s.

travail⁴¹ ; un employeur prudent devrait conserver ces données si l'employé n'a pas demandé de certificat au moment de son départ. D'autre part, l'obligation de conservation imposée aux entreprises astreintes à la tenue d'une comptabilité devrait rendre possible l'établissement d'un certificat, à tout le moins limité, durant une période de dix ans, soit la durée de la prescription de la prétention⁴².

III. Principes applicables

L'objectif essentiel du certificat de travail est de faciliter l'avenir économique du collaborateur⁴³. Ce document a une seconde finalité : le certificat doit donner à de futurs employeurs potentiels une image aussi fidèle que possible des rapports de travail.

Aucun droit à une formulation particulière ne peut être déduit du principe de la bonne foi et de l'obligation générale de l'employeur de protéger la personnalité du travailleur. Le choix de la formulation appartient à l'employeur, sous réserve d'une décision de justice⁴⁴ : *« conformément au principe de la bonne foi, la liberté de rédaction reconnue à [l'employeur] trouve ses limites dans l'interdiction de recourir à des termes péjoratifs, peu clairs ou ambigus, voire constitutifs de fautes d'orthographe ou de grammaire »*⁴⁵. Il faut se fier à la compréhension qu'un tiers de bonne foi, non averti, peut avoir du certificat⁴⁶. Le document doit être équilibré et ne pas être exagérément élogieux ou négatif. L'employeur doit adopter un style direct et concis, être précis dans l'emploi des termes et sur les éléments dont il fait état. Il ne doit pas se laisser influencer par des considérations subjectives et émotionnelles ; n'est pas déterminant le fait de savoir si l'employeur est satisfait, mais si les prestations du travailleur ont objectivement convaincu⁴⁷.

⁴¹ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE (PF PDT), Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail : Traitement par des personnes privées, État octobre 2014, p. 14 ; MEIER, N 2072.

⁴² Art. 127 et 958f CO ; JANSSEN, p. 145.

⁴³ Message concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations du 25 août 1967, FF 1967 II 249, p. 364 ; TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, c. 6.1 ; CARRUZZO, N 1 ad art. 330a CO.

⁴⁴ TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, c. 6.1 ; BERNOLD, p. 53 ; LAM, p. 809 ; SUBILIA/DUC, N 9 ad art. 330a CO.

⁴⁵ TF 4A_117/2007 du 13 septembre 2007 (4A_127/2007), c. 7.1.

⁴⁶ Arrêt de la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois Jug/2010/67, c. Xa ; TF 4C.60/2005 du 28 avril 2005, c. 4.1 et 4.3.

⁴⁷ KÄLIN, p. 114 ; PORTMANN/PRZEZAK, p. 16.

Les principes qui s'appliquent, quand bien même le texte de l'art. 330a CO ne le précise pas expressément⁴⁸, sont en particulier les suivants :

- le principe de vérité⁴⁹ implique que le certificat doit être véridique. Les faits ne sont pas sujets à interprétation et doivent être restitués de manière objectivement juste⁵⁰. L'interprétation des appréciations se fait en fonction de la compréhension des faits par un tiers non partie⁵¹ ;
- le principe de bienveillance doit présider à la rédaction dès lors qu'un certificat de travail est destiné à favoriser la carrière professionnelle d'un collaborateur. Concrètement, les points positifs doivent être soulignés pour donner une bonne image du travailleur et les éléments négatifs en principe évités. L'employeur ne doit pas utiliser le certificat comme mesure de rétorsion à la suite du départ d'un employé⁵². Le principe de bienveillance doit céder le pas sur ceux de vérité⁵³ et d'intégralité⁵⁴ ;
- conformément au principe d'intégralité⁵⁵, le certificat de travail doit présenter tous les éléments ayant un lien avec les rapports de travail⁵⁶. La longueur du certificat doit être en adéquation avec la durée des rapports de travail ; les éléments significatifs doivent y figurer⁵⁷ ; la présentation doit être d'autant plus précise et détaillée que la fonction est élevée. Toute l'activité doit être décrite, y compris en cas d'emplois successifs, une référence à des certificats intermédiaires n'étant pas admissible⁵⁸.

⁴⁸ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 28 octobre 2002 sur les initiatives parlementaires EYMANN et TSCHÄPPÄT.

⁴⁹ TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, c. 6.1 et al.

⁵⁰ Arrêt du Verwaltungsgericht du canton de Zurich PB.2001.00006 ; JANSSEN, p. 72.

⁵¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3a *ad* art. 330a CO.

⁵² Arrêt du Tribunal des prud'hommes de Genève C/6036/2001-4 ; arrêt de l'Obergericht du canton de Zurich, *in* : ZR 2000 p. 102.

⁵³ Art. 328 CO ; TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, c. 6.1 ; ATAF A-7375/2007, c. 3.3.

⁵⁴ À ce sujet, cf. notamment JANSSEN, pp. 74 ss.

⁵⁵ Ou de complétude ; TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, c. 6.1 ; AUBERT, N 18 *ad* art. 330a CO.

⁵⁶ www.edoeb.admin.ch, p. «www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00763/00975/00978/index.html?lang=fr#sprungmarke20_10» (site consulté le 10 décembre 2017).

⁵⁷ À ce sujet, cf. notamment JANSSEN, pp. 76 ss.

⁵⁸ JANSSEN, p. 79 (principe d'unité).

IV. Contenu

A. Précisions liminaires

Les éléments communs au certificat complet et au certificat limité sont réputés objectifs : nature et durée des rapports de travail. En plus de ces deux éléments, le certificat complet en comporte deux autres : des indications relatives à la qualité du travail et à la conduite du travailleur. Le certificat complet doit comporter ces quatre éléments, sans pour autant que la loi exige pour chaque élément un nombre déterminé de mentions ou une certaine longueur du texte⁵⁹.

Les éléments propres au certificat complet confèrent à l'employeur une marge d'appréciation conséquente. Ceci explique que des expressions et règles d'interprétation se soient développées en pratique. Les codes viseraient à permettre à l'employeur d'utiliser des termes paraissant élogieux, mais qui, pour les lecteurs avertis, auraient une signification différente, voire une connotation négative⁶⁰. Il n'existe d'après nous pas de règle absolue et encore moins de consensus quant à l'acception d'expressions particulières et il faut éviter d'en consacrer. La signification de certains termes peut évoluer avec le temps, de même qu'on n'emploiera pas nécessairement le même vocabulaire selon les entreprises, professions et secteurs d'activité. L'usage de codes est contraire aux principes applicables et devrait être proscrit⁶¹.

L'employeur doit recourir à des termes et expressions usuels, dans une acception neutre⁶², sans tenter de sous-entendre des non-dits, spécialement pour les éléments appréciatifs du certificat. Doit rester déterminante la lecture qu'un tiers fait du certificat ; cette lecture ne

⁵⁹ En ce sens, cf. par exemple TF 4A_270/2014 du 18 septembre 2014, c. 3.3, dans lequel le Tribunal fédéral a passé en revue le texte du certificat, constaté qu'il comportait une mention relative à la qualité du travail et une mention relative à la conduite et ainsi retenu qu'il appartenait au travailleur de proposer son texte vu que l'employeur avait satisfait à son obligation en délivrant un certificat complet.

⁶⁰ JANSSEN, pp. 86 s.

⁶¹ SUBILIA/DUC, N 7 ad art. 330a CO, qui relèvent qu'il n'existe pas d'uniformité des codes et que « l'appréciation qui peut apparaître codée pour le responsable des ressources humaines d'une multinationale n'aura pas la même résonance chez le petit patron ayant monté seul son entreprise ». D'un avis contraire : arrêt du Tribunal cantonal du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures AR GVP 1999 n. 3335, c. 1d, qui reprend les formulations de JANSSEN, pp. 237 ss. Il existe à la fois des codes et des listes d'expressions ou de termes usuels, des catalogues, des formulaires ou des check-lists, la frontière entre les codes et des expressions n'étant pas toujours aisée à tracer ; à titre d'exemple, BÜHLER/LEFÉBURE/HAUNREITER, pp. 70 s. au sujet des tâches et pp. 87 ss pour des formules types ; CLASS, p. 65 pour une liste d'expressions et d'adjectifs relatifs aux qualifications (en allemand) ; FISCHER, pp. 75 ss ; TSCHUMI, pp. 47 s.

⁶² Arrêt de l'Obergericht du canton de Soleure, RSJ 1992 p. 271 ; HUMBERT/THOUVENIN, p. 103.

devrait pas être envisagée dans l'abstrait, mais selon celle de potentiels recruteurs sur le marché en cause. Les termes utilisés dans la partie du certificat de travail relative à la qualité du travail et à la conduite doivent apparaître mesurés, ni excessivement élogieux, ni inutilement dépréciatifs, et ne doivent pas dissimuler des allusions. L'employeur ne doit pas employer de termes péjoratifs, peu clairs ou ambigus⁶³. Le recours à des adverbes sert à accentuer certaines appréciations, mais il ne devrait pas être la règle et peut s'avérer inutile selon les cas⁶⁴.

B. Nature des rapports de travail

1. Éléments à indiquer

L'employeur doit indiquer la ou les fonctions du collaborateur. Le descriptif de fonction ne suffit généralement pas, de sorte que les tâches doivent être décrites. Il doit s'agir des activités, tâches, missions et responsabilités importantes exercées⁶⁵, qui peuvent avoir un intérêt pour un employeur potentiel. Le texte doit se limiter aux aspects principaux du travail⁶⁶. Peuvent aussi être mentionnés la taille de l'entreprise ou du service au sein duquel l'activité est exercée, la fonction du supérieur hiérarchique si elle est pertinente, les promotions, les pouvoirs de signature et les langues (étrangères) utilisées.

Ne sont pas déterminantes les tâches convenues, prévues contractuellement ou décrites par les parties⁶⁷, mais uniquement les tâches effectives⁶⁸. Si plusieurs fonctions ont été exercées, elles doivent être présentées successivement, soit chronologiquement. Est décisif le fait que le collaborateur a effectivement assumé une fonction de cadre et non le fait qu'il a été désigné comme tel dans le contrat de travail⁶⁹. Dans ce cas, le certificat doit contenir un récapitulatif des responsabilités confiées⁷⁰.

La nomenclature des tâches doit être usuelle par rapport au secteur d'activité ; si elle ne l'est pas, des précisions doivent être apportées⁷¹.

⁶³ WYLER/HEINZER, pp. 417 s.

⁶⁴ Par exemple, « *très* » en plus de « *ponctuel* » : arrêt du Tribunal cantonal du Jura ADM 125/2016, c. 6.3 ; ou encore l'ajout de « *stets* » avec « *freundlich* » : TF 4C.154/2006 du 26 juin 2006, c. 3.

⁶⁵ TF 4A_432/2009 du 10 novembre 2009, c. 3.1.

⁶⁶ Arrêt du Tribunal cantonal du Jura ADM 125/2016, c. 5 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3a *ad* art. 330a CO.

⁶⁷ TF 4C.60/2005 du 28 avril 2005, c. 4.1.

⁶⁸ TF 4A_432/2009 du 10 novembre 2009, c. 3.1 ; JANSSEN, p. 102.

⁶⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3b *ad* art. 330a CO.

⁷⁰ ENZLER, N 38.

⁷¹ CARRUZZO, N 8 *ad* art. 330a CO.

Le certificat de travail fait état des formations ayant un lien avec l'activité⁷². Lorsque le travailleur accomplit une formation dite d'entreprise, qui lui permet de se familiariser avec son environnement de travail, elle peut être mentionnée si elle est importante et pertinente par rapport à la description des tâches accomplies (par exemple pour un logiciel utilisé dans la branche), à plus forte raison compte tenu du fait qu'aucune attestation n'est généralement délivrée à l'issue d'une telle formation. Elle n'a à notre sens pas à l'être si elle a uniquement pour objet des spécificités propres et exclusives à l'employeur. S'agissant d'une formation complémentaire présentant un lien suffisant avec l'activité, pouvant être exploitée par le travailleur sur le marché du travail et lui procurant un intérêt propre, nous sommes d'avis que le travailleur n'a pas un droit à ce qu'elle soit mentionnée, mais qu'elle peut être indiquée par l'employeur si ce dernier a pris en charge les frais ou conclu une convention de formation avec le travailleur. Il nous paraît en effet que la conclusion d'une convention de formation est un indice sérieux du fait que la formation en cause a un intérêt, en tout cas indirect, pour l'employeur et la fonction. Une mention fait également sens si le temps de formation a été pris en charge en tout ou en partie par l'employeur⁷³.

Pour s'assurer que le document est complet quant à la nature des rapports de travail, l'employeur vérifie que sa description comporte toutes les tâches et activités principales, les tâches nécessitant des connaissances spécifiques, les tâches ayant suscité des attentes particulières, les tâches importantes pour l'entreprise, les tâches spécifiques, les projets et groupes de travail, les fonctions externes et de représentation, un éventuel partage du travail, les interlocuteurs réguliers et les liens avec les partenaires externes (fournisseurs, autorités, etc.), les domaines d'activité, les fonctions liées à des déplacements, le partage et le développement des connaissances ou compétences et les tâches liées à des crises au sein de l'entreprise⁷⁴.

Le cahier des charges, actualisé au besoin, est un outil utile au moment de l'établissement du certificat de travail. En l'absence de cahier des charges ou en complément, l'employeur peut par exemple se référer à l'offre d'emploi si le poste a été mis au concours, aux objectifs fixés, y compris en lien avec la rémunération, aux documents d'évaluation du travailleur, aux notes des ressources humaines ou à des organigrammes internes. Il peut

⁷² JANSSEN, pp. 131 s. Au sujet des formations et de leurs distinctions, WYLER/HEINZER, pp. 307 ss et les références citées.

⁷³ CARRUZZO, N 8 *ad* art. 330a CO, ne fait pas de distinction, retenant qu'il faut que la formation complémentaire ait été significative et qu'une mention se justifie d'autant plus lorsque la formation n'a pas débouché sur la remise d'un diplôme ou d'une attestation. Pour ENZLER, N 176, ne doivent pas être mentionnées les formations destinées à rafraîchir les connaissances liées aux tâches à accomplir et les formations étrangères à l'activité. D'un avis contraire : CLASS, p. 52.

⁷⁴ Nous reprenons ici l'essentiel de la liste établie par TSCHUMI, p. 52.

demander au collaborateur de lui donner, à titre indicatif, une liste de ses tâches, en particulier si ce dernier travaille dans une structure dans laquelle il dispose d'une marge de manœuvre dans la définition de ses tâches. D'ailleurs, le travailleur organise aujourd'hui souvent lui-même sa carrière et son développement professionnels, de sorte qu'il a intérêt à présenter à l'employeur les éléments qu'il souhaite voir indiquer.

2. Éléments à omettre

Les tâches exercées ponctuellement ou une seule fois ne figurent pas dans le certificat de travail⁷⁵.

Les noms des collaborateurs exerçant des fonctions liées aux tâches décrites n'ont pas à figurer dans le certificat de travail ; la référence porte sur la fonction et le certificat doit être anonymisé sur ce point, sauf circonstances particulières.

À notre avis, le descriptif de la nature des rapports de travail ne devrait pas contenir de qualificatif ou mention appréciative, afin de distinguer cette partie du document de ses autres parties appréciatives⁷⁶. En ce sens, si les tâches sont reprises d'objectifs fixés au collaborateur, les précisions portant sur les objectifs ou leur atteinte devraient être retranchées.

C. Durée des rapports de travail

1. Éléments à indiquer

Le certificat de travail précise la date de début et, pour le certificat final, la date de fin des rapports de travail⁷⁷.

Est pertinente la durée juridique des rapports de travail⁷⁸. Ne doivent pas être mentionnés la date de signature du contrat ou le jour de l'entrée effective en fonction qui ne coïnciderait pas avec le premier jour du mois pour lequel le travailleur a perçu son plein salaire. Quant à la date de fin des rapports de travail, il s'agit en général du dernier jour du mois au cours duquel le salaire a été payé. Cette date correspond à la fin du contrat de durée déterminée (art. 334 al. 1 CO) ou au terme du contrat résilié (art. 335 al. 1, 335b, 335c CO), le cas échéant reporté en cas de résiliation en temps inopportun en application de l'art. 336c CO.

⁷⁵ TF 4C.60/2005 du 28 avril 2005, c. 6.

⁷⁶ D'un avis contraire : HUBERT/THOUVENIN, p. 104.

⁷⁷ À ce sujet, notamment CARRUZZO, N 1 *ad* art. 330a CO ; JANSSEN, pp. 104 ss.

⁷⁸ Arrêt de l'Arbeitsgericht du canton de Zurich, *in* : JAR 2009 p. 693 ; CLASS, p. 15.

Fait à notre sens partie des mentions relatives à la durée de l'emploi celle du type d'emploi, de durée déterminée ou indéterminée. Le travailleur peut demander la mention que le contrat de durée déterminée a pris fin à son échéance, et ce même si une possibilité de reconduction par un contrat de durée indéterminée était prévue⁷⁹, ou encore que le certificat est établi durant le temps d'essai⁸⁰.

En cas de transfert des rapports de travail (art. 333 CO), le certificat englobe les activités exercées avant le transfert⁸¹. Il est dès lors utile que le contrat de transfert prévoie une obligation pour le transférant de transmettre les informations utiles au reprenant.

2. Éléments à omettre

Le certificat ne doit pas contenir de précision quant à un report du terme du contrat et son motif⁸².

Une prise de vacances ou une libération de l'obligation de travailler avant la fin du contrat ne modifie pas la date de fin à indiquer⁸³.

L'employeur ne doit pas faire état des absences, y compris pour des motifs de santé, sauf si celles-ci sont significativement importantes par rapport à la durée totale des rapports de travail⁸⁴. Ainsi, un congé sabbatique n'ayant pas impliqué d'interruption (résiliation) des rapports de travail ne devrait pas être mentionné, à moins qu'il n'ait été d'une durée importante voire disproportionnée par rapport à la durée totale des rapports de travail⁸⁵.

Outre la précision des dates d'absence, il convient de déterminer de cas en cas s'il est opportun d'indiquer, selon la lecture qu'un tiers ferait du document, les raisons de l'absence⁸⁶.

⁷⁹ Arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud HC/2017/414, c. 3.3.1, à savoir « *upon termination of his contract* » et non « *upon termination of his contract on 31 May 2011 after having refused the proposal of renewal of his contract* ».

⁸⁰ Voir *supra* note 10.

⁸¹ STAEHELIN, N 2 *ad art.* 330a CO.

⁸² Art. 336c CO ; FISCHER, p. 33.

⁸³ STAEHELIN, N 13 *ad art.* 330a CO.

⁸⁴ En ce sens, par exemple ATF 136 III 510, c. 4.4.1, JdT 2010 I 437, qui évoque de longues interruptions, même si elles ont la maladie pour origine ; JANSSEN, p. 125 ; MÜLLER/THALMANN/ FAVRE, p. 49 ; REHBINDER/STÖCKLI, N 5 *ad art.* 330a CO ; STAEHELIN, N 13 *ad art.* 330a CO.

⁸⁵ En ce sens, CARRUZZO, N 6 *ad art.* 330a CO ; PORTMANN/RUDOLPH, N 5 *ad art.* 330a CO. Tel n'est par exemple pas le cas d'une absence ayant duré six mois (maladie et libération) pour des rapports de service de vingt-cinq mois en tout ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3e *ad art.* 330a CO et les références citées.

⁸⁶ JANSSEN, p. 126. Voir également *infra* F.3., au sujet de mentions relatives à la santé du travailleur.

Une solution encore plus nuancée peut à notre sens être retenue s'agissant de la mention d'une absence fondée sur une libération de l'obligation de travailler⁸⁷. En effet, une telle libération émane par nature de l'employeur⁸⁸. De plus, les cas dans lesquels elle est en pratique provoquée par un comportement du travailleur sont rares, si bien que la mention d'une telle période sans activité, qui ne favorise pas l'avenir du travailleur et sur laquelle il n'a en principe pas d'influence, devrait d'après nous être exceptionnelle. Cette solution se justifie d'autant plus dans les branches ou professions au sein desquelles la libération de l'obligation de travailler est usuelle. Indépendamment de sa durée, une période de libération peut être mentionnée dans le certificat final si le travailleur fait usage de ce temps pour faire concurrence à son employeur en violation de son obligation de fidélité⁸⁹ ; la mention est en pareil cas davantage liée à la conduite du travailleur⁹⁰.

La date de fin à indiquer correspond-elle toujours au terme du contrat ? La question se pose en cas de licenciement immédiat pour justes motifs (art. 337 CO). En effet, le contrat prenant fin immédiatement au jour de la réception de la résiliation immédiate, indépendamment du caractère justifié ou non du licenciement, le contrat a effectivement duré moins que ce qu'il aurait dû (en cas de résiliation immédiate injustifiée). Nous sommes d'avis que, conformément au principe de vérité, seule la date juridique effective de fin des rapports de travail⁹¹ doit être indiquée, y compris à l'issue d'un procès pour licenciement immédiat injustifié dans lequel le travailleur aurait obtenu gain de cause. Une solution consistant à faire modifier le certificat de travail pour indiquer la date à laquelle les rapports de travail auraient dû prendre fin selon le délai de résiliation légal ou contractuel applicable reviendrait à faire établir à l'employeur un document ne correspondant pas à la situation juridique, seule pertinente⁹². Les conséquences d'un licenciement immédiat injustifié consistent dans le paiement d'indemnités (art. 337c CO), sans modification de l'échéance des rapports de travail. Le fait que la mention inusuelle d'une fin des rapports de travail en cours de mois porterait atteinte à l'avenir économique

⁸⁷ FISCHER, p. 18 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3e ad art. 330a CO, qui citent l'exemple de neuf mois de durée de libération de l'obligation de travailler sur douze mois d'activité.

⁸⁸ En ce sens, par exemple WYLER/HEINZER, pp. 200 et 361.

⁸⁹ MÜLLER/THALMANN/FAVRE, p. 50.

⁹⁰ Voir *infra* E.

⁹¹ TF 4C.36/2004 du 8 avril 2004, c. 5.

⁹² En ce sens, WYLER/HEINZER, p. 417, qui retiennent que l'employeur ne peut pas attester d'un fait inexact, « ne serait-ce que du fait qu'il ignore tout de l'activité déployée par le travailleur postérieurement à la date de fin de contrat » ; STAHELIN, N 13 ad art. 330a CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5a ad art. 330a CO. D'un avis contraire : arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud HC/2017/6, c. 7.2 ; arrêt de l'Arbeitsgericht du canton de Zurich, in : JAR 2009 p. 694 ; arrêt de l'Arbeitsgericht du canton de Zurich, in : ZR 2002 p. 234 ; arrêt de l'Obergericht du canton de Zurich, in : ZR 2001 p. 236 : le tribunal a ordonné la correction de la date indiquée ; BÜHLER/LEFÉBURE/HAUREITER, pp. 51 s.

du travailleur n'est pour nous pas décisif, puisqu'il existe d'autres hypothèses dans lesquelles un contrat peut prendre fin dans le courant d'un mois, à savoir lorsque les parties ont convenu d'un délai net de résiliation⁹³ ou ont conclu une convention de fin des rapports de travail avec un terme en cours de mois. Le travailleur a la possibilité de réclamer des dommages-intérêts à son ancien employeur, s'il peut établir que le certificat mentionnant la date de fin des rapports de travail en cours de mois après une résiliation immédiate injustifiée lui a causé un dommage, en particulier parce qu'il n'a pas été engagé en raison de cette mention ou de la suspicion que celle-ci a générée auprès d'un recruteur⁹⁴.

D. Qualité du travail

1. Éléments à indiquer

Par qualité du travail, il faut comprendre une description des qualités professionnelles et de leur concrétisation dans l'exécution du travail⁹⁵ ; disponibilité, capacité de travail, sens des responsabilités, fiabilité, aptitude au commandement ou créativité. Si le travailleur occupait une fonction de cadre, le certificat doit contenir des indications sur ses capacités de conduite⁹⁶.

2. Éléments à omettre

Conformément au principe de bienveillance, le certificat de travail ne devrait pas contenir d'appréciations défavorables relatives à la qualité du travail. Cette affirmation doit être nuancée en application du principe de vérité : le certificat devant décrire les prestations et activités de manière véridique, il doit contenir des mentions nuancées voire négatives si celles-ci sont pertinentes, fondées et nécessaires à l'image qu'un tiers doit se faire du travailleur⁹⁷. Des incidents isolés ne répondent en principe pas à cette exigence⁹⁸.

⁹³ En dérogation à l'art. 335c al. 1 i.i. CO.

⁹⁴ À ce sujet, JANSSEN, pp. 107 s. Voir également *infra* XLC.

⁹⁵ STAEHELIN, N 14 *ad* art. 330a CO.

⁹⁶ ENZLER, N 38 ; JANSSEN, pp. 56 s.

⁹⁷ ATF 136 III 510, c. 4.4.1, JdT 2010 I 437 ; AUBERT, N 20 *ad* art. 330a CO ; CLASS, pp. 26 s.

⁹⁸ CARRUZZO, N 9 *ad* art. 330a CO.

E. Conduite du travailleur

1. Éléments à indiquer

La partie du certificat de travail relative à la conduite a pour objet de présenter l'attitude du travailleur, sa manière de travailler, son comportement dans l'entreprise, non seulement avec les clients et autres partenaires externes de l'employeur, mais aussi dans les relations internes, entre collègues et avec les supérieurs. Doivent être envisagées toutes les qualités servant à l'exercice de la profession et se rapportant au travail, ainsi que le comportement durant l'activité⁹⁹. L'employeur peut ainsi faire état du comportement de son collaborateur en interne à l'entreprise, de ses capacités d'aide et d'appui, de son comportement en équipe en général et de son acceptation au sein des autres collaborateurs, de ses aptitudes de communication, de sa présence et de son rayonnement, de même que de sa loyauté, de son dévouement, de sa ponctualité, de son aplomb, de son empathie, de sa capacité d'adaptation, de sa force de persuasion et de son aptitude à la résolution des conflits. D'autres constats peuvent être tirés de la conduite du travailleur à l'extérieur de l'entreprise, selon l'activité, en lien avec les compétences sociales, les traits et forces de caractère, ou à l'égard de la clientèle, comme l'amabilité, l'anticipation des souhaits, la fiabilité ou les compétences en matière de service.

2. Éléments à omettre

Un comportement extraprofessionnel (familial, religieux, politique) ne doit en principe pas être mentionné, à moins qu'il ne joue un rôle (non secondaire) dans l'activité, en particulier au sein d'entreprises dites à tendance.

Comme pour la qualité du travail, le certificat ne doit en principe pas contenir d'appréciations défavorables sur le comportement et les relations lorsque celles-ci n'étaient pas bonnes, à moins que cela ne soit indispensable à l'appréciation globale. Il faut en ce sens un comportement caractérisé et intentionnel du travailleur et, dans le doute, le comportement en cause ne devrait pas être mentionné¹⁰⁰.

⁹⁹ STAEHELIN, N 14 *ad* art. 330a CO ; VERDE, p. 148.

¹⁰⁰ BERNOLD, p. 36.

F. Informations supplémentaires

1. Autres mentions

Le titre du document doit apparaître¹⁰¹.

Outre les prénom et nom, le certificat contient une description destinée à identifier le travailleur : date et lieu de naissance, ou origine, ou nationalité¹⁰².

Le certificat de travail contient aussi des précisions quant aux lieux d'activité ainsi qu'à des déplacements fréquents.

Le taux d'activité a trait à la durée des rapports de travail et peut à notre sens être mentionné. Nous pensons que le principe de vérité l'emporte sur des préjugés éventuels quant aux capacités ou disponibilités à assumer une fonction, à tout le moins en cas de temps très partiel d'activité¹⁰³.

Le fait que l'employé fait partie de la représentation des travailleurs n'a pas à être indiqué, à moins que le travailleur n'en fasse la demande¹⁰⁴.

Doivent être retranchés – car n'ayant aucun lien avec les rapports de travail – les éléments relatifs à la vie privée du collaborateur en général, par exemple son orientation sexuelle, sa situation familiale, son état civil ou des relations privées tissées dans l'entreprise.

2. Motif de fin des rapports de travail

Le motif de fin des rapports de travail doit être mentionné dans un certificat complet¹⁰⁵ si sa mention est nécessaire à l'appréciation globale du travailleur¹⁰⁶. Une telle mention devrait être exceptionnelle, soit limitée à des circonstances particulières¹⁰⁷ : s'agit-il d'un fait important qui, s'il était passé sous silence, reviendrait à établir un certificat trompeur pour un employeur potentiel ?

¹⁰¹ WYLER/HEINZER, p. 417 ; « *certificat de travail* », « *certificat de travail limité* », « *attestation de travail* ».

¹⁰² JANSSEN, p. 96. D'un avis contraire : BÜHLER/LEFÉBURE/HAUNREITER, p. 54. Mais non l'adresse, susceptible de changer : CLASS, p. 48.

¹⁰³ D'un avis contraire : BÜHLER/LEFÉBURE/HAUNREITER, p. 55.

¹⁰⁴ CLASS, p. 52.

¹⁰⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 *ad art.* 330a CO.

¹⁰⁶ TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, c. 6.1 ; arrêt du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, *in* : RJN 2011 p. 321, c. 2a et les références citées ; BERNOLD, p. 37 et, pour des exemples de formulations, p. 38 ; ENZLER, N 150 ; REHBINDER/STÖCKLI, N 10 *ad art.* 330a CO.

¹⁰⁷ AUBERT, N 33 *ad art.* 330a CO, s'il « *peut objectivement importer au futur employeur d'en avoir connaissance* » ; DUC/SUBILIA, N 11 *ad art.* 330a CO.

Ainsi, en cas de résiliation immédiate justifiée (ou dont les motifs ne sont pas contestés), l'employeur peut faire état d'« *un comportement [du travailleur] propre à rompre la confiance qu'implique [sic] les rapports de travail* »¹⁰⁸. De même, s'il est établi et conforme à la réalité, le motif de la fin des rapports de travail consistant dans le manque de flexibilité et d'adaptation du travailleur peut apparaître pertinent pour un futur employeur dans le domaine des organisations internationales humanitaires¹⁰⁹. Toutes les circonstances de chaque cas d'espèce doivent être prises en considération, de sorte qu'il n'est en la matière pas possible de fixer des règles générales¹¹⁰.

Le motif de fin des rapports de travail peut également être mentionné si le travailleur accepte cette précision ou en fait la demande¹¹¹, par exemple en cas de démission ou de licenciement pour motif économique¹¹². Conformément au principe de vérité, le motif indiqué doit alors correspondre à celui donné et non à un autre, de complaisance¹¹³.

Il est également possible de mentionner la raison de la fin des rapports de travail si celle-ci est économique et dès lors non inhérente à la personne du travailleur, en particulier pour renforcer un bon certificat et favoriser les recherches d'emploi du travailleur. Il ne s'agit toutefois pas d'une mention devant impérativement figurer dans le certificat, de sorte que, même si elle peut paraître positive pour l'employeur qui rédige le certificat, elle ne doit pas y figurer dans le doute ou si le travailleur ne le souhaite pas.

Si des avertissements ont été notifiés au travailleur, ils n'ont en principe pas à être mentionnés dans le certificat, à moins qu'ils ne soient nécessaires à l'appréciation globale, spécialement en lien avec la résiliation. Lorsqu'ils ne sont pas expressément mentionnés, l'employeur devrait à notre avis en tenir compte dans l'appréciation qu'il donne sur la qualité du travail ou la conduite ; le certificat ne serait pas véridique si les appréciations occultaient totalement des avertissements formulés pour des aspects importants de la relation de travail.

¹⁰⁸ TF 4A_228/2015 du 29 septembre 2015, c. 6.1.

¹⁰⁹ TF 4A_455/2007 du 12 février 2008, c. 4.2.2.

¹¹⁰ Les cas énumérés par MÜLLER/THALMANN/FAVRE, pp. 51 s., ne peuvent que donner des orientations et ne doivent à notre sens pas être considérés comme des règles générales.

¹¹¹ AUBERT, N 33 *ad* art. 330a CO ; PORTMANN/RUDOLPH, N 5 *ad* art. 330a CO. Pour l'Arbeitsgericht du canton de Zurich, *in* : JAR 2009 p. 693, le travailleur a même un droit à demander la mention du motif de fin des rapports de travail dans un certificat complet ; dans ce sens aussi, arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud HC/2017/414, c. 3.2 ; FISCHER, p. 32 ; MÜLLER/THALMANN/FAVRE, p. 51.

¹¹² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3g *ad* art. 330a CO.

¹¹³ FISCHER, p. 32. Voir également *infra* IX.A.

3. Santé du travailleur

Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence rappelle que, dans les rapports de travail, l'employeur peut s'enquérir d'éléments ayant trait à la santé de l'employé si ceux-ci touchent la capacité d'exercer l'emploi, alors que des maladies guéries, des opérations ou des séjours hospitaliers antérieurs aux rapports de travail ne regardent pas l'employeur¹¹⁴. Il retient que les problèmes de santé sont mentionnés dans le certificat s'ils sont le motif du licenciement ou s'ils ont une incidence sensible sur le travail¹¹⁵.

Nous rejoignons cette position au regard des principes de vérité et d'intégralité : les éléments relatifs à la santé doivent être mentionnés dans un certificat de travail s'ils ont une influence sensiblement négative sur le travail ou la conduite, ou s'ils sont à l'origine de la résiliation du contrat de travail¹¹⁶.

Préalablement, pour envisager d'en faire mention, l'employeur doit être en droit de traiter les données en question, soit parce qu'elles portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi, soit parce qu'elles sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail¹¹⁷. Les éléments sur la santé n'en font en principe pas partie ; des informations relatives à l'état de santé d'un employé, figurant dans un questionnaire de santé, ne sont par exemple pas couvertes par ces motifs¹¹⁸.

En outre, il ne suffit pas que la mention d'éléments sur la santé de l'employé apparaisse utile et nécessaire : l'employeur doit faire preuve d'une grande retenue¹¹⁹. Ainsi, pour qu'elle ait une incidence sensible sur le travail, il faut que la maladie soit d'une durée

¹¹⁴ www.edoeb.admin.ch, p. « www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00763/00975/00977/index.html?lang=fr » (site consulté le 10 décembre 2017).

¹¹⁵ www.edoeb.admin.ch, p. « www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00763/00975/00978/index.html?lang=fr#sprungmarke20_10 » (site consulté le 10 décembre 2017).

¹¹⁶ ATF 136 III 510, c. 4.4.1, JdT 2010 I 437, selon lequel la maladie doit être mentionnée si elle a une influence significative sur la prestation ou le comportement du travailleur, ou si elle a mis en cause l'aptitude de ce dernier à remplir ses tâches au point de constituer le motif de la résiliation ; arrêt du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, *in* : RJN 2011 p. 321, c. 2b ; arrêt de l'Arbeitsgericht du canton de Zurich, *in* : JAR 2009 p. 693 ; arrêt du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, *in* : RJN 2004 p. 79, c. 3b ; CARRUZZO, N 7 *ad* art. 330a CO et les références citées ; LAM, p. 811, qui retient une approche restrictive et la possibilité d'une mention si le travailleur est inapte dans sa profession en raison de la circonstance à mentionner.

¹¹⁷ Art. 328b CO ; à ce sujet, MEIER, N 2042 ss.

¹¹⁸ TF 4A_661/2016 du 31 août 2017, c. 3.1 ; PFPDT, Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail : Traitement par des personnes privées, État octobre 2014, p. 10.

¹¹⁹ CARRUZZO, N 7 *ad* art. 330a CO, qui retient une admission restrictive ; STAEHELIN, N 14 *ad* art. 330a CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3e *ad* art. 330a CO ; WYLER/HEINZER, p. 417, qui parlent d'« *incidence significative* ».

significativement importante au regard de la totalité des rapports de travail¹²⁰, ou encore qu'elle ait impliqué un changement de fonction¹²¹. Le certificat peut alors mentionner que « [s]uite à une période d'incapacité de travail, totale puis partielle, et considérant son bagage professionnel large et varié dans le domaine de l'éducation, nous lui avons confié [...] un poste [...] »¹²². Lorsque l'incapacité a duré un certain temps (quasiment dix-huit mois) avant la résiliation et si elle remet en question de manière importante l'aptitude du travailleur à exercer dans le futur son activité précédente, elle doit être mentionnée, indépendamment du fait qu'elle ait ou non motivé le congé¹²³. En revanche, lorsque la cessation des activités de l'entreprise est le motif du licenciement, l'intérêt du travailleur à l'absence de mention d'une incapacité à 50% durant un peu plus de dix-huit mois jusqu'à la fin des rapports de travail devrait être considéré comme prépondérant¹²⁴.

4. Formulations finales

Souvent, les certificats de travail contiennent des formulations finales destinées à conclure le texte, à l'instar des remerciements et des vœux.

Le travailleur n'a pas un droit à ces mentions¹²⁵. Celles-ci ne font pas partie des éléments prévus par la loi et ne devraient en tout cas pas figurer dans un certificat limité. Il existe un usage relativement important d'avoir des remerciements ou des vœux, voire des regrets, dans un certificat complet, en particulier dans la continuité de bonnes appréciations, sans pour autant que l'usage porte sur les formulations, qui peuvent être perçues de manière très variée. Ces mentions sont parfois utilisées pour induire des sous-entendus ou se fondent sur un langage codé. Nous pensons qu'une évolution est souhaitable pour que de telles formulations soient bannies, puisqu'elles ne portent pas directement sur l'évaluation

¹²⁰ Par exemple pas seulement cinq mois sur vingt-cinq, voire sur dix-sept ; cf. les références citées dans l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, *in* : RJN 2011 p. 321, c. 2b ; AUBERT, N 32 *ad* art. 330a CO ; CR-AUBERT, N 5 *ad* art. 330a CO, qui retient qu'on peut présumer que l'absence de mention créerait une fausse impression lorsque l'incapacité a dépassé six mois dans l'année qui précède la fin du contrat de travail. Voir également *supra* C.2., en lien avec la durée.

¹²¹ Arrêt du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, *in* : RJN 2011 p. 321, c. 3 ; AUBERT, N 32 *ad* art. 330a CO, qui prend l'exemple d'une maladie de deux ans ayant entraîné un changement de fonction.

¹²² Arrêt du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, *in* : RJN 2011 p. 321, c. 4.

¹²³ ATF 136 III 510, c. 4.4, JdT 2010 I 437.

¹²⁴ Arrêt du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, *in* : RJN 2004 p. 79, c. 5.

¹²⁵ Arrêt du Tribunal cantonal du canton du Jura ADM 125/2016, c. 6.6 ; TF 4C.36/2004 du 8 avril 2004, c. 5 ; STAEHELIN, N 10 *ad* art. 330a CO. D'un avis contraire : AUBERT, N 36 *ad* art. 330a CO, pour lequel une telle mention devrait être la règle « *de manière courte* » sauf confiance rompue pour des raisons objectives.

des rapports de travail, peuvent avoir pour effet de catégoriser les travailleurs et revêtent une dimension émotionnelle.

Il en va selon nous différemment d'une recommandation du travailleur, qui s'inscrit dans le prolongement d'une excellente appréciation de la qualité du travail ou du collaborateur, à moins que l'on y préfère une lettre de recommandation individuelle.

D'aucuns concluent parfois le certificat par des rappels des obligations qui subsistent après la fin du contrat, comme l'obligation de confidentialité (art. 321a al. 4 CO), le cas échéant combinés avec une mention du type « *nous quitte libre de tout engagement* ». Ces indications n'ont pas à figurer dans le certificat de travail¹²⁶. La seconde précision pouvant impliquer une renonciation par l'employeur à ses prétentions à l'encontre du travailleur, elle est problématique en lien avec les obligations perdurant après la fin des rapports de travail, comme la confidentialité ou une prohibition de concurrence, et lorsque l'employeur a des prétentions à faire valoir à l'encontre de son travailleur, en particulier en dommages-intérêts (art. 321e CO)¹²⁷. Le certificat n'est pas un document ayant pour vocation de rappeler les droits et obligations des parties et il ne doit pas évoquer l'existence d'une prohibition de concurrence¹²⁸.

La précision selon laquelle le certificat n'est pas codé, appelée parfois mention de qualité¹²⁹, ne devrait pas figurer dans un certificat de travail. Elle n'aide nullement à la compréhension du certificat¹³⁰ et elle ne peut avoir que pour effet de faire soupçonner que le certificat contient effectivement un langage codé¹³¹.

¹²⁶ Arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud HC/2017/414, c. 3.2 et 3.3.2, l'employé ne pouvant pas demander l'ajout des termes « *free from commitment* », alors qu'il est par ailleurs lié par une prohibition de concurrence et une clause de non-sollicitation ; TF 4C.36/2004 du 8 avril 2004, c. 5.

¹²⁷ AUBERT, N 35 *ad* art. 330a CO ; CARRUZZO, N 10 *ad* art. 330a CO.

¹²⁸ FISCHER, pp. 33 s. Pour JANSSEN, p. 133, l'employeur a un intérêt à rappeler la prohibition de concurrence, mais il ne peut le faire contre la volonté du travailleur.

¹²⁹ Par exemple, ce certificat « *confirme un témoignage transparent et non codé* », ou « *est établi de façon non codée* », ou encore « *n'utilise pas de témoignages codés* ».

¹³⁰ FISCHER, p. 13 ; GEISER/MÜLLER, N 702.

¹³¹ Arrêt de l'Obergericht du canton de Thurgovie, RSJ 2009 p. 147, c. 2b.

G. Exemples jurisprudentiels

Si le contrat est qualifié de contrat de travail, le verbe « *travailler* » devrait être préféré aux expressions de « *collaborer* » et d'« *indépendant* ». Lorsque le nombre d'heures de travail n'est pas fixe ou usuel, le document peut préciser le temps effectif d'activité¹³².

En cas de litige sur la description des tâches, il convient de se référer aux déclarations des parties et aux éléments établis en procédure¹³³. Des expressions telles que « *prise de contact* » et « *accompagnement* » laissent penser à des cas concrets, qui doivent avoir existé¹³⁴.

Le certificat de travail ne peut contenir la mention d'une fonction de cadre prévue dans le contrat si le collaborateur n'a effectivement assumé aucune tâche qu'un tiers de bonne foi peut considérer comme relevant de cette fonction¹³⁵.

Une collaboratrice peut être désignée comme responsable d'un service même si elle n'a pas eu d'employé sous ses ordres et, si le certificat fait état d'une promotion, il doit préciser les tâches précédemment accomplies et encore assumées après la promotion¹³⁶.

Un travailleur ayant accompli de bonnes prestations a généralement travaillé à la satisfaction de son employeur, l'expression « *entière satisfaction* » pouvant être réservée à des prestations au-dessus de la moyenne¹³⁷. En outre, « *il n'y a pas lieu de chercher un hypothétique sens caché dans le libellé d'un certificat, ni, en l'espèce, d'attribuer un sens caché et dépréciatif aux mots "notre satisfaction" [...]. Littéralement, il n'existe pas de différence de signification notable entre "notre satisfaction" et "notre entière satisfaction" »*¹³⁸.

Si le certificat de travail correspond dans l'ensemble aux faits établis, le travailleur n'est pas fondé à demander des corrections mineures, comme l'ajout de l'adverbe « *constamment* »¹³⁹.

Un collaborateur ayant souvent des disputes avec ses collègues et à l'origine de tensions avec ses responsables ne peut exiger qu'on le décrive comme très apprécié de ses

¹³² Arrêt de la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud Jug/2010/67, c. Xb.

¹³³ En ce sens, par exemple arrêt du Tribunal cantonal du canton du Jura ADM 125/2016, c. 6.2.

¹³⁴ TF 4A_432/2009 du 10 novembre 2009, c. 3.2 (« *Kontaktaufnahme* » et « *Begleitung* »).

¹³⁵ TF 4C.60/2005 du 28 avril 2005, c. 4.4 et 4.5.

¹³⁶ TF 4C.463/1999 du 4 juillet 2000, c. 10.

¹³⁷ TF 4A_117/2007 du 13 septembre 2007 (4A_127/2007), c. 7.1. Cette approche est suivie dans le canton de Vaud ; arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud HC/2014/8, c. 5c.

¹³⁸ TF 4A_137/2014 du 10 juin 2014, c. 4, commenté par WYLER, JdT 2015 II 107, N 7.

¹³⁹ Arrêt du Tribunal cantonal du canton des Grisons, in : JAR 2009 p. 545, c. 7b.

collègues, ou que le certificat fasse état d'excellentes relations avec les supérieurs hiérarchiques et les collègues¹⁴⁰.

L'employeur peut faire preuve d'un enthousiasme mesuré s'agissant de la conduite et de la qualité du travail s'il a licencié le collaborateur pour un comportement qu'il considérerait ne pas être en ligne avec son entreprise et pour des manquements¹⁴¹. La précision qu'il « *s'est acquitté des tâches qui lui ont été confiées et a fourni un service de qualité* » suffit¹⁴².

Un employé ne remplissant pas toutes les attentes de l'employeur, n'ayant pas fourni de bonnes performances et ayant fait preuve d'un manque de motivation et d'engagement ne peut voir son certificat final modifié avec l'ajout systématique de l'adverbe « *très* », l'ajout de l'adjectif « *excellent* » en lien avec ses relations internes et la mention « *entière satisfaction* ». Il ne peut pas non plus obtenir la recommandation de son ancien employeur¹⁴³.

La bonne intégration d'un travailleur dans une équipe peut constituer un élément important dans l'appréciation globale et être ajoutée dans le certificat si l'employeur a omis cette mention, et ce même s'il fait aussi état du motif de la fin des rapports de travail¹⁴⁴.

Une formulation selon laquelle le travailleur « *a entretenu avec ses collègues et les clients des rapports conformes à nos attentes* » contient un sous-entendu, si bien qu'elle doit être modifiée au profit des termes « *a entretenu de bonnes relations avec ses collègues* », voire d'« *excellentes relations* » si celles-ci ont été d'une qualité nettement supérieure à la moyenne¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Arrêt du Tribunal cantonal du canton du Jura ADM 125/2016, c. 6.5.

¹⁴¹ Arrêt du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel CCC.2005.157.

¹⁴² TF 4C.237/2006 du 24 novembre 2006, c. 5.

¹⁴³ Arrêt du Tribunal cantonal du canton de Fribourg 102 2016 224, c. 2 et 4.

¹⁴⁴ TF 4A_455/2007 du 12 février 2008, c. 4.2.2.

¹⁴⁵ Arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud HC/2014/8, c. 5c.

V. Forme

A. Mise en forme et rédaction

Le certificat de travail doit être établi par écrit, sur le papier à en-tête de l'employeur, et en principe dactylographié¹⁴⁶. La mise en forme doit être soignée et précise (graphisme, syntaxe et grammaire, absence de fautes de frappe et d'orthographe, ponctuation rigoureuse). Toute mention telle que « copie » ou « recommandé » doit être retranchée¹⁴⁷.

Le certificat de travail ne constitue pas un courrier et ne doit pas contenir l'adresse de l'employé ou la mention « à qui de droit ». Il arrive que le certificat soit présenté sous forme de lettre, en particulier pour des cadres, afin de lui donner une portée plus personnelle¹⁴⁸. Une telle présentation ne se justifie à notre sens pas, car elle ne correspond pas à la nature d'attestation du certificat et peut créer une confusion avec une lettre de recommandation¹⁴⁹.

L'emploi du passé est de mise pour un certificat final, alors qu'un certificat intermédiaire, même établi durant le délai de résiliation, est rédigé au présent¹⁵⁰.

L'employé doit être désigné de la même manière dans tout le document et avec son nom complet, le cas échéant précédé de « Monsieur » ou « Madame »¹⁵¹. Le document ne reprend pas un éventuel tutoiement utilisé entre les parties.

B. Langue

Le certificat de travail doit être établi dans la langue usuelle du lieu où les rapports de travail se sont déroulés¹⁵². « Si la langue de travail n'est pas celle usuelle dans le lieu où se sont déroulés les rapports de travail, le travailleur a droit à une version du certificat de travail dans ces deux langues »¹⁵³. Les frais de traduction sont alors à charge de

¹⁴⁶ Arrêt de l'Arbeitsgericht du canton de Zurich, in : JAR 2007 p. 532, même si l'employeur ne dispose pas d'un ordinateur ; ENZLER, N 71 ; FISCHER, p. 21 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 330a CO. Il faut réserver le cas dans lequel un texte manuscrit confère une valeur supplémentaire, par exemple dans des rapports de travail éminemment personnels.

¹⁴⁷ FISCHER, pp. 20 s.

¹⁴⁸ ENZLER, N 38 ; JANSSEN, p. 57.

¹⁴⁹ D'un avis contraire : BERNOLD, p. 50.

¹⁵⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2a ad art. 330a CO.

¹⁵¹ BERNOLD, p. 52.

¹⁵² JANSSEN, p. 67 ; REHBINDER/STÖCKLI, N 13 ad art. 330a CO.

¹⁵³ TF 4A_117/2007 du 13 septembre 2007 (4A_127/2007), c. 7.1 ; FISCHER, pp. 11 s.

l'employeur¹⁵⁴. En dehors de cette hypothèse, l'employeur peut accepter de délivrer le certificat dans plusieurs langues à la demande du travailleur, le cas échéant en lui faisant supporter les frais de traduction¹⁵⁵. Pour des rapports de travail à portée internationale, la langue du certificat est celle de nature à favoriser l'avenir économique du travailleur¹⁵⁶.

C. Lieu et date d'établissement

Le certificat précise son lieu – où se trouve le siège ou les bureaux de l'employeur¹⁵⁷ – et sa date d'établissement.

De manière analogue à la solution préconisée quant à la date de fin des rapports de travail¹⁵⁸, le principe de vérité l'emporte ici aussi d'après nous : l'employeur indique la date à laquelle il établit et signe le certificat, sans égard au temps qu'il prend pour son établissement et même en cas d'émission à l'issue d'une procédure judiciaire¹⁵⁹, à moins que le tribunal n'ordonne d'antidater le document¹⁶⁰. Si l'employeur tarde fautivement à établir le certificat, la conséquence réside à notre sens dans des dommages-intérêts¹⁶¹. Si l'employeur veut indiquer comme date d'établissement la date de fin des rapports de travail, il établit le certificat à cette date¹⁶² et il ne peut délivrer un certificat final en anticipation de la date de fin des rapports de travail, sauf si le document ne précise pas son lieu et sa date d'établissement.

¹⁵⁴ ENZLER, N 98 ; SUBILIA/DUC, N 3 *ad* art. 330a CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3c *ad* art. 330a CO.

¹⁵⁵ CARRUZZO, N 5 *ad* art. 330a CO.

¹⁵⁶ JANSSEN, p. 67, ou la langue usuelle d'une profession, comme l'anglais pour les pilotes.

¹⁵⁷ ENZLER, N 75.

¹⁵⁸ Voir *supra* IV.C.2.

¹⁵⁹ SUBILIA/DUC, N 4 *ad* art. 330a CO ; WYLER/HEINZER, p. 416. D'un avis contraire : AUBERT, N 3 *ad* art. 330a CO ; CLASS, p. 33 ; ENZLER, N 77 ; LAM, pp. 815 ss ; PORTMANN/RUDOLPH, N 6 *ad* art. 330a CO, qui envisagent une date différente de la date effective en cas d'établissement ou de modification du certificat après un long procès ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5b *ad* art. 330a CO. Pour l'Arbeitsgericht du canton de Zurich, *in* : JAR 2009 p. 694, il s'agit de cas absolument exceptionnels.

¹⁶⁰ FISCHER, p. 14.

¹⁶¹ D'un avis contraire : ENZLER, N 78, pour lequel l'employeur peut être responsable à l'égard du travailleur en cas d'établissement tardif, en plus de devoir indiquer la date à laquelle le certificat aurait dû être établi à l'origine. Voir également *infra* XI.C.

¹⁶² ENZLER, N 79 ; JANSSEN, p. 98.

D. Signature

Un ou des représentants de l'employeur doivent signer (de manière manuscrite) le certificat de travail¹⁶³, le cas échéant habilités par une procuration¹⁶⁴. Le signataire doit être un supérieur occupant une position dirigeante et ne peut être un autre collaborateur et encore moins une personne subordonnée¹⁶⁵.

Il faut que l'un des signataires ait connaissance de la situation du collaborateur¹⁶⁶ et que le texte précise les fonctions des signataires. À notre sens, le certificat devrait en principe comporter deux signatures et la pratique consistant à avoir la signature d'un responsable, qui dispose d'un pouvoir de signature, avec celle de la personne en charge des ressources humaines, qui a préparé le texte, fait sens.

VI. Établissement

A. Documentation

Pour établir le certificat de travail, en particulier au sein d'une entreprise dont les responsables ont changé au fil du temps, l'employeur a besoin de recourir aux éléments du dossier du collaborateur, en particulier le contrat, le cahier des charges, l'offre d'emploi, les objectifs fixés individuellement et globalement, les éléments d'évaluation, les notes des ressources humaines, les organigrammes internes, etc. Lorsque l'employeur procède à des évaluations du travailleur au cours des rapports de travail, ces dernières peuvent constituer une base utile et pertinente à l'appréciation de la qualité du travail et de la conduite. Les éléments à la base de l'octroi d'une rémunération variable, qui supposent la réalisation d'objectifs prédéfinis, qualitatifs ou quantitatifs, sont utiles pour présenter un état des compétences et une appréciation de la qualité du travail.

Dans les entreprises d'une certaine taille, les grilles d'évaluations donnent généralement l'appréciation globale du travailleur, qui est ensuite retranscrite dans le certificat, le cas échéant selon certains modèles en fonction du niveau du collaborateur. S'il existe de tels modèles au sein de l'entreprise, il importe de s'en écarter au moment de la rédaction pour

¹⁶³ CARRUZZO, N 11 *ad art.* 330a CO ; CLASS, pp. 34 s. ; PORTMANN/RUDOLPH, N 9 *ad art.* 330a CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3d *ad art.* 330a CO.

¹⁶⁴ JANSSEN, pp. 39 et 64. Pour ENZLER, N 54, le travailleur ne peut pas exiger qu'une personne spécifique, apte à confirmer les indications du certificat, le signe si elle ne dispose pas de pouvoirs de signature.

¹⁶⁵ Arrêt du Tribunal cantonal du canton de Nidwald, RSJ 1998 p. 26.

¹⁶⁶ AUBERT, N 12 *ad art.* 330a CO.

individualiser et personnaliser le document. La participation du collaborateur à l'établissement du certificat est aussi importante¹⁶⁷.

B. Précédent certificat

La question se pose de savoir si l'employeur est tenu par le texte d'un précédent certificat intermédiaire dans le cadre de l'établissement d'un nouveau certificat intermédiaire ou final. Le Tribunal fédéral, reprenant ici la doctrine, retient que l'employé ne peut pas exiger que soit repris le texte d'un précédent certificat, même si les circonstances n'ont pas changé fondamentalement depuis¹⁶⁸. Nous partageons cet avis dès lors que le travailleur ne peut pas exiger un texte particulier de la part de l'employeur, qui conserve le privilège de la rédaction¹⁶⁹.

C. Délai

L'employeur doit agir de bonne foi et établir le certificat de travail dans un certain délai depuis la demande de son collaborateur. Ce délai devrait être de l'ordre de deux jours pour un certificat de travail limité et de deux semaines pour un certificat complet¹⁷⁰.

Le délai applicable dans un cas d'espèce dépend des circonstances. Il convient de prendre en considération notamment la longueur des rapports de travail et les nécessités de rassembler des documents, la technicité de la fonction, l'existence de cahiers des charges d'origine et actualisés, la reprise de précédents certificats de travail intermédiaires, le domaine, ou encore l'existence de ressources humaines au sein de l'entreprise. Le fait que le travailleur dispose d'un certificat intermédiaire récent peut également être pris en considération pour apprécier si le délai de délivrance est excessif¹⁷¹.

¹⁶⁷ FISCHER, p. 69. Voir également *supra* IV.B.1.

¹⁶⁸ TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, c. 6.1 ; AUBERT, N 15 *ad art.* 330a CO ; FISCHER, p. 58 ; HUMBERT/THOUVENIN, p. 103, qui mentionnent une décision zurichoise et un délai de trois mois ; JANSSEN, pp. 67 s. ; LAM, p. 809.

¹⁶⁹ Voir *supra* III.

¹⁷⁰ CR-AUBERT, N 6 *ad art.* 330a CO (« *au plus quelques semaines* » et quelques jours pour une attestation) ; BÜHLER/LEFÉBURE/HAUNREITER, p. 115 ; HUMBERT/THOUVENIN, p. 103 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 *ad art.* 330a CO. D'un avis contraire : MÜLLER/THALMANN/FAVRE, p. 89, qui retiennent une semaine au maximum.

¹⁷¹ Arrêt du Tribunal cantonal du canton du Jura ADM 125/2016, c. 8, dans lequel un délai de cinq mois après la fin des rapports de travail au 31 décembre n'a pas paru excessif pour un travailleur qui disposait d'un certificat intermédiaire ayant fait l'objet de demandes de modifications à l'époque de la fin des

D. Suspension

Une suspension de la délivrance du certificat nous paraît délicate à la lecture du texte légal. L'établissement d'un certificat complet peut toutefois s'avérer problématique en cas de litige sur les justes motifs du licenciement donné par l'employeur. En effet, il arrive fréquemment que les justes motifs invoqués soient litigieux et que leur caractère justifié soit tranché à l'issue d'une procédure judiciaire. Avant l'issue du procès, se fondant sur le principe de vérité, l'employeur souhaite établir un certificat complet mentionnant le motif de fin des rapports de travail, alors que le travailleur réclame un certificat sans une telle mention. Dans une telle hypothèse, plutôt que d'admettre¹⁷² la possibilité de la suspension de la délivrance d'un certificat complet jusqu'à droit connu au fond, l'employeur devrait à notre sens en pratique être habilité à n'établir provisoirement qu'une attestation de travail, sans s'exposer à une prétention en dommages-intérêts en raison de la non-délivrance d'un certificat complet¹⁷³.

L'établissement du certificat de travail ne peut dépendre d'une contre-prestation du travailleur, y compris à la fin des rapports de travail, et l'employeur ne peut exercer de droit de rétention dès lors que le certificat de travail n'est pas une chose réalisable, nonobstant sa nature patrimoniale¹⁷⁴.

E. Envoi

L'employeur ayant la charge de la preuve de la délivrance du certificat, un envoi recommandé ou contre quittance est préférable¹⁷⁵. L'employeur devrait en conserver une copie, puisque si le travailleur perd son certificat, il peut en demander un nouvel exemplaire sans que le document précise qu'il s'agit d'un duplicata¹⁷⁶.

rapports de travail et dont le certificat final avait été délivré six semaines (le 20 mai) après la demande (du 12 avril).

¹⁷² CARRUZZO, N 1 *ad* art. 330a CO ; PORTMANN/RUDOLPH, N 2 *ad* art. 330a CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 *ad* art. 330a CO et les références citées.

¹⁷³ Nous distinguons cette hypothèse de la problématique de la cohérence entre les motifs de la résiliation et un procès pour licenciement abusif ; voir *infra* IX.A.

¹⁷⁴ Respectivement art. 82 CO et 895 ss CC (en particulier art. 896 al. 1 CC) ; ENZLER, N 30 ss ; FISCHER, pp. 71 s. ; REHBINDER/STÖCKLI, N 17 *ad* art. 330a CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 *ad* art. 330a CO. La problématique de la réalisation éventuelle de l'infraction de contrainte n'est pas examinée dans la présente contribution, qui ne traite pas du tout les aspects pénaux.

¹⁷⁵ CARRUZZO, N 1 *ad* art. 330a CO ; CLASS, pp. 44 s.

¹⁷⁶ BERNOLD, p. 69 ; ENZLER, N 202, 206 et 207 ; FISCHER, p. 70 ; JANSSEN, pp. 146 s. ; STAEHELIN, N 22 *ad* art. 330a CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 *ad* art. 330a CO.

VII. Tableau récapitulatif

Titre	<i>certificat de travail, attestation de travail, certificat de travail limité, certificat de travail intermédiaire</i>
Introduction	<i>informations personnelles sur le travailleur : nom, prénom, date de naissance et lieu ou pays d'origine dates de début et de fin des rapports de travail, type d'emploi (durée déterminée ou indéterminée) dénomination de la fonction</i>
Nature des rapports de travail	<i>fonctions principales et secondaires, activités, tâches et responsabilités importantes, développement chronologique, promotion, mutation, pouvoir de signature, formation relative à l'activité</i>
Qualité du travail	en cas de certificat complet <i>description des qualités professionnelles et de leur concrétisation dans l'exécution du travail, appréciations défavorables uniquement si nécessaires à l'évaluation globale</i>
Conduite	en cas de certificat complet <i>description des qualités servant à l'exercice de l'activité et se rapportant au travail, comportement durant l'activité</i>
Autres mentions	emplacement exact dans le document à déterminer selon les circonstances <i>absences significativement importantes, lieux d'activité, taux d'activité, langues, éléments relatifs à la santé si à la base de la résiliation ou ayant une influence négative sur le travail ou la conduite</i>
Formulations finales	en cas de certificat complet <i>motif de fin des rapports de travail si nécessaire à l'appréciation globale ou à la demande du travailleur recommandation</i>
Lieu et date d'établissement	
Signatures	<i>précision des fonctions et noms des signataires</i>

VIII. Interprétation

Des acceptions et interprétations communes de certaines expressions¹⁷⁷ équivoques et des doubles sens devraient entièrement être retranchés des certificats de travail : ils ne font qu'alimenter les problèmes et les litiges, et les codes sont généralement interprétés en défaveur du travailleur¹⁷⁸. Au moment de la rédaction, l'employeur doit respecter les

¹⁷⁷ En ce sens, par exemple MÜLLER/THALMANN/FAVRE, pp. 59 ss.

¹⁷⁸ GEISER/MÜLLER, N 700 et, avec des exemples de codes inadmissibles, N 701 (en allemand) ; PORTMANN/RUDOLPH, N 7 ad art. 330a CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3b et 9 ad art. 330a

principes applicables et adopter un style à la fois direct, concis, précis, équilibré et cohérent¹⁷⁹. Au moment de la lecture du certificat, il convient de s'en tenir au sens premier des termes utilisés¹⁸⁰ et interpréter le document, qui contient inévitablement une part de subjectivité, avec un esprit critique ou, selon la doctrine alémanique, un sain scepticisme¹⁸¹. Le lecteur d'un certificat ne devrait pas rechercher des omissions ou codes et simplement mettre en perspective le descriptif des tâches accomplies et les éléments appréciatifs.

Il faut également être attentif au risque de surinterprétation¹⁸². Le texte du certificat doit être lu et analysé dans son ensemble et des passages ne doivent pas être isolés et surévalués¹⁸³. L'interprétation tient compte de l'entreprise et du secteur d'activité, et le document doit être envisagé dans la globalité d'un dossier de candidature, avec les autres certificats et le curriculum vitae.

La qualité rédactionnelle peut être prise en considération afin de déterminer la portée à donner au certificat. Le recruteur ne devrait pas donner trop d'importance à un certificat alignant des formules standardisées.

IX. Cohérence avec les motifs du licenciement

Le certificat de travail constitue un moyen de preuve particulier, si bien que l'employeur ne peut pas agir en contradiction de son texte, avant ou après l'avoir délivré. Nous avons déjà exprimé que l'employeur ne doit pas donner une quittance à son employé à l'encontre duquel il a des prétentions encore pendantes¹⁸⁴. Il doit également ne pas se contredire entre les actes accompagnant la résiliation et le texte du certificat de travail.

CO. Pour LAM, pp. 812 s., il devrait être tenu compte de certaines formulations type communément présentes dans le monde du travail.

¹⁷⁹ Voir *supra* III. et IV.A.

¹⁸⁰ En ce sens, par exemple TF 4A_137/2014 du 10 juin 2014, c. 4, qui cite AUBERT, N 10 *ad* art. 330a CO. Il s'agit de l'approche généralement adoptée par le Tribunal fédéral.

¹⁸¹ « *Gesunde Skepsis* » ; ENZLER, N 91 ; JANSSEN, p. 90.

¹⁸² JANSSEN, p. 89.

¹⁸³ JANSSEN, pp. 89 s.

¹⁸⁴ Voir *supra* IV.F.4.

A. Motivation du congé et licenciement abusif

Il est relativement fréquent en pratique qu'un procès en licenciement abusif porte également sur la modification du certificat de travail lorsque le travailleur conteste la motivation de la résiliation donnée par l'employeur, qui transparaît dans les appréciations du certificat.

En effet, la motivation du congé (art. 335 al. 2 CO) a des incidences sur le contenu du certificat de travail final complet, pour les éléments relatifs à la qualité du travail et à la conduite du travailleur. La motivation ne saurait être en contradiction avec le certificat de travail délivré, et inversement.

L'employeur doit veiller à être cohérent entre les deux textes¹⁸⁵. S'il considère que certaines tâches n'ont pas été accomplies, il évite d'en faire état dans la description de la nature des rapports de travail. Il reprend la motivation du congé si le travailleur demande la mention du motif de fin des rapports de travail dans le certificat¹⁸⁶. Il tient le cas échéant compte des appréciations données dans un certificat intermédiaire récent.

L'employeur doit se voir opposer une éventuelle contradiction entre l'appréciation faite dans le certificat de travail et les motifs qu'il invoque à l'appui du licenciement¹⁸⁷. Si le travailleur obtient gain de cause dans son procès en licenciement abusif et a pris des conclusions en modification de son certificat, l'employeur doit modifier le certificat en conséquence. À moins que l'indication du motif de fin des rapports de travail ne soit nécessaire, nous pensons que l'employeur ne peut pas se contenter de délivrer un certificat limité pour la durée du procès dans un tel cas¹⁸⁸. L'employeur pondère ses risques, entre l'établissement d'un certificat élogieux incohérent avec la motivation du congé, la délivrance d'un certificat pouvant potentiellement créer un dommage au travailleur et dont le contenu est modifié à l'issue du procès, et la non-délivrance d'un certificat complet jusqu'à l'issue du litige qui engagerait sa responsabilité¹⁸⁹. Dans cette pondération, il nous paraît préférable que l'employeur délivre un certificat complet mesuré dans les appréciations qui sont liées aux motifs du congé, dans la mesure où il ne peut pas être considéré comme responsable à l'égard du travailleur auquel il a refusé à bon droit la délivrance d'un certificat positif¹⁹⁰.

¹⁸⁵ CLASS, p. 45 ; ENZLER, N 180 ; JANSSEN, pp. 135 s.

¹⁸⁶ Voir *supra* IV.F.2.

¹⁸⁷ MÜLLER/THALMANN/FAVRE, p. 97.

¹⁸⁸ Contrairement à ce que nous retenons pour un certificat complet délivré à la suite d'un licenciement immédiat pour justes motifs ; voir *supra* VI.D.

¹⁸⁹ Voir *infra* XLC.

¹⁹⁰ STAEHELIN, N 24 *ad* art. 330a CO.

B. Assurance-chômage

Pour faire valoir son droit à des indemnités de chômage, le chômeur est tenu de présenter à la caisse de chômage une attestation de travail délivrée par son dernier employeur ; celui-ci la lui remet au moment du départ (art. 20 al. 2 LACI). Cette attestation de l'employeur comprend une rubrique relative au motif de la résiliation, que l'employeur complète selon les circonstances du cas d'espèce, en tenant compte non seulement de la motivation du congé mais aussi du certificat de travail.

Le certificat de travail fait partie des documents que le travailleur doit présenter lors de son inscription auprès d'un office régional de placement¹⁹¹.

En cas de chômage fautif, soit lorsque le travailleur a donné par son comportement un motif de résiliation à son employeur¹⁹², ceci devrait transparaître des appréciations contenues dans le certificat de travail. Les exigences relatives aux possibilités de mentions défavorables étant relativement strictes, les manquements ne figurent pas nécessairement de manière expresse dans le certificat. L'employeur tient compte des motifs du congé communiqués à l'employé pour donner les informations à la caisse de chômage dans l'attestation de l'employeur puis, le cas échéant, dans ses échanges ultérieurs avec elle destinés à clarifier les motifs du congé¹⁹³. Dans ce cas inconfortable résultant du fait que les clarifications sollicitées par la caisse auprès de l'employeur peuvent avoir pour effet une suspension du droit de l'employé aux indemnités de chômage, l'employeur est à notre sens habilité à se référer non seulement à la motivation écrite du congé remise à l'employé, mais aussi au texte du certificat qu'il a établi, si le texte contient des précisions.

X. Références

Le travailleur a le droit à ce que son (ancien) employeur donne des références à de potentiels employeurs à son sujet, moyennant son accord, y compris après la fin des

¹⁹¹ SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO) – DIRECTION DU TRAVAIL, Bulletin LACI IC, État janvier 2018, B 336.

¹⁹² En ce sens, art. 29 et 30 LACI ; SECO – DIRECTION DU TRAVAIL, Bulletin LACI IC, État janvier 2018, D 15 ss.

¹⁹³ En vertu de son obligation de collaborer prévue à l'art. 28 al. 1 LPGA.

rapports de travail¹⁹⁴. Cet accord est présumé si le travailleur a expressément mentionné son ancien employeur comme personne de référence dans sa candidature¹⁹⁵.

Les références doivent, comme le certificat de travail, être véridiques et être données en respectant les mêmes principes¹⁹⁶. Les règles relatives au certificat limitent ainsi la faculté de l'employeur à donner des appréciations sur son collaborateur¹⁹⁷. Sortes de certificat oral, elles ne doivent pas en différer¹⁹⁸. L'employeur reste en outre soumis à son obligation de protéger la personnalité de son (ancien) collaborateur¹⁹⁹. Les références devraient à notre sens ne porter que sur les informations contenues dans le certificat, même si cette solution a pour effet d'en réduire la portée²⁰⁰.

Si le travailleur a demandé un certificat limité, l'employeur ne peut donner des indications d'un certificat complet sur la qualité du travail et la conduite²⁰¹.

XI. Contentieux

A. Action en délivrance et action en rectification

1. Généralités

Le travailleur peut agir en justice pour obtenir le certificat de travail que l'employeur refuse de lui fournir, par une action condamnatoire en délivrance²⁰².

Il peut également demander la modification du certificat qu'il a reçu et qu'il estime lacunaire, inexact ou contenir des indications trompeuses ou ambiguës, par le biais d'une

¹⁹⁴ BÜHLER/LEFÉBURE/HAUNREITER, p. 127 ; GEISER/MÜLLER, N 698 ; JANSSEN, p. 196 ; REHBINDER/STÖCKLI, N 27 *ad art.* 330a CO. La sollicitation et le partage de références impliquent un traitement de données qui doit respecter l'art. 328b CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 *ad art.* 330a CO.

¹⁹⁵ Arrêt de l'Arbeitsgericht du canton de Zurich, *in* : ZR 1998 p. 181 ; CARRUZZO, N 13 *ad art.* 330a CO ; REHBINDER/STÖCKLI, N 27 *ad art.* 330a CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 *ad art.* 330a CO.

¹⁹⁶ AUBERT, N 57 *ad art.* 330a CO ; REHBINDER/STÖCKLI, N 27 *ad art.* 330a CO.

¹⁹⁷ CR-AUBERT, N 8 *ad art.* 330a CO.

¹⁹⁸ GEISER/MÜLLER, N 698.

¹⁹⁹ STAEHELIN, N 26 *ad art.* 330a CO.

²⁰⁰ Arrêt de l'Obergericht du canton de Thurgovie, RSJ 2009 p. 147, c. 3b.

²⁰¹ CARRUZZO, N 13 *ad art.* 330a CO.

²⁰² Action en exécution ; ATF 129 III 177, c. 3.3, JdT 2003 I 342 ; arrêt de la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud Jug/2010/52, c. IVb, repris *in* : JAR 2011 p. 586.

action en rectification²⁰³. Cette action devrait être initiée après que le travailleur a essayé un refus de son employeur de procéder aux modifications qu'il demande²⁰⁴.

2. Conclusions

Tant l'action en délivrance que l'action en rectification doivent contenir des conclusions précises²⁰⁵. Celles-ci peuvent être assorties de la menace des peines de l'art. 292 CP²⁰⁶ ou de mesures d'exécution que le tribunal pourrait ordonner²⁰⁷.

Dans son action condamnatoire, le travailleur conclut au principe de la délivrance du certificat de travail. Pour des raisons d'économie de procédure, il a la possibilité²⁰⁸ de proposer directement un texte dans le cadre de cette action, pour éviter de devoir agir en deux temps (quant au principe, ce qui peut conduire à un premier jugement non susceptible d'exécution forcée, puis en rectification du certificat qui lui a été délivré en exécution de sa première action)²⁰⁹.

En cas d'action en rectification, le travailleur doit formuler lui-même le texte requis pour que le tribunal puisse reprendre le texte dans son jugement²¹⁰. Une conclusion tendant à la délivrance d'un certificat de travail « *conforme à la vérité* » ne peut être admise, de même que la simple réclamation de la correction du document sans autre précision²¹¹. Si le travailleur considère que le document qui lui a été remis contient des allusions non admissibles, il agit en rectification et il lui appartient de proposer un texte dans ses conclusions²¹².

²⁰³ TF 4A_270/2014 du 18 septembre 2014, c. 3.2.1, résumé par WYLER, JdT 2015 II 107, n. 6.

²⁰⁴ TF 4A_117/2007 du 13 septembre 2007 (4A_127/2007), c. 7.2 et 7.4, dans lequel le Tribunal fédéral laisse la question indécidée ; FISCHER, pp. 35 s.

²⁰⁵ TF 4A_270/2014 du 18 septembre 2014, c. 3.2.1. Pour un exemple, cf. l'état de fait de l'arrêt de la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud Jug/2010/67 ; MÜLLER/THALMANN/FAVRE, pp. 100s et 103.

²⁰⁶ STAEHELIN, N 21a *ad* art. 330a CO.

²⁰⁷ Art. 236 al. 3 et 343 al. 1 CPC ; FISCHER, pp. 59 s.

²⁰⁸ Mais non l'obligation ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 *ad* art. 330a CO.

²⁰⁹ Du même avis, LAM, pp. 823 s. ; SUBILIA/DUC, N 16 *ad* art. 330a CO ; STAEHELIN, N 20 *ad* art. 330a CO ; WYLER/HEINZER, p. 419. Les considérants du premier jugement peuvent donner des indications sur le contenu du texte que l'employeur doit établir à l'issue du jugement condamnatoire ; arrêt de la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud Jug/2013/325, c. XXb.

²¹⁰ Arrêt du Tribunal cantonal du canton du Jura ADM 125/2016, c. 4.2 ; ENZLER, N 217 ; JANSSEN, p. 160 ; arrêt de la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois Jug/2012/288, N 17 (état de fait) et c. XV, qui précise les éléments divergents des conclusions prises.

²¹¹ TF 4C.237/2006 du 24 novembre 2006, c. 5.

²¹² TF 4A_270/2014 du 18 septembre 2014, c. 3.3. Pour un exemple, arrêt du Tribunal cantonal de Fribourg 102 2016 224, c. 4b.

3. Fardeau de la preuve

La question du fardeau de la preuve dans le litige portant sur le certificat de travail est controversée²¹³.

Le principe de répartition de la charge de la preuve posé à l'art. 8 CC peut être relativisé dans un litige portant sur un certificat de travail, pour tenir compte de la part de subjectivité inhérente à un tel document²¹⁴.

En cas d'action en rectification, il appartient au travailleur de prouver les faits justifiant l'établissement d'un certificat différent de celui délivré²¹⁵, mais l'employeur doit collaborer à l'instruction en expliquant les faits à l'appui de ses mentions²¹⁶. Si l'employeur refuse de le faire ou s'il ne parvient pas à justifier sa position, le juge peut considérer que la demande en rectification est fondée²¹⁷. Il se justifie de retenir une telle charge de la preuve, à plus forte raison pour un certificat final, dans la mesure où l'employeur a généralement à sa disposition davantage de moyens de preuve²¹⁸.

De bonnes prestations sont présumées, alors que de très bonnes doivent être établies par le travailleur s'il conteste les appréciations faites par l'employeur²¹⁹. Le procès peut même porter sur des jugements de valeur.

Outre les pièces du dossier du collaborateur, ses précédents certificats intermédiaires et ses évaluations²²⁰, les déclarations des témoins représentent une part importante des preuves dont le tribunal doit tenir compte, spécialement en lien avec les éléments appréciatifs²²¹. Les risques liés à un tel procès sont dès lors importants, tant pour l'employeur que pour le travailleur. Les avis, même de bonne foi, peuvent diverger et l'employeur conserve un

²¹³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5c *ad art.* 330a CO.

²¹⁴ FISCHER, p. 46 et les références citées.

²¹⁵ Arrêt de la Cour d'appel du canton de Bâle-Ville VD.2017.22, c. 2.3.4.4 ; TF 4A_117/2007 du 13 septembre 2007 (4A_127/2007), c. 7.4 ; TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, c. 6.1 ; PORTMANN/RUDOLPH, N 10 *ad art.* 330a CO ; WYLER/HEINZER, p. 418.

²¹⁶ TF 4A_270/2014 du 18 septembre 2014, c. 3.2.1. S'il s'en abstient, la rectification demandée par le travailleur, soit le retranchement des appréciations négatives, doit être admise ; arrêt du Tribunal cantonal du canton du Jura ADM 125/2016, c. 5.

²¹⁷ TF 4A_117/2007 du 13 septembre 2007 (4A_127/2007), c. 7.1.

²¹⁸ D'un avis contraire : SUBILIA/DUC, N 14 *ad art.* 330a CO.

²¹⁹ Arrêt de la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud Jug/2010/67, c. Xa ; arrêt du Tribunal cantonal d'Appenzel Rhodes-Extérieures AR GVP 1999 n. 3335, c. 1c ; HUMBERT/THOUVENIN, p. 103.

²²⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5a *ad art.* 330a CO.

²²¹ TF 4P.13/2002 du 10 juin 2002, c. 2, dans lequel le Tribunal fédéral a annulé l'arrêt cantonal compte tenu des éléments non retenus ressortant des témoignages ; arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud HC/2010/532, c. 6.

large pouvoir d'appréciation²²². Le tribunal apprécie en ce sens avec retenue des modifications reposant sur des aspects subjectifs²²³.

4. Valeur litigieuse

Les actions judiciaires relatives au certificat de travail revêtent une nature pécuniaire²²⁴. Dès lors que l'action ne porte pas sur une somme d'argent, la détermination de sa valeur litigieuse fait l'objet de controverses et n'est pas unanimement tranchée.

La question a son importance dans la mesure où il n'est pas perçu de frais judiciaires dans les affaires de droit du travail jusqu'à CHF 30'000.-²²⁵. La valeur litigieuse est également pertinente au stade de la conciliation puisque l'autorité peut statuer au fond lorsque la valeur litigieuse n'excède pas CHF 2'000.-, sur requête du demandeur²²⁶ ; l'employeur défendeur doit toutefois avoir été rendu attentif préalablement, dans la citation à comparaître, au fait qu'un jugement pourrait être rendu²²⁷.

Si les parties ne s'entendent pas sur le montant de la valeur litigieuse²²⁸, les incertitudes demeurent et les solutions retenues divergent.

Sans exhaustivité²²⁹, nous pouvons mentionner que pour le Tribunal fédéral, la valeur litigieuse ne peut pas être fixée dans l'absolu et une schématisation est exclue²³⁰ ; l'Obergericht du canton de Berne a considéré que l'estimation de la valeur litigieuse sur la base de critères objectifs était comparable à la fixation du dommage en application de l'art. 42 al. 2 CO²³¹ ; dans le canton de Vaud, la valeur litigieuse correspond généralement à un mois de salaire²³² ; à Genève, elle peut être symbolique et, à défaut d'indication, de

²²² STAEHELIN, N 21 *ad* art. 330a CO.

²²³ FISCHER, p. 48.

²²⁴ ATF 116 II 379, c. 2b, JdT 1990 I 584.

²²⁵ Art. 114 lit. c CPC ; art. 113 al. 2 lit. d CPC s'agissant de la procédure de conciliation, à l'issue de laquelle il n'est pas alloué de dépens (art. 113 al. 1 1^{ère} phr. CPC).

²²⁶ Art. 212 CPC.

²²⁷ Arrêt de la Chambre des recours civile du canton de Vaud HC/2016/1104, c. 4.2.

²²⁸ Art. 91 al. 2 CPC.

²²⁹ Pour une présentation de la jurisprudence, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 *ad* art. 330a CO.

²³⁰ TF 8C_151/2010 du 31 août 2010, c. 2.8, *in* : JAR 2011 p. 293.

²³¹ Arrêt de l'Obergericht du canton de Berne, *in* : JAR 2015 p. 429, c. 1.2.

²³² Arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud HC/2015/678, c. 3, JdT 2016 III 39, arrêt qui a ensuite fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, lequel n'a pas écarté la solution retenue par le Tribunal cantonal (TF 4A_509/2015 du 4 février 2015).

CHF 1.-²³³. LAM a récemment étudié la question de manière complète et détaillée, si bien que nous y renvoyons pour le surplus²³⁴.

B. Action en licenciement abusif

Un procès en licenciement abusif peut aussi porter sur la modification du certificat de travail lorsque le travailleur conteste une motivation donnée par l'employeur liée à la qualité de son travail ou à sa conduite. Dans un tel cas, l'instruction des faits dans le cadre du licenciement abusif peut être reprise dans l'appréciation de la conclusion du travailleur tendant à la modification de son certificat de travail²³⁵.

C. Action en dommages-intérêts

Lorsque, alors qu'il en a formellement reçu la demande, l'employeur ne remet pas du tout de certificat de travail, en établit un ne satisfaisant pas aux exigences légales, ou en délivre un avec retard après avoir été mis en demeure, il répond du dommage qu'il cause au travailleur, qui peut agir en responsabilité à son encontre²³⁶.

Le dommage du travailleur peut avoir pour origine les complications de ses recherches d'emploi²³⁷ : il peut correspondre au salaire qu'il aurait obtenu dans un emploi lui ayant échappé²³⁸, ou à la différence entre le salaire qu'il aurait gagné et les indemnités de chômage qu'il a perçues²³⁹. Lorsque l'employeur a établi un certificat non conforme aux exigences applicables, par exemple parce qu'il a indiqué des éléments dépréciatifs qui ne sont pas établis ou qui ont été présentés de manière inappropriée, le dommage peut consister dans le gain non réalisé par le travailleur qui ne retrouve plus d'emploi dans son secteur ou pour ses compétences²⁴⁰. Si l'employeur était en demeure, le collaborateur peut

²³³ <http://ge.ch>, p. « http://ge.ch/justice/sites/default/files/justice/common/TPH_Requete_de_conciliation.pdf » (site consulté le 10 décembre 2017) ; LAM, pp. 819 et 822, qui donne quelques informations complémentaires sur la procédure genevoise.

²³⁴ LAM, pp. 818 ss.

²³⁵ Arrêt du Tribunal cantonal du canton de Fribourg 102 2016 224, c. 4d.

²³⁶ Art. 97 ss CO et art. 102 ss CO en cas de demeure de l'employeur ; arrêt de l'Arbeitsgericht du canton de Zurich, *in* : ZR 1998 p. 179 ; JANSSEN, pp. 173 ss s'agissant de la demeure et pp. 175 ss concernant la non-exécution ou la mauvaise exécution ; MÜLLER/THALMANN/FAVRE, p. 89. Au sujet du délai d'établissement, voir *supra* VI., C.

²³⁷ FISCHER, p. 62 et les références citées.

²³⁸ WYLER/HEINZER, p. 420.

²³⁹ Arrêt de l'Arbeitsgericht du canton de Zurich, *in* : ZR 1998 p. 181.

²⁴⁰ Arrêt du Tribunal cantonal de Fribourg, *in* : JAR 2000 p. 287, c. 3, le dommage pouvant le cas échéant être établi par le recours à l'art. 42 al. 2 CO, compte tenu des difficultés liées à la preuve.

en outre réclamer les coûts qu'il a dû engager pour tenter d'obtenir la délivrance du certificat dans le délai dans lequel il aurait dû être délivré ainsi que le dédommagement des coûts qu'il a supportés depuis, notamment ceux d'une procédure introduite dans l'intervalle²⁴¹.

Le travailleur doit établir le lien de causalité naturelle et adéquate entre la violation par l'employeur de son obligation de délivrer le certificat et son dommage : la conclusion d'un nouveau contrat de travail n'a pas été possible, ou à de moins bonnes conditions, en raison de la violation par l'employeur de son obligation²⁴². S'il invoque le dommage consécutif à un non-engagement, le travailleur doit prouver que ce non-engagement a pour origine le fait qu'il n'a pas disposé (à temps) d'un certificat de travail, ou qu'il n'a disposé que d'un certificat dont le contenu était inexact ou incomplet, et donc que cette violation est de nature, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à décourager un employeur d'embaucher un candidat ainsi présenté²⁴³.

L'employeur peut soutenir que le travailleur n'a pas pris de mesures pour réduire son dommage. Ainsi, les dommages-intérêts peuvent être réduits voire supprimés si le travailleur n'a pas entrepris les démarches pour retrouver un emploi, ou en cas d'abus de droit, par exemple lorsque le travailleur s'est déclaré dans un premier temps satisfait de son certificat²⁴⁴.

La responsabilité de l'employeur n'est pas non plus engagée si ce dernier ne délivre pas de certificat comportant une qualification favorable du travail alors qu'il est en procès avec son travailleur notamment sur cette question²⁴⁵.

La preuve de la réalisation de toutes les conditions de la responsabilité, sans atténuation, est difficile à apporter²⁴⁶. En pratique, le retard de l'employeur dans la délivrance du certificat est souvent considéré par le recruteur comme l'indicateur d'un problème avec l'ancien employeur et donne une mauvaise impression du candidat, sans pour autant que celui-ci puisse établir un dommage directement lié à ce retard²⁴⁷. Pour cette raison, une action en constatation de la violation par l'employeur de ses obligations contractuelles, ou

²⁴¹ JANSSEN, p. 174.

²⁴² REHBINDER/STÖCKLI, N 25 *ad* art. 330a CO.

²⁴³ WYLER/HEINZER, pp. 420 s.

²⁴⁴ CARRUZZO, N 12 *ad* art. 330a CO.

²⁴⁵ TF 4A_529/2008 du 9 mars 2009, c. 3.3.1.

²⁴⁶ PORTMANN/RUDOLPH, N 11 *ad* art. 330a CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 *ad* art. 330a CO.

²⁴⁷ Nous ne pouvons pas suivre l'avis de CARRUZZO, N 12 *ad* art. 330a CO, selon lequel des dommages-intérêts ne pourraient être alloués si le travailleur disposait d'autres documents que le certificat, qu'il aurait pu fournir à de potentiels employeurs dans le cadre de ses recherches.

une conclusion subsidiaire en constat de la violation, le cas échéant couplée avec une publication du jugement, devrait à notre sens être admise.

Un autre fondement de responsabilité de l'employeur peut résider dans des mentions du certificat de travail violant les droits de la personnalité du travailleur et dans les références qu'il donne à des tiers à côté du certificat de travail qu'il a établi²⁴⁸. Si l'employeur fournit sur son ancien employé des renseignements faux ou attentatoires à l'honneur, il viole son obligation de protéger la personnalité de son employé et en répond dans la mesure où les faux renseignements donnés sont à l'origine d'un non-engagement²⁴⁹. Un tort moral peut également être dû selon les circonstances²⁵⁰.

XII. Responsabilité civile à l'égard des tiers

L'(ancien) employeur ou l'un de ses organes signataires²⁵¹ engage sa responsabilité à l'égard des tiers pour le certificat de travail qu'il a délivré, si les conditions en sont réunies²⁵². Peuvent être en cause une description incomplète ou inexacte de la nature et de la durée des rapports de travail, ou, uniquement en présence d'un certificat complet, les éléments appréciatifs relatifs à la qualité du travail et à la conduite du travailleur²⁵³.

Cette responsabilité a pour fondement le fait que l'employeur a une connaissance particulière des rapports contractuels dont il atteste dans le certificat (ou lorsqu'il communique des références) et que le certificat ne remplit sa fonction que si l'on peut se fier à l'exactitude de son contenu²⁵⁴.

En reprenant une formule usuelle, un employeur peut-il vraiment attester, par exemple, du fait que son collaborateur a été apprécié par ses supérieurs si ce dernier a manifestement violé son obligation de diligence avant la fin de son contrat ?

²⁴⁸ Art. 328 CO ; TF 4A_117/2007 du 13 septembre 2009 (4A_127/2007), c. 2.2.

²⁴⁹ TF 4A_117/2007 du 13 septembre 2007 (4A_127/2007), c. 2.2.1.

²⁵⁰ TF 4A_117/2007 du 13 septembre 2007 (4A_127/2007), c. 2.2.2.

²⁵¹ ATF 101 II 69, JdT 1975 I 633.

²⁵² JANSSEN, p. 179 ; STAEHELIN, N 25 *ad* art. 330a CO ; VERDE, p. 152. Il s'agit pour la jurisprudence et la majorité de la doctrine d'une responsabilité délictuelle, et non fondée sur la confiance. Nous renonçons à développer ce point ici et renvoyons notamment aux références suivantes : ENZLER, N 255 ss ; FISCHER, pp. 63 s. ; PORTMANN/PRZEZAK, pp. 25 ss.

²⁵³ JANSSEN, p. 180 ; KÄLIN, p. 115 ; STAEHELIN, N 25 *ad* art. 330a CO.

²⁵⁴ JANSSEN, pp. 183 s. ; VERDE, p. 155.

La responsabilité de l'employeur, auteur du certificat, peut ainsi être engagée lorsqu'il a établi un certificat faux, en particulier faussement élogieux, ou non véridique²⁵⁵, sur la base duquel un tiers a engagé un travailleur lui ayant ensuite causé un dommage, dans la mesure où il n'a pas pu entièrement être dédommagé par ledit travailleur²⁵⁶.

Le dommage peut consister dans les coûts que le nouvel employeur a dû supporter pour engager un nouveau travailleur en remplacement du travailleur indélicat, dans les frais engendrés par le travailleur en question en raison du fait qu'il ne remplit pas les qualifications attestées dans le certificat, ou encore dans la perte d'un client important²⁵⁷.

Le tiers nouvel employeur doit pouvoir établir que, s'il avait eu connaissance de la situation réelle, il n'aurait pas engagé le travailleur, autrement dit que le texte du certificat est à l'origine de l'engagement dommageable ; qu'un tiers placé dans la même situation aurait en outre commis la même erreur²⁵⁸.

Doit être prise en compte une éventuelle faute concomitante du tiers, par exemple si ce dernier a laissé l'employé ayant commis des malversations sans surveillance adéquate pendant des mois²⁵⁹, ou encore s'il n'a pas pris des références²⁶⁰.

La responsabilité de l'employeur à l'égard de tiers n'est pas théorique. Les écueils sont cependant nombreux pour parvenir à un jugement condamnatore compte tenu notamment des difficultés liées à la preuve, ce que la rareté de la jurisprudence rendue en la matière confirme.

En toute hypothèse, l'employeur qui apprendrait des faits problématiques après avoir établi un certificat de travail, faits de nature à modifier celui-ci, peut et devrait en demander la restitution²⁶¹.

XIII. Conclusion

Face aux diverses difficultés rencontrées lors de l'arbitrage entre un document favorisant l'avenir professionnel, formulé de manière bienveillante et donnant en même temps le

²⁵⁵ Le certificat constitue un faux au sens pénal ou contrevient à l'obligation générale d'établir un document véridique ; PORTMANN/PRZEZAK, pp. 29 ss.

²⁵⁶ ATF 101 II 69, JdT 1975 I 633 ; PORTMANN/PRZEZAK, p. 32.

²⁵⁷ JANSSEN, p. 181 ; KÄLIN, p. 115 ; VERDE, p. 152.

²⁵⁸ VERDE, pp. 157 s.

²⁵⁹ ATF 101 II 69, JdT 1975 I 633 ; WYLER/HEINZER, p. 421.

²⁶⁰ MÜLLER/THALMANN/FAVRE, p. 83.

²⁶¹ KÄLIN, p. 116 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 330a CO.

reflet le plus exact possible de l'activité de façon complète et conforme à la vérité, certains auteurs ont exprimé le souhait d'un changement législatif pour que seule l'attestation de travail, sans éléments d'appréciation, soit consacrée par la loi²⁶².

Le certificat de travail représente un document important pour un travailleur. Celui-ci a besoin de certificats de qualité, qui soient aussi exhaustifs que possible, à plus forte raison dans un contexte économique tendu.

De son côté, l'employeur a la responsabilité de la rédaction du certificat, exerce souvent difficile dans la mesure où il doit respecter un certain nombre de principes et, en particulier, satisfaire à la fois aux exigences de bienveillance, de vérité et d'intégralité. Ces exigences ne sont parfois pas conciliables, notamment lorsque la qualité du travail ou la conduite du collaborateur se sont avérées insuffisantes, ou lorsque la fin des rapports de travail est problématique.

Si les certificats de travail restent indispensables dans le dossier, on peut regretter que les difficultés rencontrées en pratique, alimentées par des codes, aient conduit à donner moins d'importance aux textes et appréciations des certificats de travail, et davantage aux références, données oralement, sans trace, et permettant à l'employeur de laisser transparaître une réserve n'ayant pas lieu d'être dans un document écrit. Ceci n'est pas souhaitable pour les parties, spécialement pour le travailleur en recherche d'emploi.

C'est pourquoi nous sommes convaincue qu'il faut s'en tenir de part et d'autre au sens premier des mots utilisés dans un certificat de travail. Le Tribunal fédéral, contrairement à certaines pratiques cantonales, confirme selon nous qu'il faut refuser une surenchère en matière d'expressions et termes employés. L'arrêt relatif aux expressions « satisfaction » et « entière satisfaction », loin de la pratique qui y voit très souvent un code en ce sens que la première expression est réservée à un certificat mauvais, ou du moins réservé, en est une illustration.

Un certificat de travail doit être complet, adéquat et bienveillant, sans pour autant être respectivement exhaustif, dommageable et complaisant, et son texte doit être concis et explicite, sans expressions ni codes. Une telle approche est de nature à (re)donner son sens et son intérêt au certificat de travail.

²⁶² SUBILIA/DUC, N 9 *ad* art. 330a CO.

XIV. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

- AUBERT DAVID, Commentaire de l'art. 330a CO, *in* : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.
- AUBERT GABRIEL, Commentaire de l'art. 330a CO, *in* : Luc Thévenoz/Franz Werro (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, 2^e édition, Bâle 2012 (cité : CR-AUBERT).
- BERNOLD HEINER, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, thèse, Zurich 1983.
- BÜHLER JEAN-MICHEL/LEFÉBURE JEAN/HAUNREITER KATJA, Le certificat de travail en Suisse : De son élaboration à sa remise, conseils, bases légales et règles utiles, 3^e édition, Le Mont-sur-Lausanne 2016.
- CARRUZZO PHILIPPE, Le contrat individuel de travail, Commentaire des art. 319 à 341 du Code des obligations, Zurich 2009.
- CHENAUX JEAN-LUC/MARTIN FRANÇOISE, Commentaire de l'art. 333 CO, *in* : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.
- CLASS EDI, Das Arbeitszeugnis und seine Geheimcodes, 7^e édition, Zurich 2014.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, La protection de la personnalité des travailleurs (art. 328 CO) : norme flexible et cardinale du droit suisse du travail, *in* : Margareta Baddeley et al. (édit.), Facettes du droit de la personnalité, Journée de droit civil 2013 en l'honneur de la Professeure Dominique Manaï, Zurich 2015, pp. 47 ss.
- ENZLER ALEX, Der arbeitsrechtliche Zeugnisanpruch, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2012.
- FISCHER STEPHAN, Arbeitszeugnis : Beurteilung und Durchsetzung, Handbuch für die Praxis, Zurich/St-Gall 2016.
- GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3^e édition, Berne 2015.
- JANSSEN SUSANNE, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, thèse, Berne 1996.
- HUBERT DENIS G./THOUVENIN ISABELLE, Écueils de la rédaction des certificats de travail, *in* : TREX 2013 pp. 102 ss.
- KÄLIN OLIVER, Haftung des Arbeitgebers gegenüber Dritten für unwahre Arbeitszeugnisse, RSJ 2007 pp. 113 ss (en français : Responsabilité de l'employeur face aux tiers en raison de certificats de travail inexacts, *in* : TREX 2007 pp. 153 ss).
- LAM YANN, Le droit au certificat de travail en justice, *in* : Rémy Wyler (édit.), Panorama III en droit du travail, Recueil d'études réalisées par des praticiens, Berne 2017, pp. 807 ss.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Droit suisse des sociétés avec mise à jour 2015 – Édition française par Peter Iordanov, Berne 2015.
- MEIER PHILIPPE, Protection des données : Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2010.
- MÜLLER ROLAND/THALMANN PHILIPP/FAVRE CHRISTIAN, Le certificat de travail en question : Fondements juridiques, Contenu du certificat et analyse, Exemples et check-lists, Bâle 2014.
- PORTMANN WOLFGANG/PRZEZAK PRZEMYSKAW, Haftung des Arbeitgebers gegenüber Dritten für fehlerhafte Arbeitszeugnisse – Delikts- oder Vertrauenshaftung ?, *in* : ArbR 2012 pp. 13 ss.

- PORTMANN WOLFGANG/RUDOLPH ROGER, Commentaire de l'art. 330a CO, *in* : Heinrich Honsell et al. (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6^e édition, Bâle 2015.
- REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Der Arbeitsvertrag : Art. 319-330b OR, Berner Kommentar, Band VI/2/2/1, Berne 2010.
- STAEHELIN ADRIAN, Der Arbeitsvertrag : Art. 319-330a OR, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürcher Kommentar, Teilband V/2c, 4^e édition, Zurich 2006.
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag : Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7^e édition, Zurich/Bâle/Genève 2012.
- SUBILIA OLIVIER/DUC JEAN-LOUIS, Droit du travail : Eléments de droit suisse, Lausanne 2010.
- TSCHANNEN EMMANUEL GEORG, Der Arbeitnehmer als Verwaltungsrat einer Konzerngesellschaft, *in* : RSJ 2018 pp. 3 ss.
- TSCHUMI MARTIN, Arbeitshandbuch für die Zeugniserstellung, 7^e édition, Bâle 2016.
- VERDE MICHEL, Haftung für Arbeitszeugnis, Empfehlungsschreiben und Referenzauskunft und Referenzschreiben, *in* : Recht 2010 pp. 144 ss.
- WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 3^e édition, Berne 2014.

RAPHAËL GANI*

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

Sommaire	Page
I. Introduction	48
II. La notion de certificat de salaire	49
III. Obligations de procédure liées au certificat de salaire	50
A. Un impôt harmonisé	50
B. Deux types d'obligations de renseigner	52
C. Légalité de la remise directe du certificat de salaire au fisc	53
IV. Quelques éléments matériels du certificat de salaire	56
A. Le moment de la réalisation du revenu salarié	57
B. La force probante du revenu mentionné dans le certificat de salaire	60
C. Le véhicule mis à disposition par l'employeur et la contribution aux frais de voyage entre le domicile et le lieu de travail	62
1. Généralités	62
2. Distinctions	63
3. Le véhicule de service mis à disposition de l'employé	64
4. Véhicule de service pour les employés en service externe	65
D. La jouissance posthume de la rémunération - art. 338 CO	66
E. Le certificat de salaire et les participations de collaborateur	68
F. Prestations salariales accessoires à ne pas déclarer	70
V. Conclusion	71
VI. Bibliographie	72

* L'auteur s'exprime ici strictement en son nom, sans engager l'Administration cantonale vaudoise des impôts, pour laquelle il travaille.

I. Introduction

Le système fiscal suisse d'impôt sur le revenu et la fortune est fondé sur une procédure dite « mixte »¹. Cette mixité tient dans un partage des rôles entre les contribuables et les autorités fiscales, qui doivent collaborer afin de permettre une taxation complète et correcte. Il revient aux premiers de déclarer de manière intégrale leurs revenus et fortunes², chaque année, par le biais de la déclaration d'impôt. De son côté, le fisc doit contrôler cette déclaration d'impôt, et rendre subséquemment une décision administrative fixant l'assiette et le montant de l'impôt (décision de taxation). Ce système mixte diffère en particulier des systèmes d'auto-taxation (comme la TVA) dans lesquels le contribuable doit remplir et calculer lui-même le montant d'impôt dû.

Dans ce système mixte, il est d'une extrême importance que le contribuable dispose de renseignements complets et fiables sur les revenus que lui a procurés son activité salariée, ne serait-ce que pour les reporter fidèlement dans sa déclaration d'impôt. Ainsi, la logique veut que les « tiers »³, qui doivent attester un élément de revenu ou de fortune, transmettent cette attestation au contribuable, à charge pour ce dernier d'en reporter les éléments dans sa déclaration d'impôt et, si nécessaire, de joindre la pièce. C'est ainsi que les établissements bancaires transmettent à leurs clients, chaque année, une attestation relative aux comptes bancaires et de dépôts détenus, ainsi qu'aux rendements crédités sur ces comptes⁴. Dans ce système, c'est toujours le contribuable qui fonctionne comme une courroie de transmission des informations pour le fisc. En bonne logique, le certificat de salaire, dont il sera question dans la présente contribution, ne devrait ainsi pas échapper à ce système. L'employeur doit en effet sur la base de l'art. 127 LIFD⁵ remettre à son employé chaque année une attestation sur les éléments de salaires versés. La question à laquelle nous tenterons donc de répondre consiste à savoir si ce système de certificat annuel de salaire sert uniquement les intérêts du fisc ou s'il présente un intérêt plus large pour le travailleur également.

Pour ce faire, nous examinerons en premier lieu la légalité des obligations de procédure liées à l'émission du certificat de salaire (ci-après : II et III). En effet, on verra que plusieurs législations cantonales ont instauré une obligation de transmission directe des

¹ BERDOZ/BUGNON, p. 599 ; art. 123 al. 1 LIFD : « Les autorités de taxation établissent les éléments de fait et de droit permettant une taxation complète et exacte, en collaboration avec le contribuable ».

² Art. 124 al. 2 LIFD : « Le contribuable doit remplir la formule de déclaration d'impôt de manière conforme à la vérité et complète ».

³ Ce sont bien des tiers par rapport à la relation bilatérale entre le contribuable et l'autorité fiscale.

⁴ Art. 127 al. 1 let. b LIFD.

⁵ Art. 127 LIFD : « Doivent donner des attestations écrites au contribuable : a. l'employeur, sur ses prestations au travailleur (...) ».

certificats de salaire des employeurs au fisc⁶, en sus du concept de base triangulaire (« employeur – employé – fisc »). Dans un second temps, nous examinerons quelques aspects matériels choisis du certificat de salaire toujours dans l'idée de vérifier s'il s'agit d'un instrument au seul service du fisc (ci-après : IV), avant de conclure (ci-après : V).

II. La notion de certificat de salaire

La Conférence suisse des impôts⁷ a harmonisé à partir du 1^{er} janvier 2007 le formulaire permettant à l'employeur de remplir ses obligations fiscales envers son employé en édictant un « nouveau » certificat de salaire⁸. Ce formulaire intitulé « Certificat de salaire/attestation de rentes » sert à attester les salaires, des employés, les indemnités des membres des conseils d'administration et les rentes du deuxième pilier.

Par ailleurs, l'obligation d'établissement et de remise du certificat de salaire s'étend à toute personne liée par un contrat de travail, que ce contrat trouve son fondement juridique dans le droit privé ou le droit public, quelles que soit sa durée et le taux d'activité, y compris pour les activités accessoires⁹. C'est donc bien la qualification du rapport juridique au sens du droit des obligations qui est déterminante pour savoir quelles sont les obligations de l'employeur en lien avec l'établissement d'un certificat de salaire, et pas nécessairement celle sur le plan fiscal. La condition des personnes qui exercent une activité dépendante est réglée dans la plupart des cas, sur le plan du droit privé, par les dispositions sur le contrat de travail (art. 319 ss CO). C'est bien cette qualification civile qui sera déterminante. Ce n'est donc que si le rapport de droit peut être qualifié de contrat de travail qu'une obligation de remise d'un certificat de travail naît.

Certes, les critères de distinction entre activité lucrative dépendante et indépendante sous l'angle fiscal sont relativement similaires à ceux du droit privé, l'élément décisif étant la mesure de l'indépendance personnelle et économique de l'intéressé dans

⁶ Cf. par exemple art. 179 LI-VD : « Doivent produire une attestation à l'autorité de taxation pour chaque période fiscale : (...) d. les employeurs, sur le montant des prestations faites à leur personnel, au moyen d'une copie des certificats de salaire ». Voir note 21 *infra* pour les dispositions cantonales d'autres cantons.

⁷ « La Conférence suisse des impôts (CSI) est une association au sens des art. 60 ss CC, constituée en 1919. Toutes les administrations fiscales cantonales et l'Administration fédérale des contributions (AFC) en sont membres » ; <http://www.steuerkonferenz.ch/>, p. « http://www.steuerkonferenz.ch/ft/index.php?La_Conf%C3%A9rence » (site consulté le 1^{er} février 2018).

⁸ BREY TONY, Le nouveau certificat de salaire, *in* : TREX - L'expert fiduciaire 1/2005, p. 24.

⁹ ALTHAUS-HOURIET, p. 1685 N 20.

l'accomplissement de sa tâche¹⁰. Il faut souligner cependant que, malgré les efforts d'harmonisation des diverses autorités administratives et judiciaires impliquées, et notamment du Tribunal fédéral, la notion fiscale d'activité lucrative dépendante demeure une notion autonome de celle applicable en droit des assurances sociales et en droit des obligations¹¹. On rappellera ainsi que sur le plan fiscal, exerce une activité dépendante celui qui s'engage pour une durée déterminée ou indéterminée à fournir des prestations contre rémunération en se soumettant aux instructions de son employeur. Est indépendant quant à lui celui qui exerce son activité selon sa propre organisation librement choisie – reconnaissable de l'extérieur – et à ses propres risques et profits¹². L'absence d'harmonisation de la notion de revenu provient probablement du fait qu'en matière fiscale un revenu est soumis au même barème d'imposition, qu'il provienne d'une activité lucrative dépendante ou indépendante. Ainsi la distinction entre contrat de travail et contrat de mandat ou contrat d'entreprise, qui a une portée importante en droit privé, perd de sa pertinence pour le droit fiscal. Cette qualification du rapport juridique n'est pas toujours aisée à faire, raison pour laquelle un certain nombre de mandants, de maîtres d'ouvrage ou autres éditeurs adressent des certificats de salaires, alors même que le rapport juridique qui les lie n'est pas un contrat de travail.

En conclusion, ce n'est que si le rapport juridique est qualifié de contrat de travail que l'employeur devra remettre un certificat de salaire. Dans tous les autres cas, quand bien même le revenu lié à l'activité lucrative est imposable, aucun certificat de salaire ne devra être remis.

III. Obligations de procédure liées au certificat de salaire

A. Un impôt harmonisé

On rappellera en préambule que le système fiscal suisse connaît en matière d'impôt direct sur le revenu et la fortune une compétence partagée entre la Confédération, les cantons et les communes, qui a pour résultat une forme d'imposition pour chaque période fiscale à la fois d'un impôt fédéral (impôt fédéral direct, ci-après IFD), d'un impôt cantonal et d'un impôt communal sur le revenu. Pour tenir compte de cette multiplicité d'impôts portant

¹⁰ ATF 95 I 21, c. 5b p. 24 ; ATF 121 I 259, c. 3c p. 263 ; TF 2A.400/2006 du 17 avril 2007. Pour un exemple récent, cf. TF 2C_107/2017 du 6 décembre 2017.

¹¹ ECKERT, N 8 *ad art.* 17 ; Rapport du Conseil fédéral sur un traitement uniforme des activités lucratives, FF 2002 1076.

¹² BLUMENSTEIN/LOCHER, pp. 176 ss ; OBERSON, §7, N 26 ss, pp. 88 ss ; REICH, N 14 *ad art.* 18 LIFD, p. 159.

sur un même revenu, cette matière fait l'objet d'une harmonisation fiscale horizontale et verticale. En effet, aux termes de l'art. 129 Cst., la Confédération fixe les principes de l'harmonisation des impôts directs de la Confédération, des cantons et des communes (al. 1). Cette harmonisation s'étend à l'assujettissement, à l'objet et à la période de calcul de l'impôt, à la procédure et au droit pénal en matière fiscale (al. 2). Le constituant fédéral a ainsi prévu une double harmonisation, qui a pris la forme de la Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes¹³. D'une part, elle s'applique sur un plan horizontal, soit entre les cantons eux-mêmes, et, dans le canton, entre les communes elles-mêmes. D'autre part, elle a une portée verticale, c'est-à-dire entre la Confédération et les cantons, respectivement entre les cantons et les communes. Le législateur fédéral, qui a pour mandat constitutionnel de mettre en œuvre l'harmonisation fiscale, doit ainsi veiller à ce que la réglementation concernant l'IFD et les lois fiscales cantonales concordent entre elles. Il doit user de sa compétence législative dans le domaine de l'IFD de telle manière que son propre régime fiscal soit en accord avec les règles contenues dans la LHID. La LHID désigne les impôts directs que les cantons doivent prélever et fixe les principes selon lesquels la législation cantonale les établit (art. 1 al. 1 LHID). Lorsqu'aucune réglementation particulière n'est prévue, les impôts cantonaux et communaux (ci-après : ICC) sont établis en vertu du droit cantonal. Restent en particulier de la compétence des cantons la fixation des barèmes, celle des taux et celle des montants exonérés d'impôt (art. 1 al. 3 LHID).

Au regard du but d'harmonisation verticale, la Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct constitue ainsi un élément d'interprétation très important. Lorsque la disposition de droit fiscal fédéral est semblable à celle du droit harmonisé, la jurisprudence contraint à une interprétation de cette dernière similaire à celle relative à l'IFD, dont elle reprend la teneur, et ce, en vue d'une harmonisation verticale¹⁴.

On comprend ainsi que ce cadre harmonisé de la taxation de l'impôt sur le revenu aura un impact sur les obligations liées à l'établissement et à la transmission du certificat de salaire. Le système mis en place par le législateur fédéral est – comme brièvement mentionné en introduction – un système triangulaire qui repose sur une responsabilisation du contribuable : l'employeur transmet une attestation (le certificat de salaire) à son employé en relation avec la rémunération qu'il lui a versée durant l'année et l'employé-contribuable indique ces revenus dans sa déclaration d'impôt. C'est en effet toujours à ce dernier¹⁵ à qui

¹³ RS 642.14 (ci-après : LHID).

¹⁴ Pour un exemple de l'absence de marge de manœuvre laissée aux cantons (définition des dépenses d'acquisition du revenu) par la LHID, cf. ATF 133 II 287, c. 2.2 p. 290 et ATF 128 II 66 c. 4b pp. 71 s.

¹⁵ On relève que le système de l'imposition à la source des revenus de l'activité lucrative dépendante diverge fondamentalement puisqu'il revient toujours à l'employeur (défini comme le débiteur de la prestation imposable) de calculer, prélever et déclarer l'impôt sur le revenu. Cf. art. 83 LIFD pour les

il revient de faire tout ce qui est nécessaire pour assurer une taxation complète et exacte¹⁶. Il a de manière cohérente été jugé que le droit cantonal ne pouvait pas limiter le devoir de produire et de renseigner aux seuls documents et pièces qui sont nécessaires à la taxation¹⁷. Ce serait alors en contradiction avec l'art. 42 al. 2 LHID, de même qu'avec l'art. 126 al. 2 LIFD dont la teneur est identique, et qui autorise les autorités fiscales à exiger du contribuable tous les renseignements et les documents présentant de l'importance pour sa taxation.

B. Deux types d'obligations de renseigner

Si l'on considère ce système plus dans ses détails, il faut voir qu'il distingue fondamentalement deux types d'obligations. D'une part, selon l'art. 43 LHID, les tiers qui ont ou ont eu des relations contractuelles avec le contribuable doivent lui remettre les attestations portant sur l'ensemble de leurs relations contractuelles et sur leurs prétentions et prestations réciproques (al. 1). Il s'agit des « attestations de tiers ». Ce n'est que lorsque, malgré sommation, le contribuable ne produit pas les attestations requises, que l'autorité fiscale peut l'exiger directement du tiers, le secret professionnel protégé étant légalement réservé (al. 2). C'est véritablement un triangle entre l'employeur → l'employé → le fisc, qui ne se referme sur une relation entre l'employeur et le fisc qu'à titre subsidiaire, si l'employé ne s'exécute pas malgré une mise en demeure.

D'autre part, l'art. 45 LHID prévoit que, pour chaque période fiscale, une attestation doit être remise directement aux autorités fiscales dans un certain nombre de cas clairement définis. Il s'agit par exemple des prestations versées par une personne morale aux membres de son administration et à d'autres organes, ou encore des prestations fournies par les institutions de la prévoyance professionnelle et de la prévoyance individuelle liée à leurs preneurs d'assurance. Cette obligation imposée à des tiers (« information de tiers ») de fournir des renseignements est une obligation de première importance, de même que celle échéant au contribuable lui-même¹⁸. À l'inverse de l'attestation de tiers, le triangle est directement et initialement fermé entre les trois acteurs.

Par conséquent, les obligations de procédure sont différentes entre celles imparties par l'art. 43 LHID (attestation de tiers) et celles de l'art. 45 LHID (informations de tiers).

travailleurs domiciliés ou en séjour en Suisse au regard du droit fiscal, respectivement art. 91 LIFD pour les travailleurs qui ne sont ni domiciliés ni en séjour en Suisse, au regard du droit fiscal.

¹⁶ Art. 42 al. 1 LHID.

¹⁷ ATF 133 II 114, c. 3.1 et 3.5.

¹⁸ Message concernant les lois fédérales sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes ainsi que sur l'impôt fédéral du 25 mai 1983, FF 1983 III 1, p. 72.

L'obligation faite aux tiers de fournir des attestations par la première disposition signifie que ces documents ne doivent être transmis à l'autorité fiscale que subsidiairement, dans la mesure où les tiers ne sont tenus, en premier lieu, de ne les délivrer qu'au contribuable. Ce n'est qu'après avoir vainement sommé ce dernier que l'autorité fiscale peut exiger le document en question directement du tiers¹⁹. La sommation pourrait être conçue comme une condition à l'existence du devoir du tiers ; si elle n'a pas été émise, le devoir de fournir une attestation du tiers n'existe pas²⁰.

C. Légalité de la remise directe du certificat de salaire au fisc

Compte tenu de ce qui précède, il faut examiner si l'obligation prévue par un certain nombre de cantons²¹ de remettre directement le certificat de salaire au fisc par l'employeur est conforme au droit fédéral. Dans un arrêt du 30 octobre 2017²², la Cour de Justice genevoise a considéré, lors du contrôle abstrait de la disposition genevoise obligeant l'employeur à transmettre directement le certificat de salaire au fisc, qu'elle n'était pas conforme au droit fédéral harmonisé. Selon l'arrêt cantonal, « la disposition litigieuse ne s'inscrit pas dans le système d'harmonisation voulu par le législateur fédéral. Il ne saurait ainsi y avoir encore une place pour une réglementation supplémentaire des cantons

¹⁹ TF 2P.23/2007 du 27 novembre 2007, c. 4 ; TAF A-3294/2014 du 8 décembre 2014 - 14/19 - A/492/2017, c. 2.4.4.1 ; Message, op. cit., FF 1983 III 1, p. 220.

²⁰ TF 2P.23/2007 du 27 novembre 2007, c. 3.2 ; TAF A-3294/2014 du 8 décembre 2014, c. 2.4.4.1 ; ALTHAUS-HOURIET, pp. 1684 N 17 et 1691 N 46 ; BERDOZ/BUGNON, pp. 714 ss.

²¹ Bâle-Ville : art. 152 al. 1 let. a et 157 al. 1 let. e du Gesetz über die direkten Steuern du canton de Bâle-Ville du 12 avril 2000 - RS BS 640.100 ; Berne : art. 171 al. 1 let. a et 172 al. 1 let. d de la Loi sur les impôts du canton de Berne du 21 mai 2000 - LI/BE - RS BE 661.11 ; Fribourg : art. 158 al. 1 let. a et 162 al. 1 let. d de la Loi sur les impôts cantonaux directs du canton de Fribourg du 6 juin 2000 - LICD/FR - RS FR 631.1 ; Jura : art. 145 al. 1 let. a de la Loi d'impôt du canton du Jura du 26 mai 1988 - RS JU 641.11 ; Lucerne : art. 146 al. 1 let. a et 150 al. 5 du Steuergesetz du canton de Lucerne du 22 novembre 1999 - StG/LU - RS LU 620 ; Neuchâtel : art. 191 al. 1 let. a et 195 al. 1 let. d de la Loi sur les contributions directes du canton de Neuchâtel du 21 mars 2000 - LCdir/NE - RS NE 631.0 ; Soleure : art. 141 al. 1 let. a et 145 al. 1 let. e du Gesetz über die Staats- und Gemeindesteuern du canton de Soleure du 1^{er} décembre 1985 - RS SO 614.11 ; Vaud : art. 177 al. 1 let. a et 2 et 179 al. 1 let. d de la Loi sur les impôts directs cantonaux du canton de Vaud du 4 juillet 2000 - LI/VD - RS VD 642.11 ; Valais : art. 133 al. 1 let. a et 135 al. 3 de la Loi fiscale du canton du Valais du 10 mars 1976 - RS VD 642.1.

²² ACST/20/2017, arrêt de la Chambre constitutionnelle de la Cour de Justice du canton de Genève.

outrepassant celle de l'art. 45 LHID. »²³. Cet arrêt a fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, qui n'a pas encore rendu son arrêt à ce jour²⁴.

En substance, les juges cantonaux se sont appuyés sur les motifs suivants pour juger de l'illégalité de la disposition genevoise. Dans un premier argument, on lit – entre les lignes, certes – que l'irrespect du principe triangulaire évoqué ci-dessus et fixé dans les dispositions concordantes de la LHID et de la LIFD serait tel qu'il outrepasserait la marge de manœuvre dont disposent les cantons dans ce domaine. Ensuite, l'obligation primordiale du contribuable de remettre son certificat de salaire serait « supplantée » par l'information remise par son employeur directement au fisc. Enfin, cette transmission directe serait incohérente au regard de l'art. 43 al. 2 LHID²⁵, selon lequel « lorsque, malgré sommation, le contribuable ne produit pas les attestations requises, l'autorité fiscale peut l'exiger directement du tiers. Le secret professionnel protégé légalement est réservé ». Dès lors que la loi litigieuse ne permettrait aucune interprétation conforme au droit supérieur, elle devrait être annulée.

Dans le cadre d'une interprétation historique, on relèvera que le système mis en place lors de l'adoption de la LIFD et de la LHID était bien un « système triangulaire » pour ce qui est du certificat de salaire. Le Message (FF 1983 III 1, en particulier pp. 139-140), prévoit que « ces dispositions ont respectivement pour objet l'obligation faite aux tiers de fournir

²³ Arrêt ACST/20/2017 précité, c. 10d.

²⁴ Il n'est pas évident de savoir si le canton de Genève dispose de la légitimité active pour recourir contre cette décision devant le Tribunal fédéral. En particulier, la disposition générale de l'art. 89 al. 1 LTF suppose que l'arrêt attaqué touche la collectivité publique dans ses prérogatives de puissance publique et qu'elle dispose d'un intérêt public propre digne de protection à l'annulation ou à la modification de l'acte attaqué (cf. ATF 140 I 90, c. 1.2.2 p. 93 ; ATF 138 I 143, c. 1.3.1 p. 149 ; ATF 138 II 506, c. 2.1.1 p. 508). Tel est le cas lorsqu'un acte de puissance publique concerne des intérêts publics essentiels dans un domaine qui relève de la compétence de l'autorité (cf. ATF 137 IV 269, c. 1.4 p. 274 ; ATF 136 II 383, c. 2.4 p. 386 ; ATF 136 V 346, c. 3.3.2 p. 349 ; ATF 135 II 12, c. 1.2.2 pp. 15 s.). N'importe quel intérêt financier découlant directement ou indirectement de l'exécution de tâches d'intérêt public ne permet, selon la jurisprudence, pas non plus à la commune de se fonder sur l'art. 89 al. 1 LTF (cf. ATF 140 I 90, c. 1.2.2 p. 93 ; ATF 134 II 45, c. 2.2.1 p. 47 et les références citées). L'atteinte à des intérêts centraux peut en revanche exister en présence d'intérêts patrimoniaux d'importance (cf. ATF 141 II 161, c. 2.3 pp. 165 s. ; ATF 140 I 90, c. 1.2.2 pp. 93 s. ; TF 2C_931/2010 du 28 mars 2011, c. 2.5). En matière fiscale, le Tribunal fédéral s'est montré particulièrement restrictif (cf. ATF 136 II 274 et ATF 136 II 383), à notre sens de manière injustifiée (cf. GANI RAPHAËL, La qualité pour recourir des autorités et collectivités : « dans l'intérêt de la loi » ?, in : RDAF 2010 II 590). Un récent arrêt du 4 décembre 2017 (TF 2C_282/2017) a cependant admis l'entrée en matière d'un recours en matière de droit public de la Ville de Genève dans un cas de répartition du produit d'amendes infligées par les services municipaux recouvré par le service cantonal des contraventions, dont la valeur litigieuse était de plus de 15 millions de francs.

²⁵ Et donc de l'art. 127 al. 2 LIFD dont le contenu est identique.

aux autorités des attestations, des renseignements et des informations. Ces obligations constituent de précieux auxiliaires dans la lutte contre la soustraction fiscale. Renseignements et informations doivent être fournis directement aux autorités fiscales ; *les attestations, en revanche, ne doivent l'être que subsidiairement. En effet, les tiers ne sont tenus, en premier lieu, de délivrer une attestation destinée aux autorités fiscales qu'au contribuable.* Ce n'est qu'après avoir vainement sommé le contribuable que l'autorité fiscale pourra exiger l'attestation directement du tiers » (mise en évidence par l'auteur).

Il faut cependant se pencher sur le contexte dans lequel ce système a été mis en place. En effet, il s'agissait avant tout d'harmoniser les procédures cantonales et fédérale et d'instituer un devoir de collaboration centré sur le contribuable. La procédure dite mixte instituait un « va-et-vient » entre le contribuable et les autorités de taxation dans lequel les tiers n'avaient qu'une place restreinte. Près de trente ans après l'adoption de la loi, il convient toutefois de remettre ce système en adéquation avec l'économie globale des systèmes fiscaux modernes. En réalité, cette interprétation de la triangulation doit être considérée comme une structure de base du système. Elle laisse toutefois une place importante aux cantons qui doivent être habilités à prévoir des devoirs de collaboration des tiers allant au-delà de ceux énumérés aux art. 43 à 45 LHID ; ils doivent pouvoir ainsi concrétiser les obligations prévues par ces dispositions ainsi que la manière de collaborer de ces tiers²⁶.

En 1990, il pouvait en outre paraître compliqué d'attribuer à un certificat de salaire (en format papier à l'époque) la qualité de pièce d'un dossier de contribuable (tenu lui aussi en forme papier), ou de l'y apparenter. Alors qu'aujourd'hui, la transmission informatique du certificat de salaire permet non seulement d'attribuer informatiquement un certificat au contribuable correspondant, mais surtout « d'alimenter » des applications informatiques. En outre, on rappellera que l'objectif des art. 46 à 48 P-LHID (« obligations de collaborer incombant aux tiers ») tel que décrit dans le Message (FF 1983 III 1, en particulier p. 139), était le suivant : « ces obligations constituent de précieux auxiliaires dans la lutte contre la soustraction fiscale ». Or, l'obligation incombant directement à un employeur de transmettre le certificat de salaire permet précisément de remplir cet objectif initial.

Il faut admettre dans le même sens que la disposition de l'art. 43 al. 2 LIHD, selon laquelle « lorsque, malgré sommation, le contribuable ne produit pas les attestations requises, l'autorité fiscale peut les exiger directement du tiers. Le secret professionnel protégé légalement est réservé » doit être interprétée comme suit. La sommation constitue une exigence de forme conditionnant toute sanction pour violation des obligations de

²⁶ Dans ce sens aussi, ZWEIFEL/HUNZIKER, p. 1322 N 2a ; MARTIN, pp. 333-351 et en particulier 344.

procédure²⁷. Ce n'est que s'il a été valablement sommé et qu'il ne s'est pas exécuté que l'employeur peut être amendé. En outre, le secret professionnel est évidemment protégé, mais n'a pas de portée pour ce qui est du certificat de salaire. Ainsi, la disposition légale doit être comprise comme garantissant à l'employeur d'être sommé avant d'être amendé s'il ne s'exécute pas, mais ne doit pas être interprétée comme empêchant les cantons de prévoir en sus une obligation générale pour les employeurs de remise des certificats de salaire.

On relèvera enfin que la transmission directe du certificat de salaire par l'employeur au fisc ne viole aucunement le droit d'être entendu du contribuable. En effet, même si le certificat est envoyé directement par l'employeur, la procédure de taxation permet à maints égards au contribuable de faire valoir son droit d'être entendu. En outre, si les informations contenues dans le certificat sont erronées, le contribuable peut montrer par d'autres pièces (typiquement un relevé de compte bancaire pour le revenu imposable) que le salaire imposable n'est pas celui mentionné dans le certificat²⁸.

En conclusion, il apparaît que le système actuel de l'harmonisation mis en place par le législateur permet aux cantons, pour autant bien entendu qu'ils disposent d'une base légale suffisante, d'instaurer une obligation complémentaire pour les employeurs d'envoyer directement à l'autorité fiscale une copie du certificat de salaire. Cette obligation apparaît comme un supplément au système harmonisé et s'inscrit effectivement dans un but légitime de lutte contre la soustraction fiscale. Sur ce point, force est d'admettre que le certificat de salaire constitue un instrument avant tout au service du fisc.

IV. Quelques éléments matériels du certificat de salaire

Le certificat de salaire, sur un plan matériel, est l'instrument par lequel un employeur est tenu de récapituler toutes les prestations et tous les avantages appréciables en argent qu'il fournit à son employé dans le cadre de son contrat de travail. Remplir ce certificat nécessite cependant de déterminer au préalable quels sont ces prestations et avantages appréciables en argent octroyé, mais également quand elles l'ont été. Plusieurs de ces questions, peu débattues en doctrine, méritent qu'on s'y attarde.

²⁷ Art. 55 LHID : « Celui qui, malgré sommation, aura manqué intentionnellement ou par négligence à une obligation qui lui incombait en vertu de la présente loi ou d'une mesure prise en application de celle-ci, sera puni d'une amende de 1'000.- francs au plus ; dans les cas graves ou en cas de récidive, l'amende sera de 10'000.- francs au plus ».

²⁸ Voir *infra* IV.B.

A. Le moment de la réalisation du revenu salarié

Conformément à l'art. 17 LIFD, toutes les prestations fournies par l'employeur en relation avec le rapport de travail sont considérées comme des revenus imposables²⁹. En revanche, faute d'être appréciables en argent, certains avantages liés à l'exercice de l'activité salariée restent non imposables (prestige social³⁰, jours de vacances supérieurs au minimum légal³¹, etc.³²) tant qu'ils ne sont pas convertis ou matérialisés sous forme de revenus.

Cela étant, il faut admettre que seul le revenu réalisé est imposable³³. Ce principe de réalisation n'est pas explicite dans le texte légal, mais découle de son interprétation par la doctrine et la jurisprudence. Pour être imposable, l'avantage doit être à la libre disposition du contribuable et pouvoir être affecté à ses besoins de consommation ou d'investissement³⁴. Pour ce qui est du certificat de salaire, le moment de la réalisation du revenu salarié est important puisqu'il permet de distinguer les prestations qui doivent être mentionnées dans le certificat de celles qui le seront, cas échéant, sur une autre période.

Sur le plan du droit privé, une personne dispose d'une prétention ferme lorsqu'elle a elle-même exécuté, ou offert d'exécuter, sa propre obligation³⁵. En droit fiscal, selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, un revenu est réalisé lorsqu'une prestation est faite en faveur du contribuable ou que ce dernier acquiert une prétention juridique ferme sur laquelle il a effectivement un pouvoir de disposition³⁶. Le concept de la réalisation du revenu ne doit pas, en droit fiscal, être compris strictement sur la base du droit civil³⁷. L'acquisition de cette créance est déjà considérée comme formatrice de revenu lorsque son encaissement n'apparaît pas comme incertain³⁸. Il n'y a pas non plus de prétention ferme contre un débiteur défaillant ou récalcitrant³⁹, dès lors que le versement effectif du salaire apparaît comme hautement improbable.

Pour ce qui est du salaire, il faut voir que le moment de l'encaissement effectif du revenu n'est pas nécessairement déterminant pour le droit fiscal⁴⁰. Ainsi, d'après les principes

²⁹ ECKERT, N 13 *ad* art. 17.

³⁰ ECKERT, N 13 *ad* art. 17.

³¹ KNÜSEL, N 4 *ad* art. 17.

³² Voir *infra* IV.F pour d'autres exemples.

³³ NOËL, N 27 *ad* art. 16.

³⁴ RIVIER, p. 326.

³⁵ Art. 82 CO ; StE 2000 B 72.13.1 Nr. 2.

³⁶ TF 2A.146/2002 du 13 février 2003, *in* : RDAF 2003 II 343.

³⁷ TF 2C_692/2013 du 24 mars 2014, c. 4.2, *in* : RFi 69/2014, 531.

³⁸ ATF 122 II 221, *in* : RDAF 1997 II 261 ; TF 2C_94/2010 du 10 février 2011, *in* : RDAF 2012 II 17.

³⁹ LOCHER, N 21 *ad* art. 16 ; NOËL, N 30 *ad* art. 16.

⁴⁰ TF 2C_144/2008, c. 2.1.

généraux du droit fiscal, un revenu est considéré comme réalisé lorsque le contribuable peut effectivement en disposer, c'est-à-dire lorsqu'un bien ou une prestation a passé en sa possession ou lorsqu'il a acquis un droit ferme d'obtenir un tel bien ou une telle prestation⁴¹. La jurisprudence indique en outre (arrêt du Tribunal fédéral 2C_152/2015 du 31 juillet 2015, c. 4.2) : « La créance d'impôt naît sitôt que les faits générateurs prévus par la loi sont réalisés. La créance fiscale prend naissance *ex lege*, sans aucune autre intervention extérieure : la doctrine parle de la naissance immédiate de la créance fiscale. La taxation n'a aucun effet constitutif, elle n'est pas une condition de l'existence de la créance d'impôt (P. Locher, *op. cit.*, p. 308 ; cf. aussi ATF 107 Ib 376 c. 3 p. 378 et les références citées). L'existence et le contenu de la créance fiscale sont fixés par la loi, raison pour laquelle dite créance est en principe irrévocable : dès l'instant où une créance fiscale est née, elle ne peut être réduite à néant par une opération destinée à effacer les faits générateurs lui ayant donné naissance (arrêt 2C_692/2013 du 24 mars 2014 c. 4.2 *in* : Archives 82 740 et les références citées). La naissance *ex lege* de la créance fiscale a également pour conséquence que le moment de la réalisation du revenu ne saurait dépendre de la seule volonté du contribuable ; si tel était le cas, le contribuable pourrait différer et, par là, déterminer lui-même en fonction de ses convenances personnelles à quel moment ce revenu est imposable (arrêt 2C_116/2010 du 21 juin 2010 c. 2.2 *in* : RDAF 2010 II 474 et les références citées) ». Par conséquent, doivent figurer sur le certificat de salaire, toutes les prestations effectuées par l'employeur, auxquelles l'employé peut prétendre, ou en d'autres termes, sur lesquelles l'employé dispose d'un droit ferme avant le 31 décembre de l'année en cours.

Par exemple, l'employé qui ne touche son treizième salaire qu'au début de l'année suivante ($n + 1$) devrait être déjà imposable l'année n durant laquelle le principe et le montant de ce treizième salaire ont été décidés. Par conséquent, le certificat de salaire de l'année n doit voir figurer le montant du 13^e salaire en cause. Suivant cette logique, il devrait en aller de même des bonus et autres primes et gratifications annuelles qui seraient, le cas échéant, décidés en fin d'année et versés l'année suivante. Ces rémunérations devraient ainsi être imposables non pas l'année de leur versement, mais l'année où elles sont fixées (dans leur principe et leur montant), pour autant que le contribuable en ait été dûment informé avant la fin de cette même année⁴². Dans ce sens, même si l'octroi du bonus nécessite de rester auprès de son employeur jusqu'à la fin de l'année civile, la condition doit être considérée comme réalisée à cette date et donc le droit ferme acquis en année n , même si le versement est effectué en $n+1$. Si en effet l'employé ou l'employeur résilie les rapports de travail au

⁴¹ TF 2C_941/2012 et TF 2C/942/2012, c. 2.5, *in* : RDAF 2004 II 293.

⁴² ECKERT, N 10 *ad* art. 17.

1^{er} janvier $n+1$, l'employé peut prétendre au versement du bonus, ce qui montre bien qu'il a été réalisé à la fin de l'année n ⁴³.

Cela étant, il faut admettre que la détermination d'une prétention ferme à un salaire n'est pas toujours aisée en pratique, alors que celle du moment du paiement effectif l'est beaucoup plus. C'est probablement pour ce motif que les instructions de la Conférence suisse des impôts⁴⁴ proposent de retenir comme moment déterminant celui du paiement, dès lors que le bonus est soit extraordinaire, soit fondé sur les résultats de l'employeur. Par conséquent, il faudra distinguer entre : (i) le bonus, assimilable en cela à un 14^e salaire, dont le montant est connu d'avance ou calculable d'avance (qui devra alors être déclaré dans le certificat de l'année n , même s'il est versé l'année suivante, et (ii) le bonus dont le montant n'est pas déterminable au 31 décembre (quand bien même le principe de son octroi est irréversible), qui n'est déclaré que dans la période fiscale au cours de laquelle il a été effectivement versé.

À l'inverse, une avance sur salaire ne doit être déclarée que durant la période où l'employé effectue sa propre prestation. Ainsi, elle devra être déclarée dans la période de paie durant laquelle elle a été compensée⁴⁵.

Il peut cependant arriver que l'employé effectue sa prestation (travail), mais que le versement de son salaire soit rendu peu probable du fait notamment des difficultés économiques subies par l'employeur⁴⁶. Dans cette hypothèse, c'est-à-dire en cas de menace sur le versement du salaire à raison d'une insolvabilité de l'employeur, on peut admettre de ne faire figurer le salaire qu'au moment où celui-ci est effectivement payé à l'employé. Il convient dans ce cadre de ne pas être trop exigeant quant au degré d'insolvabilité requise pour admettre de ne voir figurer le salaire que lors de son encaissement. En effet, s'agissant d'un revenu de l'activité lucrative dépendante, il n'est pas possible ultérieurement de corriger une décision de taxation qui aurait inclus un salaire que l'employé ne touchera finalement jamais. Par conséquent, il faut admettre assez

⁴³ Ce qui pourrait être perçu comme un simple problème de périodicité s'avère en réalité déterminant en cas de départ de Suisse au 1^{er} janvier, ou d'une manière plus générale avant le versement effectif du bonus : RDAF 2012 II 240, arrêt dans lequel le Tribunal fédéral s'est occupé d'un contribuable domicilié à Genève, qui, en juin 2007, avait conclu avec son employeur une convention stipulant qu'ils mettaient fin au contrat de travail avec effet au 31 août 2010. Jusqu'à cette date, la société verserait à l'employé l'intégralité de son salaire et celui-ci recevrait également chaque année un bonus de CHF 1'200'000-. Il serait, par ailleurs, libéré de son obligation de travailler avec effet au 30 juin 2007. Le 22 août 2007, le contribuable avait quitté le territoire suisse pour s'installer en Grèce.

⁴⁴ FAQ 2017, Gén. 5 (« Réalisation du revenu : Quand est-ce que les revenus salariaux sont-ils obtenus définitivement ? »), le Guide lui-même étant muet sur cet aspect.

⁴⁵ FAQ, *ibidem* : avance en décembre 2017 et compensation avec la paie en janvier 2018 ; le salaire devra figurer sur le certificat de salaire 2018.

⁴⁶ RFi 2006, p. 305.

largement de ne voir figurer le salaire qu'au moment où il est effectivement payé, dès que l'employé court un risque d'encaissement⁴⁷.

Il en va de même d'un revenu qui est contesté par l'employeur. En cas de licenciement immédiat⁴⁸ par exemple, l'indemnité pour licenciement immédiat sans juste motif au sens de l'art. 337c CO, réclamée par l'employé, ne devra être considérée comme réalisée que lorsqu'un jugement définitif et exécutoire aura constaté que l'employeur devait ce montant et non déjà lorsqu'une action est intentée⁴⁹.

B. La force probante du revenu mentionné dans le certificat de salaire

Le salaire indiqué dans le certificat de salaire lie-t-il l'employé ou l'employeur ? En d'autres termes est-il possible pour l'employé de montrer que les prestations mentionnées dans le certificat de salaire sont erronées ? La réponse doit être assurément positive. Même si la qualification juridique de titre⁵⁰ parfois attribuée au certificat de salaire devait être

⁴⁷ On signale cependant, dans un contexte certes différent, que le TF a considéré que les loyers perçus par une gérance pour le compte des propriétaires leur sont imputables dès qu'ils sont encaissés par celle-ci, même lorsque la gérance tombe ensuite en faillite sans avoir transféré les sommes concernées (StE 1986 B 21.2 Nr. 1).

⁴⁸ Art. 337 CO.

⁴⁹ Dans ce sens aussi, FAQ Gén. 5 (« Réalisation du revenu : Quand est-ce que les revenus salariaux sont-ils obtenus définitivement ? »). À notre avis, cette règle (de « prudence », par analogie avec les principes comptables) est applicable quelles que soient les chances de succès de l'action au fond et quelle que soit la voie de droit encore ouverte (ordinaire ou extraordinaire).

⁵⁰ Guide, ch. 73, selon lequel « [t]oute personne qui ne remplit pas ou falsifie un certificat de salaire est passible de sanctions (art. 127, 174 et 186 LIFD ; art. 43, 55 et 59 LHID et art. 251 CP) et/ou tenue pour responsable (art. 177 LIFD ; art. 56 LHID) ». Cet élément est toutefois probablement erroné compte tenu de la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière : selon un arrêt du 26 septembre 2011 (6B_382/2011) : « Un ancien arrêt avait laissé entendre qu'un certificat de salaire au contenu inexact (faux intellectuel) pouvait constituer un titre (ATF 81 IV 166). La jurisprudence a depuis insisté sur l'exigence de valeur probante accrue nécessaire pour admettre un faux intellectuel. Une telle exigence a été niée pour un décompte de salaire mentionnant un faux nom, ce document ne constituant ainsi pas un titre (ATF 118 IV 363). Cet arrêt avait d'ailleurs expressément été invoqué par le recourant en instance cantonale, mais la Cour de cassation n'y a consacré aucun développement. Plusieurs arrêts ont par la suite confirmé qu'un certificat de salaire, et en particulier un décompte de salaire, au contenu inexact ne constituait pas un titre (cf. TF 6B_827/2010 du 24 janvier 2011, c. 4.5.2 et les références citées ; TF 6B_101/2009 du 14 mai 2009, c. 3.3 ; TF 6S.423/2003 du 3 janvier 2004, c. 4.3). Il faut s'en tenir à cette jurisprudence ». On mentionnera encore que cette jurisprudence a été rendue en matière de faux intellectuel. En revanche, pour ce qui est du faux matériel, l'arrêt TF 6B_473/2016 du 22 juin 2017 précise (c. 4.2.1) qu'« [i]l est en soi exact qu'un certificat de salaire dont le contenu en tant que tel est mensonger ne constitue en principe pas un titre (ATF 118 IV 363, c. 2 pp. 364 ss ;

retenue, il n'en demeure pas moins que son contenu n'est qu'une présomption de revenu imposable. L'employé-contribuable est libre de montrer par d'autres moyens qu'il n'a pas réalisé ce revenu⁵¹. Il pourra par exemple montrer que le total des versements reçus de son employeur sur son compte bancaire est différent – par hypothèse inférieur – au montant qui figure sur le certificat. Dans ce cas, l'autorité fiscale devra admettre la preuve et fixer l'assiette imposable de l'impôt sur le revenu de manière divergente par rapport aux chiffres indiqués dans le certificat⁵².

En revanche, l'employeur qui intentionnellement établit un certificat de salaire qui n'est pas complet commet une instigation, de complicité ou de participation, à la soustraction d'impôt commise par le contribuable. En effet, selon l'art. 177 LIFD, « celui qui, intentionnellement, incite à une soustraction d'impôt, y prête son assistance, la commet en qualité de représentant du contribuable ou y participe, sera puni d'une amende (...) L'amende est de 10'000.- francs au plus ; elle est de 50'000.- francs au plus dans les cas graves ou en cas de récidive ». On notera en outre que selon la même disposition, celui qui se rend coupable de cette infraction répond solidairement du paiement de l'impôt soustrait par le contribuable⁵³.

Par conséquent, si l'employeur remet un certificat contenant des montants plus élevés qu'effectivement versés, il met dans l'embarras son employé qui devra renverser la

TF 6B_72/2015 du 27 mai 2015, c. 1.5 ; TF 6B_382/2011 du 26 septembre 2011, c. 2.2 et les références citées). Il est cependant établi (art. 105 al. 1 LTF) que le recourant avait lui-même créé de toutes pièces des fiches de salaire à l'en-tête d'une société inexistante. L'auteur apparent desdites fiches de salaire, soit l'entité fictive H. SA, ne correspond donc pas à leur auteur réel. On se trouve en présence, non pas de faux intellectuels, mais de faux matériels, pour lesquels la question de la valeur probante accrue ne se pose pas. La Cour cantonale a donc admis sans violer le droit fédéral qu'il s'agissait de titres, respectivement de faux, censés établir l'existence de rapports de travail et le montant d'un salaire y relatif, dont le recourant s'est servi pour tenter d'obtenir indument l'établissement d'une relation bancaire et des prestations auxquelles il ne pouvait prétendre sans établir sa situation économique. Le grief tiré d'une violation de l'art. 251 CP s'avère à cet égard mal fondé ».

⁵¹ Dans ce sens aussi, ECKERT, N 15 *ad* art. 17, qui relève que dans un tel cas, la déclaration par le contribuable d'une valeur différente de celle retenue par l'employeur s'agissant d'un avantage appréciable en argent réalisé dans le cadre d'un rapport de travail aboutit à une inadéquation entre le revenu déclaré par le contribuable et la déduction sollicitée par l'employeur au titre de charge commercialement justifiée.

⁵² En bonne logique, l'admission de ce salaire inférieur chez l'employé devrait avoir pour conséquence la réduction de la charge justifiée par l'usage commercial chez l'employeur versant le salaire, afin de maintenir une symétrie.

⁵³ TF 2C_447/2010 du 4 novembre 2010, *in* : RDAF 2011 II 153, selon lequel la preuve d'un comportement intentionnel doit être considérée comme apportée, lorsqu'il est établi de façon suffisamment sûre que le contribuable était conscient que les informations données au fisc étaient incorrectes ou incomplètes, présomption qui ne se laisse pas facilement renverser.

présomption liée aux chiffres mentionnés dans le certificat, alors que s'il remet un tel certificat en omettant tout ou partie du salaire versé, il se rend potentiellement coupable d'une participation à la soustraction d'impôt sur le revenu commise par son employé.

C. Le véhicule mis à disposition par l'employeur et la contribution aux frais de voyage entre le domicile et le lieu de travail

1. Généralités

D'une manière générale, il revient à l'employé de faire en sorte d'arriver sur son lieu de travail à l'entrée en service puis de retourner chez lui par ses propres moyens et à ses frais⁵⁴. Les coûts occasionnés par ces transports entre le domicile et le lieu de travail constituent par voie de conséquence des frais d'acquisition du revenu salarié⁵⁵. Ils sont, à ce titre, déductibles du revenu imposable. Depuis le 1^{er} janvier 2016, la Loi fédérale du 21 juin 2013 sur le financement et l'aménagement de l'infrastructure ferroviaire (FAIF) a par ailleurs limité à 3'000.- francs par an la déduction de ces frais de transport pour l'impôt fédéral direct⁵⁶.

L'employeur peut bien entendu couvrir les coûts de son employé pour les trajets entre le domicile et le lieu de travail : il peut par exemple offrir un abonnement général de transport public ; il peut également mettre à la disposition de son employé un véhicule dont il prendra en charge tout ou partie des coûts. Ce sera là alors une prestation supplémentaire (onéreuse) qu'il effectuera en faveur de son employé⁵⁷. Cette prestation supplémentaire doit donc figurer sur le certificat de salaire (voir *infra* IV C 2 pour plus de détails). Dès lors que l'employé n'a pas à couvrir lui-même les frais de transport entre son domicile et son lieu de travail, il n'a pas droit à la déduction correspondante dans sa déclaration d'impôt. Par conséquent, lorsque l'employé n'engage aucun frais pour se rendre sur son lieu de travail et en revenir, l'employeur doit l'indiquer sur le certificat de salaire en cochant la « case F »⁵⁸.

⁵⁴ En ce sens, cf. par exemple art. 13 de l'Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (OLT1).

⁵⁵ Art. 26 al. 1 let. a LIFD : « Les frais professionnels qui peuvent être déduits sont : a. les frais de déplacement nécessaires entre le domicile et le lieu de travail ».

⁵⁶ Les législations cantonales ne se sont pas toutes alignées sur la disposition fédérale : entre autre, Genève limite à 500.- francs par an la déduction (art. 29 LIPP/GE) ; Vaud ne limite pas la déduction ; Berne la limite à 6'700.- francs.

⁵⁷ En revanche, l'octroi d'un abonnement demi-tarif CFF n'est pas considéré comme une prestation supplémentaire imposable : Guide, ch. 9 et ch. 72.

⁵⁸ Guide, ch. 9.

2. Distinctions

Il est important de distinguer dans ce cadre entre le véhicule qui est mis à la disposition par l'employeur à son employé pour des raisons professionnelles ou sans raison professionnelle. On rappellera dans ce cadre que les règles du droit civil prévoient une protection du travailleur : l'employeur doit rembourser au travailleur tous les frais nécessaires à l'exécution du travail et lorsque le travailleur est occupé en dehors de son lieu de travail, les dépenses nécessaires à son entretien (art. 327a al. 1 CO) ; l'employeur est tenu de fournir le matériel nécessaire à l'exécution du travail, sauf accord ou usage contraire (art. 327 al. 1 CO), auquel cas, le travailleur est indemnisé équitablement (art. 327 al. 2 CO). Ainsi l'employé à qui ces frais sont remboursés conformément à la réglementation légale n'obtient pas de revenu, ni aucun avantage. Il en va de même pour celui qui bénéficie d'un véhicule de service utilisé uniquement pour des déplacements professionnels⁵⁹.

En revanche, la situation est légèrement différente si l'employé dispose d'un véhicule pour des transports professionnels, mais qu'il peut l'utiliser pour retourner chez lui (transport entre le domicile et le lieu de travail). Dans ce cas, et pour autant qu'il n'ait pas le droit de l'utiliser pour d'autres transports privés, il ne reçoit pas véritablement d'avantage appréciable en argent, au-delà des frais de transport domicile – travail dont il aurait pu demander la déduction. Dans cette hypothèse, l'employeur ne doit alors « que » cocher la case F, mais n'a pas à indiquer des prestations complémentaires. Depuis le 1^{er} janvier 2016 toutefois, la limitation de la déduction de frais de transport à 3'000.- francs par an a pour conséquence que les contribuables dont les trajets entre le domicile et le travail engendrent des frais pour plus que 3'000.- francs voient ces frais plafonnés⁶⁰. Cette limitation de la déduction chez les contribuables qui supportent ces frais a eu pour corollaire, chez les contribuables qui ne les supportent pas mais dont la déduction aurait été – s'ils avaient eu à la supporter – limitée, d'engendrer un revenu supplémentaire fictif. Il s'agit en effet de mettre sur un pied d'égalité les contribuables qui voient leur déduction limitée et ceux qui n'ont pas à supporter les frais afférents à ces déplacements. Le système est donc le suivant dans le cadre de l'IFD : tant que les frais de déplacement restent sous la barre des 3'000.- francs, celui qui les supporte peut les déduire, celui dont l'employeur assume les coûts de déplacement n'a pas de revenu supplémentaire mais n'a pas droit à la déduction

⁵⁹ Le véhicule reste stationné auprès de l'entreprise.

⁶⁰ Un trajet en voiture privée entre le domicile et le lieu de travail d'environ 20 kilomètres engendrera environ 3'000.- francs de déduction par an : cf. Instructions générales sur la manière de remplir sa déclaration d'impôt, Vaud, p. 22.

de ces frais⁶¹. Si les frais dépassent la limite des 3'000.- francs annuels, ceux qui les assument voient leur déduction limitée, et ceux dont c'est l'employeur qui les prend en charge se voient imputer un revenu fictif supplémentaire correspondant à la différence entre leurs frais de déplacement et la limite de 3'000.- francs. La valeur de ces trajets constitue donc un revenu supplémentaire. Par exemple, l'employé qui habite Payerne et travaille à Lausanne, à raison de 100%, et qui peut utiliser un véhicule de l'entreprise pour faire les trajets entre son domicile et son lieu de travail aurait pu déduire 45 kilomètres, soit 3'768.- francs⁶². Comme le contribuable n'assume pas ces frais, il ne peut pas les déduire. En outre, pour l'impôt fédéral direct, un revenu supplémentaire de 768.- francs sera imposé dans son chef. Il est cependant admis que ce revenu supplémentaire n'a pas à être mentionné sur le certificat de salaire, seule la case F devant être cochée.

3. Le véhicule de service mis à disposition de l'employé

Certains employeurs mettent à disposition de leur employé un véhicule de service, sans en restreindre l'usage privé. L'utilisation de ce véhicule peut être segmentée comme suit : (i) utilisation professionnelle (par exemple pour rendre visite à des clients) ; (ii) utilisation pour les déplacements entre le domicile et le lieu de travail ; (iii) utilisation à des fins privées.

- (i) Celui qui ne peut utiliser son véhicule qu'à des fins professionnelles ne doit rien indiquer dans le certificat de salaire ; il ne tire en effet aucun avantage personnel de l'utilisation du véhicule. Il en va de même de celui qui doit entièrement rembourser à son employeur au moins 70 centimes par kilomètre parcouru à des fins privées.
- (ii) Pour celui qui peut utiliser le véhicule pour rentrer de son travail à son domicile, à l'exclusion de tout autre usage, seule la case F doit être cochée ; au surplus, voir *supra* 2).
- (iii) Enfin, celui qui a la possibilité d'utiliser également à des fins privées le véhicule de l'entreprise obtient alors une prestation en nature qui doit être mentionnée dans le certificat de salaire sous chiffre 2.2⁶³. Si l'employeur prend en charge l'ensemble des frais, le collaborateur ne supportant que les frais d'essence pour de longs voyages privés le week-end ou durant les vacances, le montant à déclarer pour l'utilisation privée correspond à 0.8 % du prix d'achat, équipements spéciaux compris (hors TVA), mais au minimum à CHF 150.- par mois. Pour les véhicules pris en leasing, le prix du véhicule (hors TVA) fixé par le contrat peut être éventuellement retenu au

⁶¹ Si l'employeur rembourse ces frais à son employé, il s'agit alors d'un revenu complémentaire à déclarer sous ch. 2.3 du certificat de salaire ; dans cette hypothèse, le contribuable conserve le droit à la déduction des frais de déplacement (pas de case F cochée) : Guide, ch. 17.

⁶² Instructions générales, Vaud, p. 23.

⁶³ Guide, ch. 21 ; FAQ 2017, ch. 2 *ad* 2.2.

lieu du prix d'achat au comptant du véhicule (hors TVA) indiqué dans le contrat de leasing. Par exemple, si le prix d'achat du véhicule est de 50'000.- francs, le montant de revenu complémentaire en nature à déclarer sous chiffre 2.2 sera de $12 \times 400 = 4'800$.- francs pour l'année entière. Évidemment, si l'employé est tenu de payer ou de rembourser à l'employeur une partie de ces sommes, seul le montant effectivement à la charge de l'employeur devra être reporté dans le certificat de salaire.

Si le véhicule peut être utilisé à des fins privées, outre le revenu complémentaire en nature, la case F devra également être cochée, puisque l'employé ne supporte pas lui-même les frais de déplacement entre le domicile et le lieu de travail.

Toujours dans cette hypothèse, comme expliquée sous 2 *supra*, l'employé qui dispose d'un véhicule de service et dont les frais de déplacement seraient supérieurs à 3'000.- francs par an se verra imputé un revenu complémentaire à hauteur de ce qui dépasse ce montant. Il aura donc : la case F cochée générant le refus de la déduction des trajets domicile - travail, le revenu en nature sous ch. 2.2 et un revenu complémentaire qui lui sera imposé dans le cadre de la taxation (hors certificat de salaire).

4. Véhicule de service pour les employés en service externe

Cette réglementation d'imputation d'un revenu fictif pour les employés qui disposent d'un véhicule de service et dont les frais de déplacement sont supérieurs à 3'000.- francs aurait eu pour conséquence de pénaliser fiscalement les employés qui travaillent en service externe. En effet, ces employés se rendent directement chez des clients depuis leur domicile sans passer par les locaux de l'employeur. Ils n'ont ainsi pas de frais de déplacement à proprement parler. Ce sont en effet des frais de déplacement au profit de l'employeur que ce dernier devrait de toute façon leur rembourser⁶⁴. Par conséquent, il a été admis que les employés qui peuvent démontrer être entièrement affectés au service externe, n'auront pas de revenu complémentaire fictif, même si leurs frais de déplacement sont supérieurs à 3'000.- francs. Pour ce qui est du certificat de salaire, il est donc désormais important d'indiquer (sous chiffre 15⁶⁵) si l'employé est affecté au service externe.

Pour prendre en compte la réalité du monde du travail, il faut encore mentionner que certains employés ne sont que partiellement affectés au service externe. Ce peut être le cas, par exemple, si un collaborateur visite les clients directement depuis chez lui deux jours

⁶⁴ Communication de l'AFC n°002-D-2016-f du 15 juillet 2016, disponible à l'adresse www.steuerkonferenz.ch, p. « http://www.steuerkonferenz.ch/fr/?Certificat_de_salaire:Notices_et_Informations_pratiques » (site consulté le 19 février 2018).

⁶⁵ Guide, ch. 70.

sur cinq pendant la semaine. Il en va de même de celui qui va directement le matin chez des clients puis se rend ensuite « au bureau », à partir duquel il retournera chez lui après sa journée de travail. Dans le premier cas, il s'agira d'un service externe à raison de 40%, alors que dans le second, il s'agira d'un tel service à raison de 50%. Cette part du service externe devra être indiquée dans le certificat de salaire sous chiffre 15 également⁶⁶. Pour faciliter l'établissement des certificats de salaire, l'Administration fédérale des contributions a émis des instructions administratives⁶⁷ permettant de présumer des ratios de service externe en fonction de la branche économique et de la position de l'employé dans l'entreprise. En effet, selon ces instructions, « dans le certificat de salaire, il est en principe nécessaire de déclarer le pourcentage de travail que les contribuables disposant d'un véhicule commercial effectuent réellement en service externe. Si la détermination annuelle exacte de ce pourcentage entraîne une trop lourde charge administrative pour l'employeur, ce dernier peut utiliser les forfaits indiqués dans le tableau ci-dessous. Le cas échéant, il ajoutera le commentaire suivant dans le certificat de salaire (sous le ch. 15, « Remarques ») : « Part de service externe de XX%, déterminée de manière forfaitaire selon la liste des fonctions et catégories de métiers ». Toutefois, le collaborateur conserve la possibilité d'apporter la preuve que la part de travail effectuée en service externe est en réalité plus importante, dans le cadre de la procédure de taxation ordinaire ou dans le cadre du contrôle ultérieur de l'impôt à la source au sens de l'art. 137 al. 1 LIFD, que celle forfaitairement mentionnée dans ces instructions.

D. La jouissance posthume de la rémunération - art. 338 CO

En application de l'art. 338 CO⁶⁸, l'employé qui décède alors qu'il est lié par un contrat de travail a droit à son salaire durant une période de temps fonction du nombre d'années travaillées pour l'employeur en cause. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un salaire (art. 319 al. 1 CO), puisqu'il n'est pas compris dans le salaire déterminant AVS, comme le confirme l'art. 8 let. c RAVS⁶⁹. Il s'agit toutefois bien d'un revenu imposable.

Si l'on se réfère au moment de la réalisation du revenu (voir *supra* B.), ce revenu supplémentaire *post mortem* n'est réalisé qu'après la mort du contribuable salarié. Tant les

⁶⁶ Guide, ch. 70.

⁶⁷ Annexe à la Communication précitée de l'AFC n°002-D-2016-f du 15 juillet 2016 (PDF directement accessible sur <http://www.google.ch>).

⁶⁸ Art. 338 al. 2 CO : « (...) l'employeur doit payer le salaire, à partir du jour du décès, pour un mois encore et, si les rapports de travail ont duré plus de cinq ans, pour deux mois encore, si le travailleur laisse un conjoint, un partenaire enregistré ou des enfants mineurs ou, à défaut, d'autres personnes en faveur desquelles il remplissait une obligation d'entretien ».

⁶⁹ RS 831.101 ; dans ce sens, cf. notamment WYLER, p. 525.

règles du droit civil (art. 537 et 560 al. 1 CC) que celles du droit fiscal (art. 12 LIFD⁷⁰) prévoient la transmission des droits et obligations du contribuable à ses héritiers lors de son décès. Or, force est ainsi de constater que ce revenu complémentaire est réalisé au moment du décès. Il faut donc déterminer (i) auprès de quel contribuable (dans le chef de qui du défunt ou de ses héritiers) il doit être déclaré et imposé, (ii) de quelle manière il doit être indiqué dans le certificat de salaire et (iii) comment il sera imposé.

(i) Imposition dans le chef du défunt ou chez les héritiers

Avec le décès, l'assujettissement à l'impôt prend fin (art. 8 al. 2 LIFD). Cela signifie qu'une personne n'est plus assujettie à l'impôt après son décès. La période fiscale sera donc inférieure à une année civile et courra du 1^{er} janvier jusqu'à la date du décès. Or, force est d'admettre que si le revenu selon l'art. 338 CO n'est réalisé qu'au moment du décès – et d'ailleurs indépendamment de la date du versement effectif de la rémunération – il ne peut l'être réalisé que par les héritiers du défunt et non par le défunt lui-même. Alternativement, on pourrait admettre que ce revenu est réalisé entièrement le jour du décès qui est encore couvert par l'assujettissement. Et il faut selon nous admettre dans ce dernier sens que le droit en cause est réalisé par le défunt qui en remplit les conditions au jour de son décès. Toutefois et pour des motifs de clarté, il est en pratique admis que c'est bien le conjoint survivant qui sera imposé sur ce revenu, lui à qui la rémunération a été effectivement versée⁷¹.

(ii) Indication dans le certificat de salaire

Le conjoint survivant d'un défunt sera imposé comme personne mariée (donc en couple) depuis le 1^{er} janvier jusqu'à la date du décès. Dès le jour après le décès, un nouvel assujettissement prendra effet pour le survivant en tant que « personne seule », jusqu'à la fin de la période fiscale, c'est-à-dire jusqu'au 31 décembre. Le complément de revenu selon l'art. 338 CO devra être indiqué sur un certificat de salaire au nom du conjoint survivant, comme une rente, avec l'indication du mois au cours duquel la rémunération est versée en tant que complément de revenu lié à la durée de l'emploi⁷². Il sera donc imposé comme un revenu dans la période d'assujettissement post décès, c'est-à-dire dans une période durant laquelle le conjoint survivant est un contribuable seul.

En définitive, un certificat doit être émis au nom du collaborateur décédé pour la période allant du 1^{er} janvier jusqu'au jour de son décès. La jouissance posthume de la rémunération

⁷⁰ « Les héritiers d'un contribuable défunt lui succèdent dans ses droits et ses obligations ».

⁷¹ FAQ, ch. 4.1.

⁷² FAQ, ch. 4.1.

versée au conjoint survivant de l'employé défunt doit faire l'objet d'une attestation de rente distincte. Le montant du salaire payé en application de l'art. 338 CO doit être mentionné sous ch. 4 avec l'indication « jouissance posthume du salaire ». La période de salaire pour laquelle le montant doit être attesté est le mois au cours duquel le paiement a été effectué. Si le paiement du salaire posthume est réparti sur plusieurs mois, c'est la période totale des paiements échelonnés qui doit être mentionnée.

(iii) Mode d'imposition du revenu posthume

Dès lors qu'il est admis que le revenu complémentaire posthume doit figurer sur un certificat séparé au nom de l'épouse du défunt, il faut encore déterminer si ce revenu doit être imposé : (i) avec les autres revenus de la contribuable (ii) ou de manière séparée.

Plaide en faveur de la première solution le fait que ce revenu, qui n'est pas périodique, est originellement un revenu de l'activité lucrative dépendante de son époux et qu'en tant que tel, il devrait être imposé avec les autres revenus. Si, en revanche, on considère que ce revenu s'apparente à une forme d'assurance du conjoint survivant et qu'il constitue ainsi davantage une prestation en capital de la prévoyance, on pourrait admettre de l'imposer de manière séparée aux taux de la prévoyance, conformément à l'art. 38 LIFD. En pratique⁷³, c'est bien la seconde solution qui est admise, la jouissance posthume du salaire étant une prestation versée ensuite de décès au sens de l'art. 23 let. b LIFD. Elle doit donc être imposée comme une prestation en capital provenant de la prévoyance (en application de l'art. 38 LIFD), même lorsque le salaire posthume est versé en plusieurs tranches mensuelles. Dans ces cas toutefois, la prestation n'est imposée que l'année de versement de la dernière tranche. Le revenu ainsi obtenu par l'épouse au décès de son mari sera imposé de manière séparée de ses autres revenus et à un taux plus favorable, correspondant, pour l'IFD, au 1/5^e des barèmes ordinaires.

E. Le certificat de salaire et les participations de collaborateur

Le 1^{er} janvier 2013, la Loi fédérale du 17 décembre 2010 sur l'imposition des participations de collaborateur est entrée en vigueur. Elle a harmonisé au niveau suisse le traitement fiscal de l'octroi de prestations salariales sous forme d'actions, d'options ou d'autres formes de

⁷³ En ce sens, cf. par exemple <http://www.taxinfo.sv.fin.be.ch>, p. « <http://www.taxinfo.sv.fin.be.ch/taxinfo/display/taxinfofr/Jouissance+posthume+du+salaire+%28jouissance+posthume+de+la+r%C3%A9mun%C3%A9ration%29> » (site consulté le 5 février 2018).

participations⁷⁴. En outre, depuis 2013 également, l'ordonnance du 27 juin 2012 sur l'obligation de délivrer des attestations pour les participations de collaborateur a mis en place certaines obligations pour l'employeur, liées désormais au certificat de salaire.

De manière générale, on admet que l'octroi à un employé d'une forme de participation à l'entreprise dans laquelle il travaille, à titre gratuit ou pour un montant inférieur à la valeur vénale de cette participation, constitue un revenu, sous forme de complément de salaire. En effet, si les droits de participation peuvent être rattachés à un rapport de travail avec l'employeur, qu'il soit ancien, actuel ou futur, ils peuvent être qualifiés de participations de collaborateur proprement ou improprement dites. Cette distinction entre participations proprement ou improprement dite est importante pour déterminer à quel moment le revenu est imposable. Les participations de collaborateur proprement dites font participer les collaborateurs aux fonds propres de l'employeur. La participation peut par conséquent s'effectuer directement par la remise des titres de participation ou indirectement par la remise d'options ou d'expectatives pour l'acquisition de titres de participation. Les actions et les options de collaborateur constituent les formes les plus fréquentes de participations de collaborateur proprement dites (Circulaire AFC n° 37/2013, Imposition des participations de collaborateurs, ch. 2.3). À l'inverse, les participations improprement dites se rapprochent d'une forme de bonus lié à la performance de l'entreprise, mais ne constituent pas une participation du collaborateur aux fonds propres de l'employeur. Ces participations improprement dites font en général uniquement entrevoir une prestation en argent déterminée sur la base de l'évolution de la valeur du sous-jacent (Circulaire AFC n° 37/2013, Imposition des participations de collaborateurs, ch. 2.3.2). Étant donné que ces instruments ne confèrent normalement aucun autre droit, tel que le droit de vote ou le droit de toucher des dividendes, les participations de collaborateur improprement dites sont considérées sur le plan fiscal, jusqu'au moment de leur réalisation, comme de simples droits d'expectative.

S'agissant du moment de la réalisation du revenu du plan de participation, l'art. 17b LIFD prévoit que l'avantage patrimonial lié à l'octroi à un prix de faveur des participations proprement dites est imposable à titre de revenu d'une activité lucrative salariée au moment de leur acquisition, sous réserve des cas des options non négociables ou non cotées en bourse qui ne sont pas imposables lors de l'exercice des options. Dans cette dernière hypothèse, la prestation imposable est égale à la valeur vénale de l'action moins le prix d'exercice.

⁷⁴ Pour plus de détails sur cette réforme, cf. GANI RAPHAËL, La nouvelle loi fédérale sur l'imposition des participations de collaborateurs : premier aperçu d'un serpent de mer fiscal, *in* : Jusletter du 14 novembre 2011.

Les participations de collaborateurs doivent être annoncées dans le certificat de salaire dès lors qu'elles sont octroyées, même si elles ne sont pas encore imposables en tant que revenu et fortune⁷⁵. Toutefois, le certificat de salaire ne devra pas être rempli de la même manière si le revenu lié à l'octroi du plan de participation est réalisé ou pas. Ainsi, toutes les participations de collaborateur qui sont imposables au titre de revenu doivent figurer sur le certificat de salaire pour l'année au cours de laquelle elles sont octroyées⁷⁶. La valeur indiquée en sera celle égale à la différence entre leur valeur vénale et leur prix de cession à l'employé, c'est-à-dire leur prix de souscription⁷⁷.

En revanche, si le revenu lié à l'octroi de la participation n'est pas réalisé lors de l'octroi mais plus tard (soit lors de l'exercice de l'option octroyée au sens de l'art. 17b al. 3 LIFD, soit lors de l'encaissement de l'indemnité de participation improprement dite au sens de l'art. 17c LIFD), alors l'octroi ne doit être mentionné que sous chiffre 15 du certificat de salaire⁷⁸.

Dans tous les cas de participations de collaborateur, outre leur mention dans le certificat de salaire, il y a lieu d'indiquer sur une feuille annexe au certificat de salaire tous les détails relatifs à la participation. Ce document doit mentionner l'identité de l'employé (nom, prénom, date de naissance, etc.) et apparaître clairement comme une annexe au certificat de salaire.

F. Prestations salariales accessoires à ne pas déclarer

Le Guide d'établissement du certificat de salaire, établi par la Conférence suisse des impôts indique que « pour des raisons pratiques », certaines prestations fournies par l'employeur n'ont pas besoin d'être reportées dans le certificat⁷⁹. Il s'agit notamment des prestations suivantes⁸⁰ :

- la remise, à titre gratuit, d'un abonnement CFF demi-tarif ;
- les cadeaux de Noël, d'anniversaire ou autres cadeaux usuels d'une valeur inférieure ou égale à 500.- francs par occasion. Si la valeur du cadeau est supérieure à ce montant, il faut en déclarer la valeur totale sous chiffre 2.3 du certificat de salaire ;
- l'utilisation privée d'outils de travail (téléphone portable, ordinateur, etc.) ;

⁷⁵ Guide, ch. 29.

⁷⁶ Il en va de même si c'est la société mère étrangère qui octroie la participation.

⁷⁷ Si un *ruling* fiscal a été signé par l'autorité fiscale, l'existence du *ruling* sera indiquée sous ch. 15.

⁷⁸ En mentionnant : « participation de collaborateur sans revenu imposable », selon le Guide, ch. 69.

⁷⁹ Guide, ch. 72.

⁸⁰ Pour la liste complète, cf. Guide, ch. 72.

- la participation aux cotisations d’adhésion à des associations professionnelles sans plafonnement ;
- les billets d’entrée à des événements culturels, sportifs ou sociaux d’une valeur inférieure ou égale à 500.- francs par événement (les contributions qui dépassent 500.- francs par événement doivent être déclarées) ;
- le paiement des frais de voyage du conjoint ou du partenaire qui accompagne l’employé en voyage d’affaires⁸¹ ;
- la mise à disposition gratuite d’une place de stationnement sur le lieu de travail.

V. Conclusion

Cette contribution avait comme prétexte de vérifier si le certificat de salaire, en particulier tel que mis en place depuis 2007 sous l’égide de la Conférence suisse des impôts, ne servait qu’à l’autorité fiscale.

Ce bref et sélectif tour d’horizon nous a montré que le certificat de salaire – qu’il puisse être directement adressé au fisc ou pas (voir *supra* ch. II) – était globalement orienté vers l’obtention pour le fisc d’une information complète et harmonisée sur l’ensemble des prestations offertes par l’employeur à son employé en échange de la prestation de travail de ce dernier. Si, lors de son « adoption », le nouveau certificat de salaire a été passablement critiqué⁸², la pratique a montré que l’harmonisation au niveau fédéral des prestations salariales avait permis de faciliter aussi le travail de taxation du fisc. On peut donc admettre qu’il s’agit d’un instrument avant tout au service du seul fisc. C’est ainsi, à juste titre, qu’il intéressera plus le fiscaliste que le spécialiste du droit du travail.

On remarque malgré tout que le travailleur dispose de droits contre son employeur en rapport avec la délivrance du certificat de salaire. En effet, il peut en exiger la délivrance, le cas échéant la correction en cas d’information erronée. Si l’employeur refuse de délivrer le certificat de salaire, l’employé devra ouvrir action devant la juridiction spécialisée en droit du travail, comme en matière de certificat de travail. L’employé conserve un intérêt propre à disposer d’un certificat de salaire reflétant la réalité des prestations qu’il a reçues. En effet, comme on l’a vu (voir *supra* ch. IV B), le certificat constitue une présomption – certes réfragable – des rémunérations imposables. Ainsi, le contribuable qui prétend ne pas avoir reçu – par exemple – une partie du salaire indiqué dans son certificat serait prudent

⁸¹ En revanche, dans le cadre des relations entre une société et son actionnaire, le fait d’offrir ses frais de voyage au conjoint de l’actionnaire peut constituer une prestation appréciable en argent au sens des art. 20 et 58 LIFD.

⁸² Par exemple ZIMMERMANN, *in* : TREX 2003 p. 202.

d'en demander en premier lieu la correction, plutôt que d'avoir à en démontrer le caractère erroné dans la procédure de taxation.

En conclusion, si le certificat de salaire sert avant tout les intérêts du fisc, le travailleur doit aussi pouvoir en tirer des droits, de telle sorte qu'on ne peut pas parler d'un but uniquement fiscal.

VI. Bibliographie

- ALTHAUS-HOURIET ISABELLE, *in* : Yves Noël/Florence Aubry Girardin (édit.), *Impôt fédéral direct, Commentaire romand*, 2^e édition, 2017.
- BALABAN BRANKO/METZGER MARKUS, Hausses d'impôts dues au FAIF, TREX 3/2015.
- BENZ ROLF, Der neue Lohnausweis : letzte Scharmützel der Gewerbeverbände oder allerletzte Verschiebung der Einführung durch die Schweizerische Steuerkonferenz ?, *in* : *Steuerrecht* 2007, Zurich 2007, pp. 279-286.
- BERDOZ DENIS/BUGNON MARC, La procédure mixte en matière d'impôts directs, *in* : OREF (édit.), *Les procédures en droit fiscal*, 3^e édition, 2015.
- BLUMENSTEIN ERNST /LOCHER PETER, *System des schweizerischen Steuerrechts*, 6^e édition.
- BREY TONY, SALOMÉ HUGUES, Le nouveau certificat de salaire arrive : un formulaire unique comme certificat de salaire et attestation de rente, *in* : *Expert-comptable suisse* Vol. 80 (2006) n° 12 pp. 952-958.
- ECERT JEAN-BLAISE, *in* : Yves Noël/Florence Aubry Girardin (édit.), *Impôt fédéral direct, Commentaire romand*, 2^e édition, 2017.
- Foire aux questions du Groupe de travail Certificat de salaire de la CSI (cité : FAQ)
- Guide d'établissement du certificat de salaire et de l'attestation de rentes (formulaire 11) de la CSI (cité : GUIDE)
- HABEGGER CYRILL, LÖTSCHER RAFAEL, Le nouveau guide d'établissement du certificat de salaire et de l'attestation de rentes (Formulaire 11), TREX 5/2015.
- HÄUSERMANN SIMON, Le test de compatibilité du nouveau certificat de salaire, *in* : *Vie économique : revue de politique économique*, avec suppléments de la Commission pour les questions conjoncturelles et de la Banque nationale suisse 78(2005), n° 1/2 pp. 52-54.
- HEIL-FROIDEVAUX ADRIENNE, *Steuerrechtliche Praktikabilität unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten*, Berne 2006.
- KNÜSEL BRUNO, *in* : Martin Zweifel/Peter Athanas (édit.), *Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht*.
- LOCHER PETER, *Kommentar zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer*.
- NOËL YVES, *in* : Yves Noël/Florence Aubry Girardin (édit.), *Impôt fédéral direct, Commentaire romand*, 2^e édition, 2017.
- OBERSON XAVIER, *Droit fiscal suisse*, 3^e édition.
- REICH MARKUS, *in* : Martin Zweifel/Peter Athanas (édit.), *Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht*.

- RIVIER JEAN-MARC, Droit fiscal suisse : l'imposition du revenu et de la fortune, 2^e édition, 1998.
- SPREITER FRANZISKA, Parts privées : innovations au 1^{er} janvier 2016, TREX 3/2015.
- WYLER RÉMY, Droit du travail, 2^e édition, Berne 2008.
- ZIMMERMANN MARIUS, Le nouveau certificat de salaire malédiction ou bénédiction ? TREX 2003/202.
- ZULAUF BRIGITTE, Certificat de salaire : Problèmes pratiques, TREX 2013/06.
- ZWEIFEL MARTIN, Neue Wege zur Optimierung des Veranlagungssystems der direkten Steuern ? *in* : Laurence Andrée Uttinger/Daniel Rentzsch/Conradin Luzi (édit.), Dogmatik und Praxis im Steuerrecht, Festschrift für Markus Reich, 2014.
- ZWEIFEL MARTIN/HUNZIKER SILVIA, ad art. 45 LHID, *in* : Martin Zweifel/Michael Beusch (édit.), Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, 3^e édition, 2017.

MERCEDES NOVIER

Le certificat médical dans les relations de travail

Sommaire	Page
I. Introduction	77
II. Définition et notions	78
A. Définition du certificat médical	78
B. Les divers types de certificats médicaux	79
1. Le certificat médical pré-emploi	79
2. Le certificat médical d'aptitude et d'inaptitude	79
3. Le certificat médical d'arrêt de travail	80
4. Les autres certificats médicaux	81
III. Buts, conséquences et difficultés	82
A. Buts	82
B. Conséquences	82
1. Généralités	82
2. Conséquences économiques	83
3. Principales conséquences juridiques	84
4. Conséquences sur la santé et l'avenir professionnel du travailleur	85
C. Difficultés et tensions	86
1. La diversité des acteurs	86
2. L'objet du certificat médical	86
3. La disproportion entre la facilité d'obtention du certificat et l'importance de ses conséquences	86
4. La « non-miscibilité » des approches	86
IV. Qui délivre le certificat médical ?	88
A. Généralités	88
B. Pour le certificat d'aptitude ou d'inaptitude	89
C. En matière de maternité	89
D. En matière d'arrêt de travail	90
V. Contenu du certificat médical	90
A. Cadre légal général	90
B. Code de déontologie de la FMH	90
C. Exigences de base	91
1. Généralités	91
2. Constatations personnelles	91
3. Considérations strictement médicales	92
4. Indépendance et absence de pression	92
5. Certificat conforme à la vérité	92

6. Respect du secret professionnel	93
7. Respect de la loi fédérale sur la protection des données (LPD)	95
D. Indications spécifiques	96
1. Généralités	96
2. Le certificat médical d'arrêt de travail en particulier	96
a) Les éléments identifiant le patient	97
b) Maladie ou accident	97
c) Le degré de l'incapacité de travail	98
d) Les dates du début et de la fin de l'incapacité de travail	99
e) La date d'établissement du certificat médical	101
f) La signature et le timbre du médecin	101
g) La remise du certificat médical et la prise en charge des frais	101
E. Quelques problématiques	101
1. Certificat médical rétroactif	101
2. Certificat délivré suite à une demande formulée par téléphone ?	103
3. Certificat attestant une incapacité limitée à la place de travail	104
4. Certificat médical et vacances	107
5. Certificat médical et garde d'un enfant malade	108
F. La responsabilité de l'auteur du certificat médical	110
VI. Obligations et droits du travailleur	112
A. Le fardeau de la preuve de l'incapacité de travail	112
B. La transmission du certificat médical	112
1. Le devoir d'annonce de l'empêchement de travailler	112
2. Quelques situations problématiques	114
3. La transmission du certificat médical à l'assureur	116
C. Droits du travailleur en résultant	117
VII. Contestation du certificat médical	118
A. Éléments suscitant des doutes sur l'exactitude du certificat médical	118
B. Obligations de l'employeur qui conteste le certificat médical	121
VIII. Nature, force probante et production en justice	123
A. Nature du certificat médical	123
B. Valeur probante du certificat médical et sa portée en procédure	125
C. Distinctions avec d'autres moyens de preuve	128
1. Avec l'expertise judiciaire	128
2. Avec l'expertise-arbitrage	128
3. Avec l'expertise privée	129
4. Avec les renseignements écrits	130
5. Avec le témoignage-expertise	130
D. L'audition comme témoin de l'auteur du certificat médical	130
IX. Conclusion	132
X. Bibliographie	133

I. Introduction

Aux yeux du juriste, le centre de gravité d'un litige en droit du travail bascule fréquemment autour du certificat médical, à tel point qu'il peut devenir une véritable pierre d'achoppement. Pour le travailleur et l'employeur, compte tenu de ses nombreuses conséquences, son impact est indéniable. Quant au médecin, il est si régulièrement¹ sollicité pour délivrer un certificat médical, qu'il s'agit d'un acte entrant pleinement dans l'exercice de sa profession. Malgré sa portée pour tous ceux qui sont en lien avec un certificat médical – que ce soit des professionnels de la santé, des patients employés, des employeurs, des assureurs ou des praticiens du droit –, la loi ne définit pas le certificat médical, qu'elle ne mentionne expressément² que rarement en droit du travail. En raison de son importance pratique, cela n'a pas empêché la doctrine de s'y intéresser³.

Le but de la présente contribution n'est pas de mettre dos à dos les divers protagonistes concernés, ni d'étudier l'incapacité de travail en tant que telle et ses conséquences, mais bien d'examiner les principales questions que soulève spécifiquement le certificat médical. Compte tenu de sa portée pratique dans les relations de travail, certains aspects seront prioritairement examinés sous l'angle du certificat médical d'arrêt de travail, même si les autres types de certificats médicaux seront aussi abordés.

¹ MAZOURI/KARKER & AL., p. 1742, mentionnent que près d'un tiers des consultations de médecine de premier recours débouchent sur la délivrance d'un certificat médical d'arrêt de travail.

² Art. 29 al. 4 et 36 al. 3 LTr ; art. 64 al. 2 OLT1 ; art. 9 al. 2 et art. 18 OLT5 ; art. 3 OProMA ; art. 28 al. 5 LACI.

³ Par exemple CARRUZZO, CO, pp. 200 ss et 548ss ; DIETSCHY, pp. 309 ss ; GEISER, pp. 205 ss ; GLOOR, Secret ; KÄLIN , pp. 335 ss ; MEYER, pp. 359 ss ; MÜLLER, pp. 167 ss ; REHBINDER, pp. 183 ss ; ROSSEL, pp. 243 ss et 328 ss ; RUDOLPH, pp. 864 ss et 912 ss ; SCHÖNENBERGER ; STENGEL, pp. 185 ss ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, pp. 419 ss ; SUBILIA, RSPC, pp. 413 ss ; SUBILIA/DUC, pp. 260 ss et 590 ss ; WYLER/HEINZER, pp. 227 ss ; ZINSLI, pp. 33 ss.

II. Définition et notions

A. Définition du certificat médical

La loi ne définit pas le certificat médical. L'art. 34 du Code de déontologie de la FMH⁴ souligne simplement qu'il s'agit d'un document officiel. Selon le LAROUSSE⁵, un certificat est un « *document écrit, officiel ou dûment signé d'une personne autorisée qui atteste un fait* », et le terme « médical » signifie « *relatif à la médecine* ». La jurisprudence⁶ et la doctrine⁷ définissent le certificat médical⁸ comme étant « *une constatation écrite relevant de la science médicale et se rapportant à l'état de santé d'une personne, singulièrement à sa capacité de travail* » ou « *au traitement médical proposé* »⁹. SUBILIA¹⁰ souligne qu'il s'agit d'un « *document émanant d'un professionnel de la santé destiné et propre à prouver un fait ayant une portée juridique* ».

Nous proposons de le définir comme suit : un certificat médical est un document portant sur l'état de santé d'une personne, établi par un médecin ou un autre professionnel de la santé légalement autorisé, sur la base de ses constatations, fondé sur ses connaissances médicales et destiné à prouver un fait médical ayant une portée juridique.

Cette définition vise plusieurs types de documents, notamment¹¹ le certificat médical pré-emploi, le certificat d'aptitude ou d'inaptitude et le certificat médical d'arrêt de travail.

⁴ Ce Code (dans sa version révisée le 28 avril 2016) est disponible sur www.fmh.ch, p. https://www.fmh.ch/files/pdf18/Standesordnung_August_2016_FR.pdf (site consulté le 7 janvier 2018).

⁵ www.larousse.fr, v° « certificat ».

⁶ TF 4C.156/2005 du 28 septembre 2005, c. 3.5.2 ; TF 6B_1004/2008 du 9 avril 2009, c. 4.2.

⁷ HIRSIG-VOUILLOZ, p. 184 ; WYLER/HEINZER, p. 227 ; CORBOZ, *ad art.* 318 CP, p. 726 N 4.

⁸ En France, il est défini (cf. www.conseil-national.medecin.fr, p. « <https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/certificats.pdf> », consultée le 7 janvier 2018), comme un « *document établi sur papier à en-tête du médecin dont l'objet est de consigner, en termes techniques mais compréhensibles, les constatations médicales que le médecin a été en mesure de faire lors de l'examen ou d'une série d'examens d'un patient ou d'attester de soins que celui-ci a reçus* ».

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

¹⁰ SUBILIA, CMV, p. 6 ; ROSSEL, p. 328, le définit comme « *un titre destiné à prouver un fait médical* ».

¹¹ Nous n'aborderons pas ici le constat médical ou constat de lésions traumatiques.

B. Les divers types de certificats médicaux

1. Le certificat médical pré-emploi

Les médecins sont amenés à délivrer des certificats qui attestent l'aptitude à exercer un emploi, établis suite à un examen médical d'entrée, nécessaire au travailleur afin de démontrer son aptitude à exercer le travail envisagé et pouvoir être embauché. Aussi appelé « *certificat médical de bonne santé* », « *rapport sur l'examen d'entrée* », ou « *certificat d'aptitude à l'embauche* », il atteste qu'une personne présente bien la santé suffisante pour accomplir un travail sans que cela cause un risque pour lui-même ou pour les tiers. Il ne contient pas de diagnostic¹². Les frais de la consultation sont à la charge de l'employeur¹³. Le médecin doit se renseigner sur les spécificités de l'activité professionnelle envisagée afin d'y adapter les examens qu'il va effectuer, et s'informer auprès de médecins du travail. Il se référera en outre aux directives de la CFST, ainsi qu'aux publications de la SUVA (CNA) et du SECO¹⁴.

Ce type de certificat médical est nécessaire dans certaines professions, spécialement pour des métiers à risques ou s'exerçant dans un environnement particulier¹⁵. La loi mentionne expressément l'exigence d'un tel certificat, par exemple pour embaucher un jeune (art. 29 al. 4 LTr, 18 OLT5¹⁶), du personnel soignant¹⁷, ou pour d'autres emplois, tels que celui de pilote d'avion¹⁸, ou pour des postes nécessitant d'attester l'aptitude du travailleur à la conduite professionnelle¹⁹. Les lois cantonales contiennent aussi des dispositions à cet égard pour l'exercice de certaines professions, notamment dans la fonction publique.

2. Le certificat médical d'aptitude et d'inaptitude

Même en cours d'emploi, l'employeur est tenu de soumettre le travailleur à un examen médical pour déterminer son aptitude à exercer certaines tâches ou pratiquer certains horaires. C'est par exemple le cas lorsque le travailleur est exposé à des risques particuliers (art. 70 ss OPA) ou concernant le travail de nuit (spécialement art. 17c, 17d LTr ; 29, 43 ss

¹² ASSM/FMH, p. 111 ; DUNAND, *ad art.* 328b, p. 336 N 63 ; MAZOURI-KARKER & AL., p. 1744.

¹³ DUNAND, *ad art.* 328b, p. 336 N 63.

¹⁴ Disponibles sur les sites www.ekas.admin.ch et www.seco.admin.ch.

¹⁵ Cf. par exemple art. 72 et 78 OPA. L'engagement de sportifs nécessite aussi ce type de certificats médicaux ; cf. WYLER, *Incapacité*, pp. 12 ss.

¹⁶ Cf. en particulier art. 4, 9 et 12 OLT5 ; SECO, Guide « Examen médical d'aptitude avant ou pendant la formation professionnelle initiale ».

¹⁷ Cf. par exemple art. 8 CTT pour le personnel soignant (RS 221.215.328.4).

¹⁸ Cf. par exemple TAF A-953/2016 du 30 août 2017.

¹⁹ Cf. par exemple art. 13 OCVM (RS 742.141.21).

OLT1)²⁰. L'examen médical est aussi obligatoire pour répondre aux exigences tendant à protéger la santé des jeunes travailleurs (art. 29 LTr ; 45 OLT1, OLT 5) et celle de la femme enceinte, de la mère qui allaite et de son enfant (art. 35 LTr ; 62 ss OLT1 ; OProMa)²¹. La loi impose une analyse des risques et la prise de mesures adéquates, notamment un aménagement du temps de travail. Un avis d'aptitude pourra aussi être nécessaire après une maladie ou un accident professionnel, et, en cas de séquelles après une maladie ou un accident non professionnel, à la demande du travailleur.

Le SECO a édité des guides et des modèles de certificats à l'attention des médecins²², lesquels pourront aussi s'appuyer sur les directives de la SUVA et d'autres organismes²³. Le certificat médical d'aptitude ou d'inaptitude ne contient pas de diagnostic. Il doit seulement indiquer si la personne est apte ou inapte à l'exercice de l'activité professionnelle concernée, ou si elle est apte au travail avec diverses restrictions²⁴. Dans ce cas, le travailleur peut continuer son activité à son poste, mais seulement à certaines conditions (aptitude conditionnelle).

Il convient de souligner que les notions d'incapacité de travail et d'inaptitude au travail ne se confondent pas²⁵. L'inaptitude au travail a trait au poste de travail et est « *le résultat d'une évaluation globale du risque de travailler à un poste dans un certain contexte médical* »²⁶, et incluant l'ensemble des mesures préventives. Elle « *consiste en une inadéquation entre l'activité à réaliser ou le poste de travail et l'état de santé du travailleur. Cette inadéquation expose le travailleur à un risque sérieux pour lui et/ou pour autrui (collègues de travail ou enfant à naître d'une travailleuse enceinte)* »²⁷.

3. Le certificat médical d'arrêt de travail

Le certificat médical d'arrêt de travail ou d'incapacité de travail est un document délivré par un médecin, ou un autre professionnel de la santé légalement autorisé, attestant de l'incapacité de travail²⁸ d'une personne. Il s'agit ainsi d'un « *document destiné à prouver*

²⁰ Cf. par exemple art. 11a ss, 49 et 50 OPA ; les directives CFST. Le guide de l'IST, pp. 28-33, récapitule les types de consultation à l'issue desquelles un avis d'aptitude est posé.

²¹ Sur l'aptitude durant la maternité, cf. PERRENOUD, Protection, pp. 711 ss et 1063 ss, et PJA, pp. 657 ss.

²² Cf. par exemple SECO, Guide pour les médecins traitants des femmes enceintes ; Guide sur le travail de nuit ou en équipes ; Abrégé des mesures préventives d'ordre médical ; Guide sur l'examen médical d'aptitude avant ou pendant la formation professionnelle initiale.

²³ Cf. par exemple le guide de l'IST ou l'annexe 4 du Code de déontologie de la FMH qui contient des directives à l'intention des médecins du travail.

²⁴ MAZOURI-KARKER & AL., p. 1744.

²⁵ IST, pp. 38 ss, qui contient un tableau synthétisant les différences entre l'incapacité et l'inaptitude.

²⁶ IST, p. 38.

²⁷ IST, pp. 24 et 26.

²⁸ Qui se distingue de l'incapacité de gain (art. 7 LPGA). À ce sujet, cf. DUPONT, pp. 124 ss.

l'incapacité de travailler d'un patient pour des raisons médicales »²⁹. En vertu de l'art. 6 LPGA, « est réputée incapacité de travail toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique ». L'incapacité doit résulter d'une maladie (art. 3 LPGA) ou d'un accident (art. 4 LPGA)³⁰.

En matière de maternité, la grossesse en tant que telle ne justifie pas un arrêt de travail, seule la grossesse « pathologique » étant visée par l'art. 324a CO³¹. La femme enceinte devra donc produire un certificat médical d'arrêt de travail afin de pouvoir bénéficier du paiement de son salaire conformément et dans les limites prévues par cette disposition³².

4. Les autres certificats médicaux

Le certificat médical que nous nommerons descriptif, est en fait un rapport médical qui englobe « l'ensemble de la prise en charge médicale, diagnostique et thérapeutique réalisée par le médecin »³³. Il renseigne sur l'état de santé du patient. Le patient doit avoir délié le médecin du secret médical. Ce document reflète « le processus d'une prise en charge thérapeutique : anamnèse, observation clinique, examens complémentaires, diagnostic, traitement, évolution et pronostic »³⁴.

D'autres certificats médicaux apparaissent plutôt comme des attestations. Par exemple, en matière de maternité (art. 5 LPGA), des certificats médicaux attestent l'existence d'une grossesse, indiquant la date du début de la grossesse ou/et la date probable de l'accouchement, ou attestant de l'allaitement.

²⁹ Cf. par exemple TF 4C.346/2004 du 15 février 2005, c. 4.1 ; TAF A-6410/2014 du 1^{er} septembre 2015, c. 4.3.4.2 ; SIM, p. 4 ; SSMC, pp. 2-3.

³⁰ Les facteurs de nature non médicale ne devraient pas être pris en compte (par exemple : manque de motivation, situation économique ou familiale, etc.) ; SIM, pp. 4-5 ; SSMC, pp. 2-3 ; OTT/FELLMANN, p. 435. En revanche, il faut tenir compte par exemple du risque de contrecarrer un traitement médical.

³¹ SUBILIA/DUC, *ad* art. 324a, p. 227 N 16. Cf. aussi PERRENOUD, Protection, pp. 788-789, et PJA, p. 671 ; WYLER/HEINZER, p. 214.

³² Un simple avis suffit pour bénéficier du droit de ne pas être occupée (art. 35a LTr), mais une incapacité de travail, attestée par un certificat médical d'arrêt de travail, sera nécessaire pour bénéficier du versement du salaire selon l'art. 324a CO. À ce sujet, cf. PERRENOUD, PJA, pp. 670 ss.

³³ LA HARPE & AL, p. 384.

³⁴ *Ibidem*, p. 385 ; HARDING/UMMEL, p. 192.

III. Buts, conséquences et difficultés

A. Buts

Le but de ce document diffère selon le type de certificat médical en cause. Il constitue un instrument de prévention et de protection de la santé des travailleurs, ainsi qu'un moyen de preuve. Le but du certificat médical aura une influence sur son contenu.

L'objectif pourra être de s'assurer qu'une personne est apte à exercer un emploi, de prévenir des accidents et des maladies professionnelles, de préserver la santé des travailleurs, notamment de la femme enceinte (et de l'enfant à naître) ou du jeune travailleur, d'aménager des horaires de travail ou de choisir les mesures adéquates de protection. La délivrance des certificats d'aptitude ou d'inaptitude s'inscrit dans le cadre de l'obligation de l'employeur de protéger la santé des travailleurs et de prévenir les maladies et accidents professionnels (art. 328 CO, 6 LTr, OLT3, OPA). En matière de maternité, le certificat médical permettra de bénéficier du congé maternité, mais aussi des divers droits prévus en droit du travail et d'assurances sociales. Pour le travailleur, le certificat médical constitue en principe le moyen de prouver son empêchement non fautif de travailler ou une réduction de sa capacité de travail. Il pourra aussi contribuer à prouver une atteinte à sa santé subie par le fait de l'employeur. Pour le médecin, le certificat médical a pour but de protéger la santé du patient, en permettant à ce dernier de disposer du temps et des conditions nécessaires pour se soigner³⁵ et d'éviter de voir sa santé se détériorer. Selon la pathologie (par exemple en cas d'épuisement professionnel), l'arrêt de travail fera partie du traitement médical.

B. Conséquences

1. Généralités

Pour SUBILIA³⁶, la portée du certificat médical est presque exclusivement juridique. Ce document a toutefois également des conséquences socio-économiques non négligeables, qui sont en réalité celles de l'incapacité de travail elle-même ou de l'inaptitude à exercer

³⁵ MAZOURI-KARKER & AL., p. 1745 ; GLOOR, 2015, p. 172.

³⁶ SUBILIA, CMV p. 6 : « *puisque'il s'agit d'un titre que le patient pourra opposer à des tiers (employeur, assureur, agresseur) afin de faire valoir contre eux des prétentions actives (droit à des prestations d'assurances, à la réparation d'un tort moral ; obtention de la condamnation pénale d'un tiers) ou passives (droit de se dispenser sans conséquences dommageables de fournir une prestation de travail ou de se présenter à un examen, etc.)* ».

un travail. Elles deviennent directement des conséquences du certificat médical lorsque celui-ci est de complaisance ou qu'il n'a pas été établi correctement. Il en va de même lorsqu'un certificat d'arrêt de travail est délivré en lieu et place d'un certificat d'inaptitude, ce qui non seulement touchera la santé du travailleur, mais engendrera aussi des coûts résultant de cette utilisation erronée de l'arrêt de travail³⁷.

2. Conséquences économiques

En janvier 2016, le quotidien LE TEMPS³⁸ constatait qu'en Suisse, « *l'absentéisme dans les entreprises prend des allures d'épidémie* », affirmant que « *les coûts induits par l'absentéisme sont vertigineux et pénalisants pour l'économie dans son ensemble* ». Il relate que les salariés sont absents de leur travail 79 heures par an et par travailleur à plein temps. Les coûts directs de l'absentéisme sont estimés à 4,2 milliards de francs. Quant aux coûts indirects, ils résultent de la formation des remplaçants des absents, de la surcharge des collègues sur lesquels le travail s'est reporté, etc., et se chiffrent à 10 milliards de francs³⁹. Selon une enquête de l'OFS⁴⁰, il y a eu plus d'heures d'absences que d'heures supplémentaires en 2015. Ainsi, les conséquences de l'incapacité de travail constituent une véritable préoccupation pour l'économie. En 2005 déjà, le conseiller national Filippo LEUTENEGGER avait déposé un postulat⁴¹ demandant que le Conseil fédéral fût chargé de faire réaliser une étude pour examiner si l'abus de certificats médicaux représente un problème pour l'économie et dans quelles proportions. Ce parlementaire affirmait que « *dans le secteur de l'assurance-accidents obligatoire, il en résulte chaque année, d'après les experts, des coûts supplémentaires de l'ordre d'une centaine de millions de francs du fait que les médecins n'ordonnent à des employés de ne reprendre le travail que le lundi suivant au lieu du jeudi ou du vendredi de la semaine en cours, alors qu'ils le pourraient très bien* ».

Le guide de l'IST⁴² souligne aussi les conséquences économiques de la délivrance d'un certificat médical d'arrêt de travail à la place d'un certificat d'inaptitude, qui « *met à mal la finalité poursuivie par la réglementation, et notamment son effet incitatif à développer des stratégies de prévention au poste de travail. Cela entraîne également un transfert des coûts de protection de la santé des collaborateurs, à la charge des entreprises, vers les assurances sociales et privées* ».

³⁷ IST, pp. 6-7.

³⁸ « LE TEMPS » du 7 janvier 2016, qui mentionne des données de l'OFS de 2002.

³⁹ C'est le montant mentionné dans un article de SACCO publié dans « LE TEMPS » du 4 avril 2013.

⁴⁰ Communiqué de presse du 23 mai 2016 de l'OFS.

⁴¹ Postulat N° 05.3076 du 15 mars 2005, avec avis du Conseil fédéral du 25 mai 2005 (postulat classé).

⁴² IST, pp. 6-7.

3. Principales conséquences juridiques

Nous avons déjà évoqué les conséquences juridiques du certificat médical sous l'angle des obligations de l'employeur de protéger la santé de l'employé. Il convient d'insister ici sur les importantes conséquences juridiques de l'incapacité de travail et, partant, du certificat médical d'arrêt de travail, sur les rapports contractuels. Il s'agit notamment :

- de la possibilité de licencier un employé, compte tenu de la protection conférée par l'art. 336c al. 1 let. b CO en matière de congé en temps inopportun ;
- de la durée du contrat, compte tenu de la nullité du congé donné durant la période de protection précitée, ou de la suspension du délai de congé qu'entraîne la protection durant l'incapacité (art. 336c al. 2 CO) ;
- du droit au salaire en cas d'incapacité de travail non fautive (art. 324a CO) ;
- de l'existence d'un abandon d'emploi (art. 337d CO) ;
- de la prolongation du temps d'essai (art. 335b al. 3 CO) ;
- de l'existence d'un congé abusif⁴³ (art. 336 CO) ;
- de la prise de vacances, etc.

Le médecin qui délivre un certificat médical d'arrêt de travail doit être conscient de ses conséquences juridiques. Il doit savoir par exemple que la date du début de l'incapacité qu'il atteste n'est pas anodine et qu'elle peut à elle seule empêcher la résiliation du contrat de travail durant un certain temps. De même, il doit être conscient qu'une très courte maladie peut entraîner la suspension du délai de congé et reporter l'échéance du contrat, cela même si l'incapacité survient pendant des jours fériés⁴⁴. Il doit savoir aussi que chaque nouvelle incapacité non fautive entraîne une nouvelle période de protection⁴⁵.

En cas de maternité, les conséquences juridiques du certificat médical (ou plutôt de la grossesse ou de l'inaptitude qu'il atteste) sont aussi importantes. Outre l'interdiction de licenciement durant la période de protection pendant la grossesse et au cours des 16 semaines qui suivent l'accouchement (art. 336c al. 1 let. c CO), il conviendra d'appliquer des dispositions de protection de la santé (art. 35 ss LTr, 60 ss OLT1, 34 OLT3, OProMa), notamment en matière de travaux pénibles ou dangereux. Les femmes enceintes et les mères qui allaitent ne pouvant être occupées à de tels travaux, elles ont droit à 80% de leur salaire lorsqu'aucun travail équivalent ne peut leur être proposé (art. 35 al. 3 LTr). Précisons que l'art. 35a LTr, qui institue un droit à ne pas être occupé pour la travailleuse,

⁴³ En ce sens, cf. par exemple TF 4A_2/2014 du 19 février 2014.

⁴⁴ TF 4D_6/2009 du 7 avril 2009, c. 3.

⁴⁵ Sur le cumul intralittéral, cf. par exemple AUBRY-GIRARDIN, *ad* art. 336c, pp. 723-724 N 37-38 ; WYLER/HEINZER, p. 687.

ne nécessite pas de produire un certificat médical, puisqu'un simple avis suffit (al. 2)⁴⁶. Un certificat d'arrêt de travail sera toutefois nécessaire pour bénéficier durant ce temps du versement du salaire, qui aura lieu conformément à l'art. 324a CO. La travailleuse aura aussi droit à un congé de maternité (art. 329f CO, 16b ss LAPG) et à la rémunération du temps consacré à l'allaitement (art. 60 al. 2 OLT1).

Pour l'assurance, la conséquence du certificat médical est qu'elle devra servir des prestations pour l'assuré en incapacité de travail. En matière d'assurance-chômage, la conséquence du certificat médical est que le chômeur est dispensé de faire des recherches d'emploi durant son incapacité de travail (art. 28 LACI).

4. Conséquences sur la santé et l'avenir professionnel du travailleur

De par son objectif, le certificat d'incapacité permet à l'employeur de prendre les mesures de protection préservant la santé du travailleur (et de l'enfant en cas de maternité), ce qui est une conséquence positive de ce certificat. En revanche, un certificat d'aptitude non conforme à la vérité peut avoir de graves conséquences sur la santé d'un employé et des tiers. Quant au certificat médical d'arrêt de travail, WITZ affirme⁴⁷ qu'il « *représente une des facettes de l'arsenal thérapeutique à disposition du médecin pour faire face à des souffrances ou des atteintes à la santé* »⁴⁸. Et, « *comme les autres éléments de cet arsenal, il comporte également des effets secondaires, tels que la désafférentation sociale [de l'employé] ou la constitution d'une image négative dans son environnement professionnel. Chez les personnes exerçant une activité physique exigeante, un arrêt de travail, même de durée modérée, provoquera rapidement une diminution de la performance musculaire, tant au niveau de la puissance que de l'endurance* ». Ces conséquences – médicales, socioprofessionnelles, psychologiques⁴⁹ – sur le travailleur, sont souvent ignorées. Une longue incapacité de travail conduit le patient à être écarté de son milieu professionnel, ce qui n'est pas sans conséquence sur ses chances de se réintégrer dans cet environnement et peut aller jusqu'à le conduire à l'invalidité.

⁴⁶ Cf. PERRENOUD, PJA, p. 671 et les références citées.

⁴⁷ WITZ, p. 15 ; OTT/FELLMANN, p. 436, qui mentionnent le risque élevé « *de chronicisation, de perte d'emploi et de déclassement social* » de l'absentéisme et des incapacités de travail prolongées.

⁴⁸ DEDEYSTÈRE POBELOV & AL. (p. 362) qui, après discussion d'un cas clinique, concluent que « *l'évaluation de la demande d'arrêt de travail peut être le levier dans le processus thérapeutique permettant aux patients de prendre conscience de certains aspects de leur fonctionnement et de les assouplir afin de mieux respecter leurs besoins dans la réalisation de leurs projets professionnels* ».

⁴⁹ MARGAIRAZ, p. 389 ; SIM, p. 6 ; SSMC, pp. 6-7 ; DARIOLI, pp. 4-5.

C. Difficultés et tensions

Dans les relations de travail, de nombreuses difficultés et tensions entourent le certificat médical, lesquelles résultent à notre sens principalement de quatre facteurs :

1. La diversité des acteurs

Le certificat médical concerne de nombreux acteurs : le patient travailleur qui le demande ; le médecin (ou autre professionnel de la santé) qui l'établit ; l'employeur et l'assureur à qui il est transmis. En cas de litige, il sera produit en justice par l'avocat et le juge devra déterminer sa portée, avec les difficultés liées à sa valeur probante. Cette diversité des acteurs – avec des formations, des objectifs et des intérêts souvent distincts, voire opposés –, suscite des difficultés.

2. L'objet du certificat médical

Le certificat médical a pour objet d'attester par un non-juriste un fait médical qui a d'importantes conséquences juridiques⁵⁰. Cette particularité suscite des tensions, car, en rédigeant le certificat médical, le médecin devient un acteur du droit⁵¹. Or, les enjeux et les conséquences juridiques ne lui sont pas toujours entièrement connus, en tout cas pas avec la même intensité qu'ils le sont pour les autres acteurs du droit.

3. La disproportion entre la facilité d'obtention du certificat et l'importance de ses conséquences

S'ajoute à tout cela la disproportion entre les importantes conséquences d'un certificat médical et la facilité pour l'obtenir, sans compter la rapidité de sa délivrance. Comme le constate SACCO⁵², « *un certificat médical qui représente parfois une dizaine de milliers de francs peut s'obtenir en quelques minutes* ». En réalité, selon le salaire de l'employé concerné et la situation en cause, les montants se chiffrent fréquemment bien au-delà.

4. La « non-miscibilité » des approches

Il résulte de ce qui précède que notamment les employeurs, les assureurs et même les juristes actifs en droit du travail ont souvent l'impression d'être confrontés à des certificats de complaisance, alors que les médecins sont – en toute bonne foi – persuadés d'agir conformément à leurs obligations légales et déontologiques. De fait, les approches entre ces acteurs sont difficilement « miscibles », voire « non-miscibles »⁵³ pour reprendre une

⁵⁰ SUBILIA, CMV, p. 9.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Cf. l'article publié le 4 avril 2013 dans le quotidien « LE TEMPS ».

⁵³ Comme deux liquides qui ne peuvent pas se mélanger et forment un mélange hétérogène.

image inspirée d'un phénomène chimique, ce qui crée d'inévitables tensions, d'autant que chacun d'eux peut difficilement se mettre à la place de l'autre.

Pour le juriste, les conséquences juridiques d'un certificat d'arrêt de travail sont si importantes, avec les risques d'abus que cela génère, que, devant leur multiplication, il ne peut s'empêcher de s'interroger. Pour le médecin, l'approche est différente. Il invoque l'alliance thérapeutique et l'indispensable relation de confiance qui le lie à son patient, nécessitant de croire *a priori* à sa parole⁵⁴ et tenter de l'aider en donnant suite à ses demandes. Le médecin a dès lors le plus souvent la certitude de remplir son rôle lorsqu'il délivre un arrêt de travail, qui lui apparaît comme un acte médical de soin. Parfois, l'arrêt de travail lui apparaît même comme la réponse thérapeutique pour guérir le patient. WITZ⁵⁵ affirme que « le médecin a pour première tâche de protéger son patient, dans son entité bio-psycho-sociale⁵⁶ en appliquant en outre le principe de primum non nocere ». Il a pour rôle, précise CORBOZ⁵⁷, « d'aider et de comprendre les patients, de nouer un rapport de confiance avec eux et de veiller même à leur bien-être psychique ». Le médecin est donc forcément tiraillé entre son désir d'aider son patient et celui de répondre aux exigences légales entourant l'établissement d'un certificat médical.

Ces différences d'approches suscitent un malaise⁵⁸ et même des tensions qu'il paraît impossible d'apaiser entièrement. Même si de nombreux efforts sont réalisés pour dégager des règles de bonne pratique à l'intention des médecins et que le monde médical qualifie désormais de « compréhensibles »⁵⁹ les questionnements des employeurs et des assureurs sur les certificats médicaux, les rôles si distincts de chacun rendent difficile un changement significatif quant aux tensions entourant le certificat médical. De l'aveu même des médecins, le sujet intéresse peu les étudiants en médecine⁶⁰ et lorsque des études sont

⁵⁴ WITZ, p. 15 : « le contrat de confiance entre le médecin et son patient implique qu'a priori, le médecin considère que les propos de son patient sont le reflet exact de la réalité, ou tout au moins de la réalité telle qu'elle est vécue par le patient » ; VANNOTTI, p. 4 : « Le médecin doit, en âme et conscience, rédiger le certificat suivant un "postulat de sincérité", en reconnaissant comme sincères et véridiques le vécu et les propos du patient ».

⁵⁵ WITZ, p. 15.

⁵⁶ Dans son Postulat N° 05.3076 du 15 mars 2005, LEUTENEGGER relève que les médecins « tiennent compte des aspects familiaux, sociaux et économiques du patient, en plus des aspects médicaux ».

⁵⁷ CORBOZ, ad art. 318 CP, p. 728 N 15. Selon cet auteur, ce rôle particulier dévolu aux professions médicales explique que le faux certificat médical est puni moins sévèrement que le faux ordinaire (l'art. 318 CP primant l'art. 251 CP).

⁵⁸ VANNOTTI, pp. 4-5, s'interroge sur le point de savoir « comment certifier une incertitude digne de confiance ».

⁵⁹ IST, p. 6. Cf. aussi MARTIN, p. 848, sur la « tension empathie-responsabilité sociale dans la pratique médicale ».

⁶⁰ JUNOD PERRON/GASPOZ, p. 1739.

menées sur l'acte de délivrer des certificats médicaux, les conséquences juridiques sont peu ou pas évoquées⁶¹. Du reste, étonnamment, la délivrance d'un certificat médical d'arrêt de travail n'apparaît pas comme un problème majeur pour les médecins⁶².

IV. Qui délivre le certificat médical ?

A. Généralités

Il découle de la définition du certificat médical que son auteur doit être un médecin, soit un professionnel au bénéfice d'une autorisation d'exercer et dont l'activité consiste « à l'endroit des êtres humains, à poser des diagnostics, décider et appliquer les thérapies »⁶³. Les conditions fixées par la loi sur les professions médicales (LPMéd⁶⁴) doivent être réunies. L'auteur du certificat médical doit être habilité à poser un diagnostic médical dans son domaine de compétence.

Parfois, la loi autorise d'autres professionnels de la santé à délivrer un certificat médical⁶⁵. Par exemple, selon l'art. 94 al. 1 let. b de la LSP/VD⁶⁶, « le médecin a seul qualité pour délivrer des déclarations et des certificats médicaux ou médico-légaux », les attributions conférées par la loi à d'autres professionnels de la santé étant réservées. Ainsi, le médecin-dentiste a seul qualité pour délivrer « en matière d'odonto-stomatologie, des déclarations et des certificats médicaux ou médico-légaux » (art. 100 al. 1 let. b LSP/VD). L'art. 119 al. 1 let. b LSP/VD donne aussi au chiropraticien la qualité de délivrer des certificats médicaux, « dans les limites de ses compétences ». Par souci de simplification, nous ne précisons pas ci-dessous à chaque fois que les professionnels de la santé autorisés à établir des certificats médicaux sont également visés et soumis aux diverses exigences mentionnées.

⁶¹ BOLLAG & AL., pp. 341 ss ; DEDEYSTÈRE POBELOV & AL., pp. 360 ss.

⁶² Cf. l'étude de KEDZIA & AL. (qui relèvent que des lacunes sont toutefois perçues et qu'il y a un intérêt pour des formations dans ce domaine).

⁶³ CORBOZ (*ad art. 321 CP*, p. 763 N 14), qui précise que cette notion englobe également les médecins étrangers. Sur le certificat médical émis par un médecin étranger, cf. aussi DIETSCHY, p. 317.

⁶⁴ RS 811.11. Cf. aussi art. 53 LAA, art. 35 et 36 LAMAL.

⁶⁵ Remarque : l'art. 118 CP, qui réprime le faux certificat médical, vise notamment les médecins, les dentistes et les sages-femmes.

⁶⁶ RS/VD 800.01. Dans le canton du Jura, l'art. 54 al. 1 LS/JU (RS/JU 810.01) précise que « seules les personnes autorisées à exercer une profession médicale ont qualité pour pratiquer leur art et pour délivrer des attestations qui relèvent de leur activité ».

L'auteur du certificat ne sera pas le même selon le type de certificat médical délivré.

B. Pour le certificat d'aptitude ou d'inaptitude

Compte tenu du contexte et de l'objet à certifier (par exemple le travail de nuit, art. 43 al. 2 OLT1⁶⁷), la loi impose certaines exigences⁶⁸, de sorte que le certificat d'aptitude ou d'inaptitude doit être délivré par un médecin du travail ou un médecin ayant acquis des compétences en santé du travail⁶⁹. L'employeur doit s'assurer que le médecin a les compétences requises. Des exigences sont également posées au médecin qui, se basant sur les directives de la SUVA, établira l'avis d'aptitude concernant les travailleurs exposés à des risques particuliers (art. 71 ss OPA). Selon l'emploi concerné, l'examen nécessaire à l'embauche se fera par un médecin-conseil agréé (par exemple OCVM).

C. En matière de maternité

En matière de maternité, c'est le « *médecin traitant qui suit la travailleuse pendant sa grossesse et sa maternité* » (art. 2 al. 1 OProMa), soit en principe un gynécologue-obstétricien, qui délivrera le certificat d'aptitude ou d'inaptitude⁷⁰. L'objectif est ici la poursuite de l'activité de la travailleuse dans des conditions adaptées. L'évaluation se fera en tenant compte de divers éléments (art. 2 al. 2 et 3 OProMa), dont l'analyse des risques au sein de l'entreprise par un spécialiste (art. 63 al. 1 OLT1 qui renvoie aux art. 11a ss OPA). L'art. 17 OProMa précise qu'il s'agit notamment des médecins du travail et des hygiénistes du travail⁷¹. Les frais sont à la charge de l'employeur (art. 4 OProMa). Le médecin ne doit pas confondre le certificat d'inaptitude avec celui d'arrêt de travail⁷².

⁶⁷ IST, p. 53, qui contient un récapitulatif des rôles dans le cadre du suivi des travailleurs de nuit.

⁶⁸ Cf. le tableau 3 dans le guide de l'IST, pp. 28-33 (« *synthèse des types de consultation à l'issue desquels un avis d'aptitude est posé et leurs caractéristiques* »).

⁶⁹ Cf. par exemple Directive MSST (CFST n° 6508) ; IST, pp. 27 et 29.

⁷⁰ IST, pp. 6, 12, 44-45, 83 et le tableau (p. 67) récapitulant les rôles dans le cadre de l'OProMa.

⁷¹ Ordonnance du 25 novembre 1996 sur les qualifications des spécialistes de la sécurité au travail (RS 822.116).

⁷² IST, pp. 40-41, tableau sur les « *différences entre incapacité de travail et inaptitude (travail de nuit et OProMa)* ». Sur le report de charge d'un certificat d'arrêt de travail donné afin de « contourner » les difficultés liées à l'évaluation de l'aptitude au travail, cf. IST, pp. 44-45.

D. En matière d'arrêt de travail

En cas d'incapacité de travail due à une maladie ou un accident, le certificat médical est généralement délivré par le médecin traitant⁷³ ou d'autres médecins et professionnels de la santé autorisés. Selon la pathologie et les circonstances, le certificat devrait idéalement – pour éviter des contestations – être délivré par un médecin de la spécialité concernée.

V. Contenu du certificat médical

A. Cadre légal général

La loi ne pose pas d'exigence quant à la forme du certificat médical. Il résulte de sa définition qu'il s'agit d'un document écrit. Quant à son contenu, il doit répondre aux exigences découlant du cadre légal dans lequel s'inscrivent la rédaction et la délivrance d'un certificat médical, soit notamment celles découlant : de la bonne foi (art. 2 et 3 CC) ; de la protection de la personnalité (art. 27 ss CC) ; des règles du mandat (spéc. art. 398 al. 2 CO) ; du secret professionnel (art. 321 CP et lois sanitaires cantonales) ; de la loi sur la protection des données (LPD) ; des art. 318 CP (faux certificat médical) et 251 CP (faux dans les titres) ; des exigences en matière d'assurances privées et sociales ; ainsi que de celles découlant des dispositions s'imposant aux professionnels de la santé (lois sanitaires cantonales ; et, par exemple pour les médecins, art. 40 LPMéd).

B. Code de déontologie de la FMH

L'auteur du certificat médical est aussi soumis aux règles déontologiques s'appliquant à sa profession. Pour les médecins, il s'agira du Code de déontologie de la FMH, qui est, soulignent WYLER et HEINZER⁷⁴, « *une référence, qui représente un usage et qui a une portée officielle en tant que les tribunaux peuvent s'y référer* ». Afin d'insister sur la portée du certificat médical, l'art. 34 du Code de déontologie de la FMH commence par affirmer qu'il s'agit d'un document officiel. L'alinéa 2 pose le principe de l'interdiction du certificat de complaisance⁷⁵. L'alinéa 1^{er} impose au médecin d'établir les certificats médicaux « *au plus près de sa conscience professionnelle et avec toute la diligence requise* », et d'indiquer sur le certificat le but visé, la date et le nom du destinataire.

⁷³ ASSM/FMH, p. 110.

⁷⁴ WYLER/HEINZER, p. 227.

⁷⁵ Selon le LAROUSSE (cf. www.larousse.fr) un certificat de complaisance est « *un certificat délivré sans aucun motif valable, juste pour faire plaisir, à quelqu'un qui n'y a pas droit* ».

C. Exigences de base

1. Généralités

Compte tenu du cadre légal et déontologique, et des conséquences du certificat médical, il est essentiel pour son auteur de ne pas prendre à la légère sa rédaction et d'être conscient de sa portée. Cette nécessité est prise en compte⁷⁶, notamment par les associations professionnelles⁷⁷, les assurances⁷⁸ et diverses institutions⁷⁹, qui émettent des recommandations. Pour être conforme au droit, outre qu'il doit être adapté au type et au but du certificat médical, celui-ci doit être établi dans le respect des exigences de base que nous avons dégagées et qui sont décrites ci-dessous, qui s'imposent pour tous les certificats médicaux. Il convient d'y ajouter l'obligation d'identifier clairement le patient, d'indiquer la date exacte d'établissement du certificat médical, qui doit au surplus être signé par son auteur.

2. Constatations personnelles

Le médecin ou autre professionnel de la santé autorisé devient un acteur du droit lorsqu'il établit un certificat médical, si bien qu'il « *doit strictement se limiter aux faits dont il a personnellement connaissance ou que l'état de la science permet d'affirmer sans doute possible et sans jamais se faire le porte-parole de son patient* »⁸⁰. Ainsi, l'auteur du certificat médical doit se fonder sur ses propres constatations à la date de l'établissement du certificat⁸¹. Cette exigence suppose que l'auteur du certificat médical ait examiné le patient et ait pu constater personnellement son état de santé. Pour la délivrance de certificats d'aptitude, il est « *souhaitable d'avoir fait une visite de poste préalable* »⁸² ou connaître au moins avec précision le poste et les conditions de travail.

L'auteur du certificat doit pouvoir objectiver tout ce qu'il atteste. Or, il ne peut le faire s'agissant d'un élément qu'il n'a pu lui-même constater. Il ne peut par exemple affirmer

⁷⁶ MARGAIRAZ, pp. 389 ss ; MAZOURI-KARKER & AL., pp. 1742 ss ; OTT/FELLMANN, pp. 434 ss.

⁷⁷ Cf. par exemple le guide de l'ASSM/FMH, pp. 111-112 ; les dossiers consacrés au certificat médical dans le *Courrier du médecin vaudois (CMV)* de février 2015 et du 8 décembre 2002 (8/2002).

⁷⁸ Cf. par exemple les Lignes directrices du SIM ; le Manuel de la SSMC.

⁷⁹ Cf. par exemple le Guide à l'attention des médecins de l'IST et les nombreuses publications du SECO.

⁸⁰ SUBILIA, CMV, p. 9.

⁸¹ ASSM/FMH, p. 110 ; IST, p. 10 ; MARGAIRAZ, p. 390 ; MAZOURI-KARKER & AL., p. 1743.

⁸² IST, pp. 44-45 (qui donne notamment l'exemple pour le travail de nuit).

que son patient a été victime de *mobbing* de la part de son employeur, faute d'avoir pu le constater lui-même⁸³. S'il rapporte les dires du patient, il doit le préciser expressément⁸⁴.

3. Considérations strictement médicales

Le certificat médical doit attester des faits médicaux. Son auteur doit donc se prononcer sur la base de ses connaissances médicales et seulement sur des faits de nature médicale, en faisant preuve de rigueur scientifique. Les constatations médicales doivent être objectives⁸⁵. L'auteur du certificat n'a dès lors pas à formuler de jugements de valeur, prendre fait et cause pour son patient, le victimiser, ou procéder à des qualifications juridiques. Là encore, l'auteur du certificat ne peut affirmer que son patient est victime d'un *mobbing*, car il ne s'agit pas d'un diagnostic médical⁸⁶. De même, il ne peut affirmer que le travailleur a un juste motif de résiliation immédiate⁸⁷.

4. Indépendance et absence de pression

L'auteur du certificat médical doit décider librement et de manière indépendante de ce qu'il atteste. Il ne doit pas faire l'objet de pressions, que ce soit de son patient, de l'employeur, d'un assureur ou encore des services sociaux ou de la famille du patient⁸⁸. Il en va ainsi aussi du médecin-conseil agissant sur demande de l'employeur ou d'un assureur⁸⁹.

5. Certificat conforme à la vérité

Le certificat médical doit être conforme à la vérité. Cela découle notamment du principe de la bonne foi, des normes pénales, des devoirs professionnels du médecin et du sens même de ce document. Cette exigence signifie, d'une part, que le certificat médical ne doit constater que des faits véridiques, et d'autre part, qu'il doit refléter fidèlement la réalité, en ce sens que des éléments essentiels au vu du but visé par le certificat demandé ne

⁸³ SUBILIA, CMV, p. 7, RSPC, pp. 427-428 ; SUBILIA/DUC, *ad* art. 328, p. 321 ; CARRUZZO, CO, *ad* art. 328, p. 289 N 11 ; DUCOR, 2015, p. 1 ; DUNAND, *ad* art. 328, p. 284 N 39 ; TF 8C_663/2014 du 10 juillet 2015, c. 6.2.2 ; TF 4A_32/2010 du 17 mai 2010, c. 2.4 ; TF 4A_245/2009 du 6 avril 2010.

⁸⁴ ASSM/FMH, p. 112 ; GUINCHARD, pp. 1828 ss.

⁸⁵ GUINCHARD ; IST, pp. 6 et 12 ; MARGAIRAZ, p. 390 ; MAZOURI-KARKER & AL., p. 1743 ; SIM, p. 13 ; SSMC, p. 3, qui précise que le médecin doit se fonder « particulièrement sur la nature et la sévérité de l'affection constatée, les limitations fonctionnelles observées, l'évolution attendue sous l'effet des mesures thérapeutiques appropriées figurant dans les recommandations médicales usuelles, ainsi que sur son expérience pratique ». Cf. aussi DARIOLI, pp. 4-5.

⁸⁶ SUBILIA, RSPC, pp. 427-428 ; SUBILIA/DUC, p. 321 ; TF 8C_663/2014 du 10 juillet 2015, c. 6.2.2.

⁸⁷ TF 4A_252/2011 du 22 août 2011, c. 4.3.

⁸⁸ SSMC, p. 3.

⁸⁹ Art. 57 al. 5 LAMAL.

doivent pas non plus être omis de manière à fausser la réalité de la situation⁹⁰. En d'autres termes, un certificat médical est contraire à la vérité lorsqu'il dresse un tableau inexact de l'état de santé de la personne⁹¹. Il ne sera toutefois fait mention que des éléments nécessaires au vu de l'usage auquel le certificat médical est destiné. Lorsque la constatation contenue dans le document est fautive, le certificat pourra être qualifié de faux certificat médical, infraction sanctionnée par l'art. 318 CP, y compris lorsqu'elle est commise par négligence (al. 2)⁹². L'auteur du certificat médical engage aussi sa responsabilité civile et s'expose à des sanctions disciplinaires.

Précisons qu'il découle du contrat liant le patient au prestataire des soins, ainsi que des dispositions contenues dans des législations sanitaires⁹³, que le patient est notamment tenu de fournir à son médecin les renseignements les plus complets sur sa santé.

6. Respect du secret professionnel

L'auteur du certificat médical doit respecter le secret professionnel⁹⁴, qui s'impose en vertu de la loi (art. 321 CP et lois sanitaires cantonales) aux médecins (art. 40 let. f LPMéd) et aux autres professionnels de la santé autorisés à délivrer des certificats. Le secret au sens de l'art. 321 CP⁹⁵ vise « *tout ce que le patient confie au médecin en vue de l'exécution du mandat et tout ce que le médecin apprend ou constate dans l'exercice de sa profession* »⁹⁶. Le contenu du certificat médical est donc également visé.

Des informations sur la santé du patient ne pourront être transmises qu'en présence d'un motif justificatif, soit en particulier si le secret est levé valablement par le patient ou par l'autorité compétente (art. 321 al. 2 CP)⁹⁷. Pour être valable, la levée du secret par le patient

⁹⁰ ASSM/FMH, p. 110 ; IST, p. 10 ; MARGAIRAZ, p. 390 ; MAZOURI-KARKER & AL., p. 1743.

⁹¹ TF 4C.156/2005 du 28 septembre 2005, c. 3.5.2 ; TF 6B_1004/2008 du 9 avril 2009, c. 4.2.

⁹² Sur cette infraction, cf. CAPUS/KUHN, *infra* I.L.C, pp. 192 ss ; CORBOZ, *ad art.* 318 CP ; DUPUIS & AL., *ad art.* 318 ; HIRSIG-VOUILLOZ, pp. 186-187 ; RUDOLPH, pp. 865 ss (et la décision zurichoise SB070062 du 20 décembre 2007 reproduite après sa contribution *in* : Bullméd, 2010,91:22) ; TF 4C.156/2005 du 28 septembre 2005, c. 3.5.2 ; TF 6B_152/2007 du 13 mai 2008 (arrêt commenté par JEAN PERRENOUD, pp. 99 ss).

⁹³ Cf. par exemple art. 40 al. 1 LS/GE (RS/GE K 1 03), intitulé « Devoirs des patients » ; ASSM/FMH, pp. 38-39.

⁹⁴ Sur le secret médical, cf. ASSM/FMH, pp. 100 ss ; BURKHARDT & AL, pp. 327 ss ; CORBOZ, pp. 750 ss ; GLOOR, *Secret*, pp. 8 ss ; HIRSIG-VOUILLOZ, pp. 192 ss ; MANAI, pp. 129 ss ; ROSSEL, pp. 243 ss,

⁹⁵ Sur cette infraction, cf. ATF 143 IV 209 ; CORBOZ, *ad art.* 321 CP ; DUPUIS & AL, *ad art.* 321 CP.

⁹⁶ HIRSIG-VOUILLOZ, p. 194 ; ASSM/FMH, p. 100 ; CORBOZ, *ad art.* 321 CP, N 24 ss.

⁹⁷ Si le médecin est employé par une entité publique, il sera soumis au secret de fonction (art. 320 CP).

implique le consentement libre et éclairé de ce dernier⁹⁸. Elle ne doit pas aller à l'encontre des droits de la personnalité du patient (art. 27 ss CC). Si cette condition n'est pas respectée, le consentement est nul. La levée du secret médical ne peut pas intervenir à l'avance, par exemple dans un règlement d'entreprise⁹⁹. Afin de respecter le secret médical, le certificat pré-emploi ou d'incapacité de travail ne doit comporter aucun diagnostic médical¹⁰⁰. Une transmission d'informations n'est possible que si elle est nécessaire et que le secret a été valablement levé. Toutefois, le fait d'informer l'employeur qu'un travailleur ne s'est pas présenté pour se soumettre à l'examen médical de contrôle ne viole pas le secret¹⁰¹. L'auteur du certificat médical devra être attentif à qui il transmet les informations, étant précisé que le secret médical vaut aussi entre professionnels de la santé¹⁰².

La loi peut prévoir une obligation de témoigner en justice ou de renseigner une autorité (art. 321 ch. 3 CP), soit notamment la transmission d'informations aux assurances¹⁰³ qui prennent en charge les prestations. La transmission se limitera aux informations nécessaires. Le médecin traitant doit donc être attentif à ce qu'il peut transmettre au médecin-conseil. Il ne devra transmettre que les informations dont celui-ci a besoin pour exécuter sa tâche¹⁰⁴. Quant au médecin-conseil, il devra aussi être attentif à ce qu'il transmet à l'assureur¹⁰⁵ ou à l'employeur. Ainsi, le Tribunal fédéral¹⁰⁶ a récemment confirmé la condamnation du médecin-conseil de l'employeur désigné pour évaluer la capacité de travail d'un employé et qui avait transmis à l'employeur des données médicales en violation de l'art. 321 CP.

Précisons encore que la loi prévoit parfois des exigences sur la transmission des rapports médicaux, par exemple en matière d'aptitude du travailleur (art. 71 al. 4 OPA), de travail de nuit (cf. art. 45 al. 3 OLT1) ou de protection de la maternité (art. 3 al. 2 OProMa).

⁹⁸ ASSM/FMH, pp. 102 ss ; BURKHARDT & AL, pp. 327 ss ; CORBOZ, pp. 769 ss ; GLOOR, Secret, pp. 8 ss ; MANAI, pp. 140 ss.

⁹⁹ MANAI, p. 140 ; GLOOR, Secret, p. 14.

¹⁰⁰ ASSM/FMH, pp. 111-112 ; MANAI, pp. 146 ss ; SIM p. 13.

¹⁰¹ ATF 106 IV 131, JdT 1981 IV 113.

¹⁰² Art. 11 al. 3 Code de déontologie FMH ; ASSM/FMH, p. 110 ; GLOOR, Secret, p. 10 ; MANAI p. 136 ; SIM p. 13.

¹⁰³ ASSM/FMH, pp. 103, 107 ss et 113 ss ; GUILLOD/KÖNIG, pp. 356-359 ; MANAI pp. 150 ss.

¹⁰⁴ ASSM/FMH, p. 107 ; GLOOR, Secret, p. 10 ; MANAI, pp. 155-156 ; art. 57 al. 6 LAMAL.

¹⁰⁵ ASSM/FMH, pp. 101, 107 et 112 ss ; MANAI, pp. 156-157 ; art. 57 al. 7 LAMAL.

¹⁰⁶ ATF 143 IV 209 (TF 6b_1199/2016 du 4 mai 2017), traduit et commenté par GLOOR, Secret.

7. Respect de la loi fédérale sur la protection des données (LPD)

Les données médicales¹⁰⁷, soit toutes les informations relatives à la santé, constituent des données sensibles au sens de l'art. 3 let. c ch. 2 LPD. C'est ce que contient un certificat médical¹⁰⁸. L'art. 35 LPD impose un devoir de discrétion à toutes les personnes dont la profession nécessite la connaissance de telles données, dont l'employeur. Divers principes¹⁰⁹ doivent guider toute communication d'une donnée médicale. Il résulte ainsi des principes de la proportionnalité et de finalité que seules les données nécessaires pour atteindre le but visé par le certificat en cause (par exemple établir l'incapacité de travail du travailleur ou attester son aptitude à exercer un travail) pourront être transmises.

L'employeur détenteur de données médicales confidentielles de son employé est soumis au devoir de discrétion et s'expose à la sanction de l'art. 35 LPD en cas de violation. Il est en outre soumis à l'art. 328b CO, qui prévoit que l'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes de celui-ci à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail¹¹⁰. L'employeur ne doit pas transmettre de données médicales à des tiers (cf. art. 12 al. 2 let. c LPD), ni chercher à obtenir des renseignements injustifiés sur la santé de ses employés. Et le médecin ne doit pas lui communiquer d'informations allant au-delà de ce qui est autorisé¹¹¹, même si le travailleur y consent¹¹². Précisons que, s'agissant de données sensibles, le consentement doit être explicite (art. 4 al. 5 LPD)¹¹³. Selon la doctrine¹¹⁴, la remise d'un certificat d'incapacité de travail à l'employeur constitue un consentement tacite à ce que le contenu puisse être confirmé par le médecin, mais cela n'implique pas que ce dernier puisse communiquer à l'employeur par exemple les raisons de cette incapacité ou un diagnostic médical. Quant au médecin-conseil de l'employeur, comme

¹⁰⁷ Sur la protection des données médicales, cf. par exemple DUBOIS, pp. 361 ss ; MANAI, pp. 129 ss. En droit du travail, cf. DUNAND, *ad art.* 328b, pp. 317 ss ; FLUECKIGER, pp. 1 ss ; GLOOR, *Secret*, pp. 12 ss ; MEIER, pp. 645 ss. Cf. aussi le site du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) (www.edoeb.admin.ch, consulté le 7 janvier 2018).

¹⁰⁸ MANAI, pp. 132 ss ; GEISER, pp. 205 ss ; HIRSIG-VOUILLOZ, p. 192.

¹⁰⁹ Sur ces principes, cf. par exemple FLUECKIGER, pp. 10 ss ; MEIER, pp. 257 ss.

¹¹⁰ DUNAND, *ad art.* 328b, p. 336 N 63 ; GLOOR, *Secret*, p. 13 ; MANAI, pp. 144 ss ; MEIER, p. 722 N 2228.

¹¹¹ ATF 143 IV 209, c. 2.2 ; MANAI, pp. 144 ss.

¹¹² Art. 341 et 362 CO ; MANAI, p. 144, qui affirme (p. 149) que « *le consentement de l'employé à la divulgation des données sensibles à l'employeur est nul (art. 27 CC), car il ne peut jamais être libre dans une telle relation de subordination. Seules les informations portant sur l'aptitude à exercer sa fonction peuvent être communiquées* » ; DUNAND, *ad art.* 328b, p. 327 N 32 ; FLUECKIGER, p. 9 ; MEIER, p. 652 N 2040, pp. 721-722 N 2228-2229 et pp. 657-658 N 2057.

¹¹³ À ce sujet, cf. MEIER, pp. 324 ss N 847 ss, en particulier pp. 341 ss N 897 ss et pp. 657-658 N 2057.

¹¹⁴ MEIER, p. 722 N 2228.

l'a confirmé le Tribunal fédéral¹¹⁵, il ne saurait, sur la base de l'autorisation donnée par le travailleur de remettre à l'employeur un certificat médical, transmettre à l'employeur des informations allant au-delà du cadre de l'art. 328b CO.

Après la fin des rapports de travail, l'employeur doit restituer à l'employé ou détruire les certificats médicaux et les données médicales le concernant¹¹⁶.

D. Indications spécifiques

1. Généralités

Outre les exigences précitées qui s'imposent pour chaque certificat médical, ce document doit contenir des indications spécifiques dépendant du type de certificat délivré. Le SECO¹¹⁷ a établi des guides sur le contenu de certains certificats médicaux et des modèles. Compte tenu de son importance pratique dans les relations de travail, nous examinerons ci-après plus en détail le contenu du certificat médical d'arrêt de travail.

2. Le certificat médical d'arrêt de travail en particulier

En concertation avec les divers partenaires et dans le but de mieux tenir compte des besoins, la SIM, association interdisciplinaire, propose des modèles de certificats médicaux¹¹⁸, qui distinguent les certificats simples (lorsque le cas ne pose pas de problème) et les certificats détaillés, émis avec l'accord du patient à la demande de l'employeur qui en assume les frais. L'employeur rédige la description de l'activité du travailleur, ce dont l'auteur du certificat pourra tenir compte pour évaluer l'incapacité. Ce système est qualifié de particulièrement convaincant par l'ASSM et la FMH¹¹⁹. Davantage de collaboration entre le médecin traitant, l'employeur et les médecins-conseils est aussi préconisée¹²⁰. Il convient toutefois d'être extrêmement prudent lors de contacts entre le médecin,

¹¹⁵ ATF 143 IV 209, c. 2.2 et 3. Le TF a considéré que le médecin-conseil ne pouvait ignorer ses obligations clairement exposées dans le guide de l'ASSM/FMH (pp. 112-113) et le manuel de la SSMC (pp. 3-4). Cf. aussi DUNAND, *ad art.* 328b, pp. 327 N 32 ; GLOOR, *Secret* p. 13 ; MANAI, p. 144.

¹¹⁶ GLOOR, *Secret*, p. 14 ; GUYOT UNGER & AL., p. 467.

¹¹⁷ Disponibles sur le site du SECO, cf. [www.seco.admin.ch](https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/gesundheitschutz-am-arbeitsplatz/Informationen-fuer-Aerztinnen-und-Aerzte.html), p. « <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/gesundheitschutz-am-arbeitsplatz/Informationen-fuer-Aerztinnen-und-Aerzte.html> » (site consulté le 29 janvier 2018). Sur le contenu du certificat d'aptitude, cf. MAZOURI-KARKER & AL., p. 1744.

¹¹⁸ Cf. les certificats disponibles sur le site de la SIM, (www.swiss-insurance-medicine.ch), p. « <https://www.swiss-insurance-medicine.ch/fr/certificat-dincapacite-de-travail.html> », consultée le 29 janvier 2018).

¹¹⁹ ASSM/FMH, p. 112 ; RUDOLPH, pp. 912 ss.

¹²⁰ ASSM/FMH, p. 112 ; OTT/FELLMANN, p. 435 ; SIM p. 7 ; SSMC, p. 7 ; RUDOLPH, p. 914.

l'employeur et l'assureur, ou leur médecin-conseil, compte tenu notamment des exigences liées à la protection de la personnalité du travailleur, au secret professionnel et à la LPD. Ces contacts se justifient pour l'évaluation de l'aptitude pour un poste précis. Il est vrai que cela peut aussi permettre au médecin, avec l'accord de son patient, de justifier sa position¹²¹, voire de contribuer à un retour progressif au travail¹²².

Afin de respecter au mieux les exigences légales et déontologiques, le certificat médical d'arrêt de travail devrait contenir les indications suivantes¹²³ :

a) Les éléments identifiant le patient

Comme pour les autres types de certificats médicaux, les éléments identifiant le patient, soit le nom, le prénom et la date de naissance de celui-ci, doivent figurer de manière exacte, complète, claire et lisible sur le certificat médical.

b) Maladie ou accident

L'auteur du certificat médical doit indiquer si l'incapacité de travail est causée par une maladie¹²⁴ ou un accident. Il est en effet admis que cette mention doit y figurer¹²⁵, du fait qu'elle est nécessaire pour déterminer l'assurance qui servira des prestations¹²⁶. En revanche, aucun diagnostic ne doit figurer sur le certificat médical¹²⁷, lequel ne doit pas mentionner non plus le traitement suivi ou transmettre d'autres données. Le non-respect de cette exigence constitue une violation du secret professionnel¹²⁸. Une autre indication n'est possible qu'avec l'autorisation expresse du patient et pour autant qu'il existe un motif justifiant cette communication¹²⁹. Conformément à son obligation de documenter, le

¹²¹ Notamment lorsqu'il limite l'incapacité au lieu de travail ; GLOOR, 2015, p. 173.

¹²² OTT/FELLMANN, p. 436.

¹²³ Il s'agit des indications usuellement recommandées ; ASSM/FMH, pp. 110-112 ; DARIOLI, pp. 5-6 ; IST, pp. 10 ss ; MARGAIRAZ, pp. 389 ss ; MAZOURI-KARKER & AL., p. 1743 ; MEYER, pp. 359 ss ; OTT/FELLMANN, p. 436 ; SSMC, pp. 3-4 ; SCHÖNENBERGER, pp. 69 ss ; STENGEL, pp. 185 ss et p. 190 ; ZINSLI, pp. 49-50.

¹²⁴ Rappelons que la grossesse en tant que telle n'est pas une maladie, si bien que l'arrêt de travail doit être lié à une pathologie ; PERRENOUD, PJA, p. 671 ; SUBILIA/DUC, *ad art.* 324a, p. 227 N 16.

¹²⁵ ASSM/FMH, p. 111 ; DUCOR, 2014, 2015 ; SCHÖNENBERGER, p. 80 ; STENGEL, p. 190 ; ZINSLI, p. 49.

¹²⁶ DUCOR, 2014, N 4, souligne que cette précision poursuit un but essentiellement *asséculoologique*.

¹²⁷ ASSM/FMH, p. 111 ; DUCOR, 2015, p. 1 ; GLOOR, L'incapacité, p. 5 ; IST, p. 10 ; MARGAIRAZ, p. 390 ; MAZOURI-KARKER & AL., p. 1743 ; MEIER, p. 722 N 2228 ; SSMC, pp. 3 et 4 ; ATF 143 IV 209.

¹²⁸ ATF 143 IV 209.

¹²⁹ Comme relevé ci-dessus, certains préconisent, en cas de demande de l'employeur qui ne se satisfait pas d'un certificat simple, la remise, avec l'accord du patient, d'un certificat plus détaillé (avec par

médecin inscrira toutefois dans le dossier du patient son diagnostic et tous les éléments nécessaires¹³⁰, d'autant qu'il pourra être amené à justifier ce qu'il a attesté en cas de contestation du certificat médical.

À notre avis, il serait utile que le certificat médical délivré lors de la continuation d'une incapacité de travail précise également s'il s'agit, selon l'auteur du certificat, du même cas de maladie ou d'accident, ou s'il s'agit d'un nouveau cas, afin de permettre de déterminer ce qu'il en est de l'application de l'art. 336c CO (cumul intralittéral), chaque nouveau cas entraînant une nouvelle période de protection. Il est vrai que cette indication n'est pas toujours facile à déterminer¹³¹. De plus, le travailleur n'a pas forcément un intérêt – du moins immédiat – à la communication d'une telle information à l'employeur. Compte tenu des conséquences liées à cette information, dont la connaissance permet d'éviter des incertitudes, il nous paraît que le travailleur devrait en autoriser la transmission à l'employeur. Une telle indication ne donne aucune précision sur le diagnostic, le traitement ou d'autres données médicales du patient, et ne paraît pas aller plus loin que la précision, admise par tous, indiquant s'il s'agit d'un accident ou d'une maladie.

c) Le degré de l'incapacité de travail

Le degré d'incapacité doit être indiqué sur le certificat médical. Pour le médecin, ce pourcentage n'est pas toujours facile à déterminer¹³², surtout en cas d'atteintes psychiques. Le médecin doit évaluer la composante de performance (liée à la sollicitation) et la composante horaire (liée au temps de présence au travail)¹³³. La capacité de travail doit être évaluée en fonction du travail exercé par le travailleur. Les facteurs de nature non médicale ne devraient pas être pris en compte dans l'évaluation de l'incapacité de travail¹³⁴. Des formations¹³⁵ et des documents existent pour aider le médecin à procéder à cette évaluation¹³⁶.

exemple l'indication des mesures à prendre pour permettre un retour au travail) ; RUDOLPH, pp. 914 ss ; cf. les modèles de certificats SIM, cf. note 118.

¹³⁰ OTT/FELLMANN, p. 436. Rappelons que le dossier médical doit être tenu conformément aux exigences légales ; cf. les lois sanitaires cantonales, par exemple art. 52 ss LS/GE (RS/GE K 1 03).

¹³¹ Cf. TF 4A_706/2016 du 4 août 2017, c. 3.5 (où le TF a considéré qu'il était arbitraire de ne pas tenir compte des propos du médecin généraliste, dont la crédibilité n'était objectivement pas discutable).

¹³² BOLLAG, pp. 538 ss ; DEDEYSTÈRE POBELOV & AL., pp. 360 ss.

¹³³ IST, p. 12 ; SIM, pp. 5-6 ; SSMC, pp. 5 et 9-11 ; aussi DARIOLI, p. 4.

¹³⁴ Par exemple : manque de motivation, relations familiales, situation économique, etc ; OTT/FELLMANN, p. 435 ; SIM, pp. 4-5 ; SSMC, p. 3 et le Manuel SSMC en ligne.

¹³⁵ Cf. la formation en appréciation de la capacité de travail (ACT), proposée par la SIM, en ligne.

¹³⁶ Cf. par exemple SIM, pp. 5-6 et 14 ; SSMC, p. 5 et 9-11 et le Manuel SSMC, en ligne.

En cas d'incapacité de travail partielle, le pourcentage indiqué sur le certificat médical vise en principe le temps de travail¹³⁷ par rapport à un plein temps. Ainsi, l'indication d'une incapacité de travail à 50% l'est par rapport à un taux d'activité de 100%, à moins que le certificat médical précise qu'il s'agit d'un taux d'activité de 50% par rapport au taux d'activité contractuel (par exemple pour une personne travaillant habituellement à un taux de 70%, il précisera que le 50% d'incapacité indiqué l'est par rapport à ce taux contractuel de 70%). Pour le pourcentage où le travailleur n'est pas en incapacité de travail, la manière dont doit s'étaler le travail dans la journée ou la semaine (par exemple seulement les matins) peut à notre sens figurer sur le certificat médical si cela découle de raisons médicales. Selon l'activité exercée, s'il n'est pas possible de réduire la durée du travail ou de l'alléger, cela pourra conduire à admettre une incapacité totale¹³⁸.

Certains certificats mentionnent que le patient est autorisé à sortir de chez lui. Or, le médecin doit s'en tenir à se prononcer sur la capacité de travail de son patient. Il n'a pas à formuler ce type de précision et il n'est pas habilité à donner une telle autorisation. Si nécessaire, à la demande de son patient, il pourra lui remettre un document séparé, attestant par exemple que l'état de santé du patient ne l'empêche pas de voyager.

d) Les dates du début et de la fin de l'incapacité de travail

Compte tenu des conséquences juridiques que font naître ces mentions, ainsi que les difficultés organisationnelles que cela peut générer pour l'employeur, le médecin doit être particulièrement précis et rigoureux. Selon le jour indiqué, la situation juridique peut être drastiquement différente. Même une courte incapacité, y compris survenue durant un jour férié, peut justifier une suspension du délai de congé (art. 336c al. 2 CO) et reporter l'échéance du contrat¹³⁹. « *Il n'y a ni règles ni consensus qui permettent d'établir de façon unanime la durée de l'incapacité pour chaque type d'affection. Le médecin doit faire preuve de conscience professionnelle et définir la durée de l'incapacité au plus juste* »¹⁴⁰. En ce qui concerne le début de l'incapacité, s'il n'a pu le constater lui-même, ou si aucun élément objectif et médical ne permet de le déterminer, le médecin devra signaler que la

¹³⁷ Et non le rendement, qui impliquerait par exemple un plein temps mais avec une activité réduite. Si c'est le rendement qui est visé, cela doit être précisé sur le certificat ; ASSM/FMH, p. 112 ; SIM, p. 6.

¹³⁸ Il est généralement admis qu'une présence partielle au poste de travail facilite la réinsertion ; SIM, p. 6 ; SSMC, p. 7. Cf. aussi le cas étudié par DEDEYSTÈRE POBELOV & AL., pp. 360 ss.

¹³⁹ TF 4D_6/2009 du 7 avril 2009. Cf. toutefois en cas d'atteintes à la santé insignifiantes, notamment ATF 128 III 212, c. 2c ; TF 4A_227/2009 du 28 juillet 2009, c. 3 ; CAPH/38/2016 du 23 février 2016 (où l'abus de droit de la part du travailleur a été admis) ; CARRUZZO, CO, pp. 550 ss.

¹⁴⁰ MAZOURI KARKER & AL., p. 1743.

date du début de l'incapacité se fonde sur les déclarations du patient¹⁴¹. Quant à la date de la fin de l'incapacité de travail, précisons que le week-end ne doit pas avoir d'influence sur la date de reprise¹⁴².

Pour ce qui est de la durée de l'incapacité de travail, un certificat médical mentionnant une incapacité d'une durée indéterminée ou « *jusqu'à nouvel avis* » n'est pas admissible¹⁴³ et contraire au principe de la bonne foi. La durée de l'incapacité doit correspondre à l'affection constatée, soit être proportionnelle à la pathologie en cause et son traitement, en lien avec le poste exercé par le patient. Une réévaluation régulière de l'état de santé du patient et de sa capacité de travail est indispensable¹⁴⁴. S'il n'est pas possible de prévoir la fin de l'incapacité, l'arrêt de travail doit être donné jusqu'à la prochaine évaluation, laquelle doit avoir lieu assez rapidement. La plupart du temps, les arrêts de travail portent sur quelques jours¹⁴⁵ à deux semaines (selon l'affection en cause). Sauf situation exceptionnelle liée à la spécificité de l'atteinte à la santé¹⁴⁶, la durée d'un certificat ne doit en tout cas pas dépasser quatre semaines, une réévaluation devant avoir lieu au moins une fois par mois¹⁴⁷. DUCOR¹⁴⁸ propose que, pour pouvoir établir des certificats de plus longue durée, par exemple lors de maladies chroniques ou de pathologies graves¹⁴⁹, qui ne permettent médicalement pas de s'attendre à une reprise rapide de l'activité, le médecin traitant pourrait obtenir l'accord du médecin-conseil de l'assureur ou de l'employeur. Il y a lieu d'être conscient des problèmes que peut engendrer la persistance d'une incapacité de travail pour le patient, tant au niveau de sa santé, qu'au niveau socio-économique et de ses possibilités de réinsertion. Par ailleurs, après le 30^e jour d'incapacité, les assureurs ou les employeurs peuvent communiquer des cas à l'AI en vue d'une détection précoce de l'invalidité¹⁵⁰, communication qui peut être accompagnée d'un certificat médical d'incapacité de travail (art. 3b al. 1 *in fine* LAI).

¹⁴¹ ASSM/FMH, p. 112 ; DUCOR, 2016 ; MARGAIRAZ, p. 390 ; MAZOURI-KARKER & AL., p. 1743 ; OTT/FELLMANN, p. 436 ; SIM, p. 13 ; SSMC, pp. 3-4. Nous traiterons plus loin du certificat rétroactif.

¹⁴² MAZOURI-KARKER & AL., p. 1743 ; OTT/FELLMANN, p. 436 ; postulat (N° 05.3076 du 15.3.2005) de LEUTENEGGER, qui illustre le coût de ce seul facteur résultant du fait de reporter la reprise du travail au début de la semaine suivante.

¹⁴³ DARIOLI, p. 5 ; DUCOR, 2016, p. 1 ; SIM, p. 13. SSMC, p. 4 ; OTT/FELLMANN, p. 434.

¹⁴⁴ DUCOR, 2016 ; IST, p. 10 ; MARGAIRAZ, p. 390 ; MAZOURI KARKER & AL., p. 1743.

¹⁴⁵ Cf. l'étude menée par BOLLAG & AL. OTT/FELLMANN (p. 436) mentionnent 1 à 2 semaines en cas d'affection aiguë, mais 4 semaines au maximum.

¹⁴⁶ DUCOR, 2016.

¹⁴⁷ *Ibidem* ; MAZOURI-KARKER & AL., p. 1743.

¹⁴⁸ DUCOR, 2016, p. 2.

¹⁴⁹ Par exemple : une fibromyalgie, une sclérose en plaques, certains cancers, etc.

¹⁵⁰ Art. 3a ss LAI, art. 1^{er} RAI ; art. 6 *in fine* LPGA ; GUYOT UNGER & AL., pp. 262 ss ; LONGCHAMP, *ad* art. 324a, p. 223 N 50 ; SAVIOZ NICOLE, pp. 260-261 et 267 ; SIM, p. 11 ; SSMC, pp. 6-8.

e) La date d'établissement du certificat médical

La date indiquée sur le certificat médical doit être celle du jour où il a été établi. Le certificat ne doit pas être antidaté, sous peine de constituer un faux¹⁵¹, comportement pénalement sanctionné. Le certificat médical doit être établi à la date de la consultation médicale. Si le patient n'a pas été vu par l'auteur du certificat médical à cette date, ce fait doit être mentionné¹⁵².

f) La signature et le timbre du médecin

Comme cela ressort de sa définition, de son but et de sa portée, le certificat médical doit être signé (signature manuscrite) par celui qui atteste les faits contenus dans ce document, sur la base de ses constatations et de ses connaissances médicales. Le médecin doit y indiquer clairement ses coordonnées complètes et sa spécialité. Ces indications sont d'autant plus nécessaires que son auteur engage sa responsabilité.

g) La remise du certificat médical et la prise en charge des frais

L'auteur du certificat d'arrêt de travail le remet au patient, en conservant une copie dans le dossier médical de celui-ci. Les frais de l'établissement du certificat médical sont en principe compris dans la consultation¹⁵³. C'est donc l'assurance-maladie ou l'assurance-accidents qui les prendra en charge.

E. Quelques problématiques

1. Certificat médical rétroactif

Des certificats médicaux avec effet rétroactif¹⁵⁴ sont délivrés par les médecins. Il convient de se montrer extrêmement prudent lors de l'appréciation d'un tel certificat médical, délivré *a posteriori*, notamment lorsqu'il atteste des atteintes psychiques¹⁵⁵ ou lorsque

¹⁵¹ SIM, p. 13, précise qu'il s'agit alors de certificats de complaisance, sans valeur.

¹⁵² DARIOLI, p. 5 ; DUCOR, 2015 ; IST, p. 14 ; MAZOURI-KARKER & AL., p. 1743 ; MÜLLER, p. 172 ; SSMC, p. 5.

¹⁵³ ASSM/FMH, p. 112 ; IST, p. 15.

¹⁵⁴ DIETSCHY, pp. 314-316 ; DUCOR, 2015 ; MÜLLER, p. 172 ; SCHÖNENBERGER, pp. 116-117 ; SUBILIA, CMV, p. 6, et RSPC, pp. 425-426 ; SUBILIA/DUC, *ad art.* 336c, pp. 591 ss ; WYLER/HEINZER, pp. 228-229 et 684-685 ; ZINSLI, p. 39 ; TF 4A_227/2009 du 28 juillet 2009 ; TAF A-6410/2014 du 1^{er} septembre 2015, c. 4.3.4.2 et c.4.3.4.3 ; TAF A-6805/2015 du 2 mai 2016, c. 5.2.3.2 ; JAR 2008 p. 376, c. 3.4 ; JAR 1999 p. 269, c. 3.4 ; TF 4A_276/2014 et 4A_282/2014 du 25 février 2015, c. 2.5.

¹⁵⁵ SUBILIA, RSPC, p. 425 ; SUBILIA/DUC, *ad art.* 336c, pp. 591 ss N 26 ss ; WYLER/HEINZER, p. 684.

l'incapacité de travail rétroactive affecte la validité d'un congé ou l'échéance du contrat. La nullité du congé ne devrait ainsi pas être admise sur la base d'un certificat médical rétroactif lorsque le patient vient de recevoir son congé et entend démontrer qu'il était déjà malade lors de la réception de la résiliation¹⁵⁶. Il en va de même lorsque le travailleur qui a été licencié attend la fin du délai de congé (voire après l'échéance du contrat) pour produire un certificat médical rétroactif sur une longue période¹⁵⁷ afin d'invoquer la nullité d'un congé ou le report de l'échéance du contrat.

Médicalement¹⁵⁸, il n'est pas exclu qu'un médecin puisse attester une incapacité survenue quelques jours plus tôt. Cela est possible lorsque la nature de l'affection le permet (par exemple suite à un accident permettant d'établir précisément la date du début de l'incapacité). Cela peut résulter d'autres circonstances, par exemple s'il s'agit du médecin traitant de longue date un patient, qu'il suit régulièrement et dont l'affection lui permet d'attester le début de l'incapacité. En dehors de telles situations, le médecin ne pourra indiquer qu'une date probable du début de l'incapacité, en particulier lorsqu'il s'agit d'atteintes psychiques¹⁵⁹. Or, les déclarations du travailleur ne suffisent pas à elles seules à déterminer la date du début de l'incapacité¹⁶⁰. La raison pour laquelle le certificat médical a été établi *a posteriori* doit être justifiée et consignée dans le dossier, car l'audition du médecin sera alors souvent nécessaire. Rappelons que c'est la date où le certificat a été établi qui doit être mentionnée sur le certificat médical, avec l'indication de la date du début de l'incapacité et de la première consultation¹⁶¹ laquelle pourra éventuellement être, selon les circonstances, la date qui sera retenue comme début de l'incapacité¹⁶².

Ainsi, sauf situations particulières, un certificat médical ne saurait être rétroactif sur une trop longue durée, soit selon nous plus de trois jours¹⁶³, période permettant de fixer un rendez-vous chez le médecin¹⁶⁴. Au-delà, il devrait en principe être dénué de toute valeur

¹⁵⁶ SUBILIA, RSPC, p. 426 ; SUBILIA/DUC, *ad art.* 336c, p. 592 ; TF 4A_89/2011 du 27 avril 2011, c. 3.

¹⁵⁷ CARRUZZO, Force, p. 2 ; DUCOR, 2015.

¹⁵⁸ IST, pp. 10 et 13 ; GUINCHARD ; MAZOURI-KARKER & A.L., p. 1743 ; SSMC, p. 5.

¹⁵⁹ Cf. les exemples donnés par SUBILIA, CMV, pp. 6-7. Cf. aussi CARRUZZO, Force, p. 2 ; SUBILIA, RSPC, pp. 425-426 ; SUBILIA/DUC, *ad art.* 336c CO, pp. 591 ss N 26 ss ; WYLER/HEINZER, p. 684.

¹⁶⁰ Cf. par exemple TAF A-6410/2014 du 1^{er} septembre 2015. c. 4.3.4.2 et 4.3.4.3.

¹⁶¹ ASSM/FMH, p. 112 ; IST, pp. 10 et 14 ; MAZOURI-KARKER & AL., p. 1743 ; MÜLLER, p. 172 ; TAF A-6410/2014 du 1^{er} septembre 2015, c. 4.3.4.2.

¹⁶² DIETSCHY, p. 315.

¹⁶³ DIETSCHY, p. 315, et SUBILIA, RSPC, p. 425, retiennent 3/4 jours ; SCHÖNENBERGER, p. 116, seulement 2 jours ; ZINSLI, p. 39, 2/3 jours ; alors que MÜLLER, p. 172, mentionne une semaine de rétroactivité.

¹⁶⁴ DIETSCHY, p. 315, relève qu'une période de 3/4 jours permet aussi la prise de conscience pour l'employé de sa difficulté à exécuter ses tâches professionnelles.

probante¹⁶⁵. Le travailleur devra alors établir la date du début de son incapacité par d'autres moyens de preuve, d'autant que les possibilités d'abus sont nombreuses¹⁶⁶.

2. Certificat délivré suite à une demande formulée par téléphone ?

Il arrive qu'un patient réclame par téléphone la délivrance d'un certificat médical sans avoir consulté le médecin, ni subi un quelconque examen médical. Les médecins devraient en principe refuser d'établir un certificat médical dans ces circonstances, où ne peut être remplie l'exigence d'attester les constatations personnelles faites par son auteur. À cet égard, SUBILIA¹⁶⁷ relève « *que la question pratique de l'opportunité d'exiger une consultation pour un cas bagatelle ne doit pas être confondue avec la question de fond qui est de savoir si le médecin peut certifier lui-même ce cas d'incapacité* ». La FMH recommande¹⁶⁸ une grande prudence à cet égard. Sauf exception, le certificat médical sera considéré comme constituant un certificat de complaisance, notamment si le médecin ne connaît pas le patient ou qu'il ne l'a pas revu à sa consultation depuis un certain temps¹⁶⁹. La valeur probante d'un tel certificat sera nulle.

Seules des situations exceptionnelles devraient pouvoir permettre à un médecin d'établir un certificat sur demande téléphonique. Cela pourrait être par exemple le cas d'un patient à qui son médecin traitant, qui le connaît bien, a prescrit un traitement médical qui a des effets secondaires. En tous les cas, la durée d'un tel certificat devra être très courte, juste le temps de permettre au patient de consulter son médecin, le renouvellement nécessitant la présence du patient. Rappelons que selon l'art. 7 al. 3 du Code de déontologie de la FMH « *un traitement de longue durée, effectué exclusivement sur la base de renseignements transmis par correspondance, par téléphone ou par voie électronique, ou sur la base de rapports fournis par des tiers, est contraire à la déontologie* ».

Des certificats d'arrêts de travail sont aussi délivrés à distance par des centres de télémédecine. Même si ceux-ci affirment avoir posé des garde-fous pour éviter les abus¹⁷⁰,

¹⁶⁵ DIETSCHY, p. 315 ; SUBILIA, RSPC, p. 426 ; SUBILIA/DUC, ad 336c, p. 593 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, p. 421 N 12 ; WYLER/HEINZER, pp. 228-229.

¹⁶⁶ Cf. l'exemple donné par WYLER/HEINZER, pp. 684-685 ; CARRUZZO, CO, ad art. 336c, p. 550 N 8.

¹⁶⁷ SUBILIA, CMV, p. 9.

¹⁶⁸ IST, p. 10 et 14 ; GUINCHARD ; SSMC, p. 5. DARIOLI, p. 5, mentionne des recommandations de la FMH à cet égard de 1976 et 1990.

¹⁶⁹ MAZOURI-KARKER & AL., p. 1743.

¹⁷⁰ Cf. le document de février 2014 « Certificat d'incapacité de travail suite à une téléconsultation, Principales directives de Medgate » (cf. www.medgate.ch, p. « http://www.medgate.ch/Portals/0/content/pdfs/Principales%20directives%20de%20Medgate_Certificat%20d'incapacit%C3%A9%20de%20travail.pdf », consultée le 7 janvier 2018) : seuls des cas « simples » sont visés et au maximum 2 certificats (voire 5 sur demande), portant chacun sur une durée de 1 à 3 jours, peuvent être obtenus ; et ils ne sont pas délivrés à des patients qui viennent d'être licenciés.

de tels certificats ne devraient pas être admis, d'autant que leur admission pourrait affecter les relations contractuelles. Un tel certificat, même émis pour une courte période, ne respecte nullement les exigences légales et ne doit avoir aucune portée.

3. Certificat attestant une incapacité limitée à la place de travail

En principe, une incapacité de travail attestée par un certificat médical a un effet généralisé. L'incapacité de travail « à géométrie variable », qui a fait couler beaucoup d'encre¹⁷¹, vise des situations où le certificat médical atteste que le travailleur présente une incapacité de travail limitée à sa place de travail, tout en conservant une capacité de travail pour occuper un autre poste. Il est souvent délivré lors d'atteintes psychiques dans un contexte de harcèlement ou de conflit interpersonnel. La jurisprudence et la doctrine à cet égard ont été résumées par GLOOR¹⁷², dans son commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_391/2016 du 8 novembre 2016, où notre Haute Cour a considéré qu'une incapacité de travail limitée à la place de travail est de nature à priver le travailleur de la protection contre le congé donné en temps inopportun (art. 336c al. 1 let. b CO). Il s'agissait ici d'un employé licencié qui avait été libéré de son obligation de travailler durant le délai de congé (et qui était libre de prendre un emploi ailleurs, l'incapacité ayant été, de l'aveu même de l'employé, limitée à la place de travail).

De telles mentions sur le certificat médical peuvent ainsi se retourner contre le patient, qui a l'obligation de réduire le dommage (art. 44, 99 al. 3 CO ; 61 LCA¹⁷³). Dans l'assurance d'indemnités journalières, cette obligation « peut impliquer le devoir pour l'assuré de changer d'activité professionnelle, si cela peut être raisonnablement exigé de lui et permet de réduire son incapacité de travail »¹⁷⁴. L'assureur doit avoir préalablement invité l'assuré à changer d'activité, en lui impartissant un délai d'adaptation approprié, généralement de trois à cinq mois. S'il n'entend pas indemniser la totalité du dommage subi par l'assuré, c'est à l'assureur (art. 8 CC) de prouver que l'assuré a violé son obligation de réduire le dommage. S'il l'établit, une partie de la doctrine¹⁷⁵ considère que

¹⁷¹ Par exemple GLOOR, 2015 et les références citées, et GLOOR, L'incapacité ; RUDOLPH/VON KAENEL ; SAVIOZ NICOLE, pp. 241 ss ; SUBILIA, RSPC, pp. 427-428.

¹⁷² GLOOR, L'incapacité, critique la solution retenue dans cet arrêt par le TF, contrairement à ANGELOZZI, qui qualifie cette solution comme étant « remplie de bon sens ».

¹⁷³ Cf. art. 21 al. 4 LPGa.

¹⁷⁴ Cf. TF 4A_574/2014 du 15 janvier 2015, c. 4.1. La possibilité du changement d'activité ne doit pas être purement théorique ; DUPONT, pp. 124 ss.

¹⁷⁵ CARRUZZO, Force, p.3 (qui réserve le caractère abusif du congé) ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH p. 1083, ad art. 336c N 8 ; WYLER/HEINZER, pp. 685-686 ; TF 4A_391/2016 du 8 novembre 2016, dont la solution est critiquée par GLOOR, L'incapacité ; cf. aussi GLOOR, 2015.

l'employé qui a la capacité de travailler ailleurs et de chercher un nouvel emploi n'a pas besoin de bénéficier de la protection de l'art. 336c al. 1 let. b CO¹⁷⁶.

SUBILIA¹⁷⁷ paraît relever que la mention de l'incapacité liée à la place de travail est inutile dès lors qu'en cas d'atteinte à sa personnalité, l'employé peut mettre en demeure l'employeur de prendre les mesures nécessaires afin de la protéger. Et si celui-ci ne s'exécute pas, le travailleur est alors en droit de suspendre sa prestation de travail et ne pas aller travailler, tout en pouvant bénéficier du versement de son salaire (art. 82 et 324 CO)¹⁷⁸. Toutefois, cela ne sera possible que lorsque l'atteinte à la personnalité est grave et manifeste, faute de quoi le travailleur risque de se voir reprocher un abandon d'emploi et s'expose au licenciement. Précisons que lorsque le travailleur prouve que l'employeur est responsable de son incapacité et n'a pas pris les mesures adéquates pour protéger sa personnalité, l'employeur ne pourra pas se prévaloir de l'incapacité limitée à la place de travail dont il est responsable, et le licenciement sera considéré comme abusif (art. 336 CO)¹⁷⁹. De plus, lorsque l'employeur porte atteinte à la personnalité du travailleur, celui-ci pourrait, en présence d'une situation particulièrement nuisible et d'une violation manifestement grave de ses obligations contractuelles par l'employeur¹⁸⁰, disposer d'un juste motif de résiliation immédiate (art. 337 CO)¹⁸¹.

Cela étant, à moins que la limitation de l'incapacité à la place de travail résulte d'éléments objectifs (par exemple la confrontation à des substances nocives, l'apparition d'allergies de la part de l'employé ou lorsqu'un seul des postes occupés par un employé à temps partiel implique objectivement une nocivité incompatible avec le respect de la santé du travailleur), l'appréciation du médecin sera subjective, étant uniquement fondée sur les déclarations de son patient, lequel peut avoir d'autres motivations¹⁸². Le médecin – qui ne peut que constater des symptômes¹⁸³ – n'a alors pas de connaissance personnelle, ni

¹⁷⁶ Disposition introduite « *parce qu'un engagement par un nouvel employeur à la fin du délai de congé ordinaire paraît hautement invraisemblable en raison de l'incertitude quant à la durée et au degré de l'incapacité de travail* » (Message CF du 8 mai 1988, FF 1984 II 628).

¹⁷⁷ SUBILIA, CMV, p. 7.

¹⁷⁸ BRUNNER & AL., *ad art.* 328 N 15 ; CARRON, p. 137 ; DUNAND, *ad art.* 328 N 68 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *ad art.* 328 N 19 ; SUBILIA/DUC, *ad art.* 328, p. 325 N 38.

¹⁷⁹ CARRUZZO, Force ; GLOOR, L'incapacité, p. 9, et GLOOR, 2015, p. 176 ; TF 4A_2/2014 du 19 février 2014, c. 3.2. Toutefois, l'illicéité du licenciement ne sera pas retenue si la résiliation a contribué à l'apparition des atteintes psychiques ; TF 4A_381/2014 du 3 février 2015, c. 4.3.

¹⁸⁰ DUNAND, *ad art.* 328, p. 295 N 69. Selon le TF (4A_252/2011 du 22 août 2011, c. 4.3) : « *des conditions de travail difficiles, une ambiance de travail insatisfaisante et un encadrement déficient ne suffisent pas à justifier une résiliation immédiate* » de la part du travailleur.

¹⁸¹ DUNAND, *ad art.* 328, p. 295 N 69 ; GLOOR, CO, *ad art.* 337, p. 759 N 50 et les références citées.

¹⁸² TF 4A_325/2008 du 6 octobre 2008, c. 2.1 *in fine* ; IST, pp. 48-49 ; SUBILIA, RSPC, pp. 427-428.

¹⁸³ IST, p. 48 ; SUBILIA/DUC, *ad art.* 328, p. 321.

complète de l'environnement de travail et des circonstances, et il ne connaît pas la position de l'employeur ou des collègues de son patient. Il ne peut dès lors être en mesure de certifier que l'incapacité résulte réellement de la place de travail. Cela se constate d'ailleurs lorsque les médecins affirment que le but de l'arrêt de travail est d'éloigner le travailleur de son lieu de travail pour des raisons thérapeutiques, sans savoir que celui-ci a en réalité été libéré de son obligation de travailler, le travailleur s'étant gardé de le mentionner à son médecin lors de la demande du certificat médical¹⁸⁴.

Le médecin devrait s'abstenir d'attester une incapacité limitée au lieu de travail. Il est vrai qu'il peut arriver, lorsqu'il connaît bien son patient, qu'il se trouve en position, – compte tenu de l'évolution de l'état de santé de son patient et suite à plusieurs consultations s'étalant sur des mois –, de constater que les atteintes à la santé qu'il remarque sont liées à l'environnement professionnel (relevant par exemple que chaque retour au travail détériore la santé du patient par des affections, y compris physiques). Après avoir examiné toutes les options, afin de remplir son obligation de protéger son patient dans son entité bio-psycho-sociale et de rédiger un certificat conforme à la vérité, le médecin pourra alors être amené à apporter une telle mention sur le certificat, d'autant qu'il se trouve parfois face à un patient n'ayant pas les ressources personnelles et financières pour se défendre et réclamer le versement de son salaire, par exemple s'il ne va pas travailler en raison de l'environnement de travail nocif, ou si l'employeur conteste l'existence du juste motif de résiliation de l'employé, ou que la caisse de chômage invoque une faute de l'employé (art. 44 al. 1 let. b OACI). Le contexte de vie du patient risque alors de le mener dans une situation le laissant sans ressources, facteur qui pourra aggraver sa pathologie.

En tous les cas, le médecin, – qui doit toujours être capable de défendre sa position par des éléments objectifs –, doit être conscient des conséquences qu'une telle mention dans le certificat médical peut avoir et attirer l'attention de son patient sur le fait qu'elle peut se retourner contre lui. L'IST¹⁸⁵ conseille judicieusement aux médecins : « *Si vous ne pouvez pas vérifier la réalité de l'affection ou de son origine, vous devez, en tant que médecin, refuser de délivrer un certificat* » et adresser rapidement le patient à un médecin du travail et/ou à l'inspection du travail. Le patient pourra au surplus être adressé à un syndicat ou à un juriste pouvant le conseiller au niveau juridique.

¹⁸⁴ CAPH/89/2013 du 2 octobre 2013, c. 3 ; TF 4A_140/2009 du 12 mai 2009.

¹⁸⁵ IST, p. 49, qui mentionne une consultation spécialisée « Travail et souffrance » de l'IST, qui, avec l'accord du travailleur, pourra contacter l'employeur.

4. Certificat médical et vacances

Compte tenu du but des vacances, qui doivent permettre au travailleur de se reposer, se distraire et récupérer physiquement et psychologiquement¹⁸⁶, une maladie ou un accident peuvent empêcher le travailleur de bénéficier de ses vacances. Cet empêchement, qui ne peut être partiel, n'existera qu'en présence d'une atteinte présentant deux critères objectifs : une certaine intensité et une certaine durée¹⁸⁷. L'atteinte à la santé doit être assez intense¹⁸⁸ pour ne pas permettre au travailleur d'atteindre le but des vacances, lequel pourra en revanche être atteint lors d'affections de peu d'importance ou passagères. Un simple rhume ne suffit pas¹⁸⁹. L'atteinte – d'une certaine intensité – doit aussi être d'une certaine durée, soit plus de deux ou trois jours consécutifs¹⁹⁰.

Conformément à son devoir de fidélité (art. 321a CO), l'employé doit informer sans délai son employeur de cette incapacité à prendre des vacances et non pas attendre son retour de vacances. Le travailleur devra prouver son incapacité à exercer son droit aux vacances. S'il le fait au moyen d'un certificat médical, celui-ci devra alors préciser clairement l'incapacité du travailleur à bénéficier de ses vacances. À juste titre, CEROTTINI¹⁹¹ souligne qu'« *une impossibilité pour le travailleur de pratiquer une activité particulière qu'il entendait mener durant ses vacances ne saurait être prise en considération* ». GUYOT UNGER & AL.¹⁹² citent un exemple zurichois où un travailleur ayant pris cinq semaines de vacances au Canada invoquait le fait qu'il n'avait pu faire du vélo comme il l'avait prévu, si bien qu'il se considérait comme en incapacité de prendre ses vacances. Le Tribunal des prud'hommes de Zurich a considéré que cela ne l'avait pas empêché de se reposer et d'atteindre le but des vacances, le fait que des activités de loisirs soient impraticables ne suffisant pas à fonder l'incapacité à prendre des vacances.

Au surplus, le certificat médical devra également se prononcer sur la capacité de travail de l'employé, si celle-ci ne se confond pas avec sa capacité à exercer son droit aux vacances. Si la maladie ou l'accident empêche le travailleur de prendre ses vacances, mais qu'il reste capable de travailler¹⁹³, il devra retourner au travail et percevra son salaire. Si cette

¹⁸⁶ CEROTTINI *ad* 329a, p. 374 N 18 ; WYLER/HEINZER, p. 387.

¹⁸⁷ CEROTTINI, *ad* 329a, p. 375 N 20.

¹⁸⁸ CEROTTINI *ad* 329a, p. 374 N 18 ; WYLER/HEINZER, p. 387.

¹⁸⁹ CEROTTINI, *ad* 329a, N 18, cite aussi un coup de soleil, un doigt cassé, une indigestion, une cheville foulée. Il en va de même de maux de têtes ou dentaires, des difficultés d'acclimatation, pour autant qu'il ne s'agisse pas de maladies persistantes. Cf. aussi WYLER/HEINZER, p. 387.

¹⁹⁰ CEROTTINI, *ad* art. 329a, p. 375 N 19 ; WYLER/HEINZER, p. 387.

¹⁹¹ CEROTTINI, *ad* 329a, p. 375 N 20.

¹⁹² GUYOT UNGER & AL., p. 337 N 75 (cf. le jugement zurichois cité du 14 décembre 2009).

¹⁹³ CEROTTINI (Le droit aux vacances, thèse Lausanne 2001, pp. 262-263) cite l'exemple du travailleur qui souffre de dépression et pour qui le fait de retourner au travail est bénéfique à sa santé.

affection le rend également incapable de travailler, il touchera son salaire selon l'art. 324a CO et ses jours de vacances devront lui être restitués¹⁹⁴.

En ce qui concerne le certificat médical établi à l'étranger et permettant par exemple au travailleur de retarder son retour au travail, compte tenu du risque d'abus, comme le relève DIETSCHY¹⁹⁵, la validité du certificat médical sera examinée avec circonspection, car « *le risque qu'il ait été établi par complaisance est d'autant plus grand que le médecin étranger ne doit pas craindre les conséquences pénales liées au faux certificat médical (art. 318 CP) ou au faux témoignage (art. 307 CP) et qu'il ne peut pas être entendu comme témoin à l'audience* ». Il ne s'agira toutefois pas forcément d'un certificat de complaisance¹⁹⁶. Il conviendra de tenir compte des circonstances. Si nécessaire, le travailleur devra se soumettre à un examen médical en Suisse à son retour.

Pour ce qui est du travailleur qui part à l'étranger durant une incapacité de travail, il arrive que le médecin précise sur le certificat que son patient est « *autorisé à voyager* » pendant la période couverte par le certificat. Or, il n'est pas habilité à délivrer une telle autorisation. Les conditions générales des assurances interdisent généralement de tels voyages. L'assureur pourra le permettre après avoir soumis le cas à son médecin-conseil, qui prendra en principe contact avec le médecin traitant, lequel peut se prononcer sur la compatibilité de l'état de santé de son patient avec le déplacement à l'étranger envisagé, voire la nécessité de ce voyage pour soigner le patient qui est par exemple atteint de dépression.

5. Certificat médical et garde d'un enfant malade

Selon l'art. 36 al. 3 LTr, « *l'employeur doit, sur présentation d'un certificat médical, donner congé aux travailleurs ayant des responsabilités familiales¹⁹⁷, pour le temps nécessaire à la garde d'un enfant malade, jusqu'à concurrence de trois jours* ». Afin de bénéficier de ce congé concernant la garde d'un enfant malade, le mode de preuve que le travailleur doit apporter est ici précisé par le législateur. Le certificat médical ne porte pas sur l'état de santé des parents et ne saurait attester l'incapacité de travail d'un parent. C'est en principe le pédiatre de l'enfant qui atteste l'état de santé de l'enfant, après l'avoir

¹⁹⁴ CEROTTINI, *ad art.* 329a, p. 377 N 27.

¹⁹⁵ DIETSCHY, p. 317 ; SCHÖNENBERGER, pp. 122-123 ; ZINSLI, p. 43.

¹⁹⁶ DIETSCHY, p. 317 : le certificat aura la même valeur probante qu'un certificat émis en Suisse « *à tout le moins aussi longtemps qu'aucun autre élément du dossier ne permette de douter de sa véracité* ».

¹⁹⁷ Art. 36 al. 1 *in fine* LTr : « *Sont réputées responsabilités familiales l'éducation des enfants jusqu'à l'âge de quinze ans ainsi que la prise en charge de membres de la parenté ou de proches exigeant des soins* ». Cf. aussi art. 329 al. 3 CO portant sur les congés usuels.

examiné. L'employeur peut réclamer le certificat médical dès le premier jour d'absence. Un seul des parents bénéficiera du congé ainsi donné.

Le but de ce congé est de permettre au parent de pallier l'urgence ou remédier aux difficultés de garde, en prenant les mesures d'organisation nécessaires. La durée du congé doit donc être limitée au temps de recherche d'une solution de garde, et non pas porter sur toute la durée de la maladie de l'enfant. Le parent est ainsi tenu de faire des démarches pour rechercher une solution de garde extérieure, « *sous peine de se voir reprocher une absence fautive* »¹⁹⁸. Conformément à ses obligations de fidélité (art. 321a CO) et de diminuer le dommage de l'employeur (art. 44 al. 1, 99 al. 3 CO), le travailleur doit limiter son absence au temps nécessaire pour trouver une solution¹⁹⁹. La précision faite parfois sur le certificat selon laquelle c'est la présence de la mère ou du père qui est nécessitée pour toute la durée de la maladie de l'enfant ne se justifie la plupart du temps pas médicalement. L'enfant malade peut le plus souvent être gardé par un tiers.

Le SECO²⁰⁰ et la doctrine²⁰¹ admettent généralement, sans apporter d'autres précisions, que ce droit porte sur trois jours par cas de maladie de l'enfant, mais sans retenir aucune limite du nombre de cas dans l'année. Ainsi, chaque mois par exemple, un employé pourrait ne pas venir travailler durant trois jours pour ce motif, ce qui n'était certainement pas la volonté du législateur. Et comme il est admis qu'il s'agit d'une absence non fautive au sens de l'art. 324a CO, justifiée en vertu de l'art. 36 LTr et de l'obligation d'entretien des parents résultant des art. 276 et 301 CC, le travailleur a droit à son salaire durant ces absences²⁰², dans les limites prévues par l'art. 324a CO. Il nous paraît que, selon l'ancienneté de l'employé, cela peut ouvrir la porte à des abus, notamment pour des personnes travaillant à temps partiel depuis longtemps auprès du même employeur, lequel se verra dans l'obligation de payer chaque fois le salaire à l'employé qui s'absente régulièrement trois jours pour ce motif durant l'année, sur simple présentation du certificat médical. Un indice d'abus peut résider dans le fait que le certificat médical présenté par le parent émane chaque fois d'un pédiatre différent ou de divers médecins qui ne sont pas pédiatres. Ainsi, s'il est vrai que le système légal n'est pas satisfaisant lors d'une hospitalisation d'un enfant malade²⁰³ ou en cas de maladie grave, admettre dans les autres cas, – la plupart du temps pour des maladies bénignes de l'enfant –, que l'employé peut

¹⁹⁸ PERRENOUD, Protection, p. 793 et les références citées ; PERRENOUD PJA, pp. 677-678.

¹⁹⁹ *Ibidem* ; WYLER/HEINZER, pp. 223-224, 368 et 380.

²⁰⁰ SECO, Commentaire LTr, *ad* art. 36 al. 3, p. 036-2.

²⁰¹ PERRENOUD, Protection, p. 793 et PJA, pp. 677-678 ; WYLER, LTr, *ad* art. 36, p. 459 N 7 ; WYLER/HEINZER, pp. 223-224, 367-368 et 380.

²⁰² PERRENOUD, Protection, p. 793 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *ad* art. 324a/b, p. 449 N 20 ; WYLER, LTr, *ad* art. 36, p. 459 N 7 ; WYLER/HEINZER, pp. 223-224 et 368 ; JAR 1999 232.

²⁰³ Dans ce sens PERRENOUD, Protection, pp. 793-794 et les références citées.

s'absenter jusqu'à trois jours sans limite de cas, sur simple présentation d'un certificat médical, et au surplus prétendre au versement de salaire, parfois pour un grand nombre de jours d'absence du fait de son ancienneté, n'est pas non plus heureux.

F. La responsabilité de l'auteur du certificat médical

Un certificat médical de complaisance ou établi de manière non conforme aux exigences légales engage la responsabilité de son auteur, qui s'expose à des sanctions pénales, civiles, administratives et associatives. Cela est vrai pour tous les types de certificats médicaux²⁰⁴. Ainsi, un certificat médical attestant faussement l'aptitude du travailleur peut avoir de graves conséquences et causer un dommage, y compris pour l'employé lui-même. Le patient, l'employeur et l'assureur pourront se retourner contre l'auteur du certificat. Il en va de même lorsque le médecin délivre par exemple un arrêt de travail à une femme enceinte qui se plaint simplement de fatigue, alors que son aptitude a été reconnue après l'analyse des risques.

Sous l'angle pénal, les infractions de faux certificat médical (art. 318 CP) et de violation du secret professionnel (art. 321 CP) peuvent en particulier être commises. En ce qui concerne le faux certificat médical²⁰⁵, le comportement est punissable lorsque le faux est destiné à être produit à l'autorité, à procurer un avantage illicite, ou de nature à léser les intérêts légitimes et importants de tierces personnes. Les tiers en question seront en principe l'employeur ou l'assurance²⁰⁶. La caractéristique du faux certificat médical est de dresser un tableau inexact de l'état de santé de la personne concernée²⁰⁷. S'il a agi intentionnellement, l'auteur du faux certificat médical s'expose à une peine privative de liberté de trois ans au plus ou à une peine pécuniaire (art. 318 al. 1 CP). L'infraction commise par négligence est punie par l'amende (art. 318 al. 2 CP) qui peut atteindre 10'000 fr. (art. 106 CP). La négligence pourra être retenue si l'auteur du certificat n'a procédé qu'à un examen superficiel du patient²⁰⁸ ou lorsqu'un médecin pose un diagnostic

²⁰⁴ IST, p. 47 ; WYLER, Incapacité, p. 13.

²⁰⁵ TF 6B_152/2007 du 13 mai 2008, c. 3 (commenté par Jean PERRENOUD, pp. 99 ss) ; TF 4C.156/2005 du 28 septembre 2005, c. 3.5 ; RUDOLPH, pp. 865 ss (et la décision zurichoise SB070062 du 20 décembre 2007 reproduite après sa contribution in : Bullméd, 2010, 91:22) ; CAPUS/KUHN, *infra* II.C, pp. 192 ss ; CORBOZ, *ad* art. 318 CP ; DUPUIS & AL., *ad* art. 318 CP ; HIRSIG-VOUILLOZ, pp. 185-186 et 188-191 ; WYLER/HEINZER, p. 232.

²⁰⁶ TF 4C.156/2005 du 28 septembre 2005, c. 3.5.5. WYLER, Incapacité, p. 13.

²⁰⁷ TF 4C.156/2005 du 28 septembre 2005, c. 3.5.2 ; TF 6B_152/2007 du 13 mai 2008 ; CORBOZ, *ad* art. 318 CP N 7.

²⁰⁸ DUPUIS & AL., *ad* art. 318 CP N 13 ; HIRSIG-VOUILLOZ, p. 187.

qu'il ne pouvait poser au vu de sa formation²⁰⁹. SUBILIA²¹⁰ affirme que la négligence pourrait également être retenue contre le médecin qui s'est contenté de reprendre ce que lui a dit le patient, sans n'avoir lui-même rien constaté. Quant à la violation de l'art. 321 CP, la récente confirmation par le Tribunal fédéral²¹¹ de la condamnation du médecin de confiance de l'employeur qui n'a pas respecté le secret professionnel et les exigences liées à la protection des données, démontre la nécessité pour l'auteur du certificat médical de respecter strictement ses obligations à cet égard. S'il vient témoigner en justice, l'auteur du certificat médical devra non seulement être attentif au respect du secret professionnel, mais aussi aux conséquences d'un faux témoignage (art. 171 al. 1 CPC, 177 al. 1 CPP et 307 CP). Une sanction pénale pour violation du devoir de discrétion est aussi prévue par l'art. 35 LPD en cas de transmission illicite de données sensibles.

Sous l'angle civil, la responsabilité de l'auteur du certificat médical peut être engagée au niveau contractuel (art. 97 et 394 ss CO) et délictuel (art. 41 CO)²¹², que ce soit lorsque des informations fausses sont transmises ou lorsque l'auteur du certificat omet de transmettre des éléments nécessaires au vu du but du certificat. L'employeur, l'assurance et même le patient pourront lui réclamer la réparation du préjudice subi. C'est notamment le cas lorsqu'il délivre des certificats médicaux contradictoires²¹³.

La violation des exigences légales par l'auteur du certificat médical peut entraîner également des sanctions administratives, conformément aux dispositions de la LPMéd²¹⁴ et des lois sanitaires cantonales²¹⁵. Les associations professionnelles peuvent aussi sanctionner leurs membres pour violation de leurs obligations déontologiques²¹⁶.

²⁰⁹ HIRSIG-VOUILLOZ, p. 187.

²¹⁰ SUBILIA, CMV, p. 9.

²¹¹ ATF 143 IV 209.

²¹² TF 4C.156/2005 du 28 septembre 2005 ; CARRUZZO, CO, p. 201 ; DUCOR, 2015, p. 2 ; HIRSIG-VOUILLOZ, p. 184 ; WYLER, Incapacité, p. 13 ; WYLER/HEINZER, p. 232.

²¹³ TF 4C.156/2005 du 28 septembre 2005 ; TF 4A_276/2014, 4A_282/2014 du 25 février 2015 ; CARRUZZO, Force, p. 2.

²¹⁴ Cf. les mesures disciplinaires prévues à l'art. 43 LPMéd. Cf. HIRSIG-VOUILLOZ, pp. 219 ss.

²¹⁵ Cf. par exemple art. 191 LSP/VD (RS/VD 800.01).

²¹⁶ Cf., pour les médecins, l'art. 47 du Code de déontologie de la FMH.

VI. Obligations et droits du travailleur

A. Le fardeau de la preuve de l'incapacité de travail

Il résulte de l'art. 8 CC que c'est au travailleur qu'il incombe d'apporter la preuve que son empêchement de travailler n'est pas fautif²¹⁷. Le mode de preuve n'est en principe²¹⁸ pas précisé dans la loi. Usuellement, le travailleur apportera cette preuve au moyen d'un certificat médical, qui ne constitue toutefois pas un moyen de preuve absolu²¹⁹. Nous traiterons ci-dessous des questions en lien avec le certificat médical d'arrêt de travail.

B. La transmission du certificat médical

1. Le devoir d'annonce de l'empêchement de travailler

Conformément à son devoir de diligence et de fidélité (art. 321a CO), le travailleur devra annoncer sans délai à son employeur son empêchement de travailler²²⁰. Il a « *une obligation d'information rapide, continue et complète relative à l'existence, au degré et à la durée prévisible de son incapacité de travail* »²²¹. Le travailleur ne doit pas non plus retarder son rétablissement²²² et il devra informer sans délai son employeur lorsqu'il retrouve sa capacité de travail.

Lorsqu'il ne vient pas travailler, le travailleur doit justifier son absence. Il ne peut se contenter de ne pas se présenter à son travail, sous peine d'être en demeure de l'obligation de travailler. Toutefois, l'employeur ne pourra pas, d'emblée, conclure à un abandon de poste (art. 337d CO)²²³ ou procéder au licenciement immédiat (art. 337 CO) pour absence

²¹⁷ CARRUZZO, CO, *ad* art. 324a, p. 200 N 6 ; SUBILIA/DUC, p. 260 N 120 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *ad* art. 324a et b, p. 419 N 12 ; WYLER/HEINZER, p. 227 ; TF 8C_619/2014 du 13 avril 2015, c. 3.2.1.

²¹⁸ Cf. toutefois l'art. 36 al. 3 LTr ou 28 al. 5 LACI.

²¹⁹ En ce sens, cf. par exemple TF 8C_619/2014 du 13 avril 2015, c. 3.2.1 ; TF 4A_289/2010 du 27 juillet 2010, c. 3.2 ; TF 4A_227/2009 du 28 juillet 2009, c. 3.1.3 ; TF 1C_64/2008 du 14 avril 2008, c. 3.4. Nous reviendrons plus loin sur la nature et la valeur probante du certificat médical.

²²⁰ TF 4C.359/2006 du 12 janvier 2007, c. 6 ; TF 4C.346/2004 du 15 février 2005, c. 5.1.

²²¹ DUNAND, *ad* art. 321a, p. 57 N 13 ; GLOOR, DTA, p. 165 ; SCHÖNENBERGER, p. 65 ; JAR 2008 p. 376.

²²² TAF A-73/2014 du 14 juillet 2014.

²²³ TF 4C.339/2006 du 21 décembre 2006, c. 2.1 et 6 ; TF 4A_337/2013 du 12 novembre 2013 ; TF 4A_711/2016 du 21 avril 2017 ; TAF 4-224/2016 du 6 avril 2017 ; CAPH/29/2014 du 24 février 2014, c. 3. Rappelons que l'abandon de poste doit être conscient, intentionnel et définitif, le travailleur n'entendant pas poursuivre l'exécution du travail ; WYLER/HEINZER, pp. 613-614.

injustifiée. Il doit²²⁴ préalablement inviter le travailleur à reprendre le travail, à justifier son absence, ou à produire un certificat médical, et faire précéder le licenciement immédiat d'un avertissement, à moins que cela s'avère d'emblée inutile. Par ailleurs, sauf en cas d'abus de droit (art. 2 CC), le Tribunal fédéral²²⁵ a retenu que le travailleur ne perd pas la protection de l'art. 336c CO en cas de retard dans l'annonce de son incapacité, considérant que l'intérêt supérieur du travailleur en incapacité à la protection contre le licenciement l'emporte sur la violation du devoir de fidélité commise par le retard de la transmission du certificat médical. Cela nous paraît discutable selon les circonstances.

Si le devoir d'annonce du travailleur est immédiat²²⁶, le délai pour transmettre le certificat médical à son employeur doit être raisonnable. Il dépend des directives de ce dernier concernant les modalités de transmission du certificat médical. Ces directives pourront figurer dans une CCT²²⁷ ou un règlement d'entreprise. Hormis en matière d'accident, où le certificat médical est nécessaire dès le premier jour (art. 45 LAA), c'est usuellement dès le troisième jour d'absence que les employeurs exigent la remise d'un certificat médical, mais rien n'interdit à l'employeur de l'exiger dès le premier jour²²⁸, notamment s'il a des soupçons d'abus ou en cas d'absences répétées. Des auteurs ont proposé²²⁹ – notamment pour des raisons liées à la réduction des coûts – de rallonger la période usuelle durant laquelle la production d'un certificat médical d'arrêt de travail n'est pas nécessaire. Compte tenu des conséquences importantes du certificat médical et des risques d'abus, une telle prolongation ne nous paraît pas souhaitable.

²²⁴ TF 4A_521/2016 du 1^{er} décembre 2016 ; TF 4A_215/2011 du 2 novembre 2011, c. 3.3 ; TF 4A_140/2009 du 12 mai 2009, c. 5.2 ; TF 4C_339/2006 du 21 décembre 2006, c. 2.1 ; TAF A-6805/2015 du 2 mai 2016, c. 4.1.2 et 5.2.3.2 ; GLOOR, CO, *ad art.* 337, pp. 746-747 N 29 et *ad art.* 337d, pp. 802-803 N 9 ; GUYOT UNGER & AL., pp. 627, 633 et 640-641 ; WYLER/HEINZER, pp. 586, 587 et 684-686.

²²⁵ TF 4C.346/2004 du 15 février 2005, c. 5 ; AUBRY-GIRARDIN, *ad art.* 336c, pp. 720-721, N 27.

²²⁶ Contrairement à la femme enceinte, qui n'a pas d'obligation d'annonce immédiate de sa grossesse ; ATF 135 III 349 c. 2 et 3 ; DUNAND, *ad art.* 321a, p. 57 N 13.

²²⁷ Certaines CCT ne prévoient pas d'obligation systématique de produire un certificat médical, mais seulement en cas de demande du supérieur. Sur l'obligation de production du certificat, cf. par exemple TF 8C_838/2009 du 17 février 2010. Dans l'arrêt 4A_427/2014 du 2 décembre 2014, c. 4.2, le TF, considérant que l'employeur avait renoncé à demander l'avis d'un médecin de confiance et qu'il n'y avait aucune autre preuve faisant douter de l'existence de l'incapacité, l'a admise, même si le certificat médical avait été remis à l'employeur plus d'un mois après le début de l'incapacité, alors que la CCNT prévoyait un délai de remise du certificat d'une semaine.

²²⁸ CARRUZZO, CO *ad art.* 324a, p. 201 N 6 ; FAVRE & AL., *ad art.* 324a, p. 126 ; WYLER/HEINZER, p. 227.

²²⁹ BOLLAG & AL. p. 344. Il ressort de l'étude de ces derniers que 53% des certificats délivrés l'ont été pour une absence inférieure à 7 jours. On relève que ces auteurs ne paraissent pas avoir pris en compte les conséquences juridiques du certificat médical.

Si le travailleur ne remplit pas son obligation de remise du certificat selon les modalités prévues par l'employeur, il s'expose à un licenciement²³⁰. Une résiliation immédiate ne saurait en principe pas être admise pour ce seul motif, mais l'indemnité de l'art. 337c al. 3 CO pourrait être refusée²³¹. Une résiliation immédiate pourra se justifier si, de manière répétée et malgré un avertissement, le travailleur persiste à ne pas transmettre de certificat médical lorsqu'il est en incapacité de travail²³². L'employeur pourra réduire le salaire en cas d'absences injustifiées, « *au prorata du temps manqué* »²³³ (art. 82 CO).

2. Quelques situations problématiques

Il se pose fréquemment la question de la protection contre les congés lorsque l'atteinte à la santé est insignifiante. En principe, l'employé est protégé contre les congés même lors d'une courte période d'incapacité²³⁴, y compris durant les jours fériés²³⁵. L'objectif de l'art. 336c al. 1 CO est de tenir compte du fait que l'engagement par un autre employeur à la fin du délai de congé ordinaire paraît hautement invraisemblable en raison de l'incertitude quant à la durée et au degré de l'incapacité de travail²³⁶. Cet objectif est respecté en cas d'atteinte à la santé du travailleur insignifiante²³⁷ « *au point de ne pas affecter sa faculté d'occuper son poste de travail ou un nouvel emploi, de sorte que ni la durée du délai de résiliation ni l'engagement par un nouvel employeur à son issue ne sont affectés par cette minime atteinte à la santé* »²³⁸. WYLER et HEINZER²³⁹ citent une angine ou un mal de tête passager. Le travailleur ne pourra alors pas invoquer la protection de l'art. 336c CO.

Une autre situation problématique est celle du travailleur qui se rend tout de même au travail alors qu'il bénéficie d'un certificat médical attestant son incapacité de travail (situation se distinguant du cas où le travailleur ignore qu'il est malade²⁴⁰). Certains auteurs

²³⁰ TF 8C_838/2009 du 17 février 2010, c. 4.

²³¹ TF 4C.359/2006 du 12 janvier 2007, c. 6.

²³² TF 4A_521/2016 du 1^{er} décembre 2016 ; TF 4C.391/2002 du 12 mars 2003, c. 3.3 ; TAF A-6805/2015 du 2 mai 2016, c. 4.1.2 et 5.2.3.2 ; GLOOR, CO, *ad art.* 337, pp. 746-747 N 29.

²³³ GLOOR, CO, *ad art.* 337, p. 747 N 29.

²³⁴ ATF 115 V 437, c. 3d.

²³⁵ TF 4D_6/2009 du 7 avril 2009, c. 3 (critiqué par CARRUZZO, CO, p. 552 et par SUBILIA/DUC, p. 590).

²³⁶ ATF 128 III 212, c. 2c ; TF 4A_227/2009 du 28 juillet 2009, c. 3.2 ; Message CF du 8 mai 1988, FF 1984 II 628.

²³⁷ TF 4A_227/2009 du 28 juillet 2009, c. 3.2 ; TF 2A.116/2005 du 12 mai 2005, c. 4.1 ; ATF 128 III 212, c. 2c ; TF 4C_331/1998 du 12 mars 1999, c. 2a ; JAR 2014 p. 503 ; CAPH/38/2016 du 23 février 2016 ; AUBRY-GIRARDIN, *ad art.* 336c, p. 720, N. 6 ; CARRUZZO, CO, pp. 550-552.

²³⁸ WYLER/HEINZER, p. 685. Cf. aussi CARRUZZO, CO, pp. 550-552.

²³⁹ WYLER/HEINZER, p. 685.

²⁴⁰ Cette ignorance ne l'empêche pas de bénéficier de la protection de l'art. 336c al. 1 let. b CO. Un certificat rétroactif est alors admis, en particulier lors de maladies graves, telle qu'une leucémie ou un

considèrent²⁴¹ que ce qui est déterminant, c'est que l'incapacité de travail soit attestée par un certificat médical, de sorte que le travailleur peut s'en prévaloir même s'il continue à travailler. D'autres²⁴² sont d'avis que, sauf circonstances particulières, l'employé renonce alors à la protection contre les congés de par son comportement. Nous rejoignons cette position. Ce qui est déterminant, c'est de savoir si la personne est réellement en incapacité de travail. Si elle a pu travailler, c'est logiquement qu'elle n'était pas incapable de travailler. Le travailleur viole en outre son devoir de fidélité et de diligence en agissant de la sorte pour se réserver d'invoquer ultérieurement une incapacité. Il y a alors en tout cas un doute sur la véracité du certificat, l'employé ayant été capable d'exécuter son travail et ayant eu la volonté de l'accomplir²⁴³. Une telle situation pourrait pour le moins permettre de démontrer que l'atteinte à la santé était insignifiante²⁴⁴. L'employé qui est malade et qui continue à travailler encourt en outre le risque d'être sanctionné (par exemple par l'assurance). Et l'employeur à qui est remis un certificat médical attestant une incapacité de travail doit inviter l'employé à rentrer chez lui, afin d'éviter de se voir reprocher une violation de son obligation de préserver la santé du travailleur.

Si un employé travaille auprès d'un autre employeur, alors qu'il prétend être en incapacité de travail totale, il viole son obligation de sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur (art. 321a al. 1 CO). Un licenciement immédiat pourrait être prononcé pour ce motif, en raison de la rupture des liens de confiance²⁴⁵.

De même, lorsque le travailleur n'informe pas son employeur qu'il a retrouvé totalement ou partiellement sa capacité de travail et ne retourne pas travailler, il viole son devoir de fidélité. Selon les circonstances, il pourrait s'agir d'un motif justifiant un licenciement immédiat, dès lors que l'employé a voulu induire en erreur l'employeur²⁴⁶.

Il en va de même de la remise d'un faux certificat médical par le travailleur, qui a eu l'intention de tromper l'employeur. Sous l'angle pénal, il s'agira d'un usage de faux, qui

trouble du comportement d'origine organique provenant par exemple d'une tumeur, dont le travailleur ignorait être atteint au moment du congé ; TF 4C.413/2004 du 10 mars 2005, c. 2.2 ; ATF 128 III 212, c. 2c ; AUBRY-GIRARDIN, *ad art.* 336c, pp. 720-721, N 27. WYLER/HEINZER, p. 684, précisent à juste titre que cela doit être restreint aux cas d'incapacités organiques.

²⁴¹ Par exemple AUBRY-GIRARDIN, *ad art.* 336c, p. 720, note en bas de page n° 53.

²⁴² Par exemple CARRUZZO, CO, p. 550, qui précise que l'employeur doit pouvoir se fier au comportement du travailleur ; DIETSCHY, p. 316 N 667 ; GUYOT UNGER & AL., p. 561 ; ROSSEL, p. 345. SUBILIA/DUC, *ad art.* 336c, pp. 589-590, N 23, relèvent que la protection de l'art. 336c CO découle de l'incapacité de travail et non de l'atteinte à la santé ; cf. également WYLER/HEINZER, pp. 685-686.

²⁴³ DIETSCHY, pp. 316-317 N 667 et les références citées.

²⁴⁴ *Ibidem* ; TF 4A_227/2009 du 28 juillet 2009, c. 3.2 ; CARRUZZO, CO, *ad art.* 336c N 8 ; SUBILIA/DUC, *ad art.* 336c, N 23 ; WYLER/HEINZER, p. 685.

²⁴⁵ JAR 1999 p. 289 ; GUYOT UNGER & AL., p. 627.

²⁴⁶ TF 4A_276/2014, 4A_282/2014 du 25 février 2015, c. 2.5 ; JAR 2001 p. 313.

tombe sous le coup de l'art. 251 ch. 1 al. 3 CP²⁴⁷ qui punit quiconque a fait usage d'un titre faux pour tromper autrui. Selon les circonstances, la résiliation immédiate pour ce motif peut être admise²⁴⁸ dans des situations où il apparaît que l'incapacité de travail attestée par un certificat médical n'empêche pas l'employé de travailler, le comportement illicite du travailleur entraînant une rupture du lien de confiance²⁴⁹. Toutefois, un simple doute de l'employeur ou des soupçons ne suffisent pas²⁵⁰ pour justifier un tel licenciement. En revanche, le travailleur peut avoir un juste motif de résiliation immédiate lorsque l'employeur l'accuse à tort et de manière injurieuse et méprisante d'avoir remis un certificat de complaisance²⁵¹.

Il résulte également de l'obligation de fidélité et de diligence du travailleur qu'il doit agir de façon à retrouver sa capacité de travail au plus tôt et non retarder sa guérison, par exemple en pratiquant durant une incapacité totale de travail une activité physique pouvant porter atteinte au processus de guérison²⁵².

Relevons enfin la question – qui se pose souvent dans la fonction publique où l'employeur public doit strictement respecter le droit d'être entendu – de savoir si le fait d'être au bénéfice d'un certificat d'arrêt de travail empêche le collaborateur d'être entendu. Tel n'est a priori pas le cas, « *car ne pas être en état de travailler n'équivaut pas à ne pas pouvoir s'exprimer par écrit ou par oral* »²⁵³. Il peut arriver toutefois que l'état de santé du travailleur l'empêche d'exercer effectivement son droit d'être entendu²⁵⁴. STEFFEN affirme que l'employé devra alors produire un certificat médical²⁵⁵.

3. La transmission du certificat médical à l'assureur

Tant l'employeur que le travailleur doivent informer les assurances²⁵⁶, qui seront amenées à servir des prestations. Les exigences à cet égard dépendront du type d'assurance qui versera les prestations.

²⁴⁷ DUPUIS & AL, *ad art.* 318 CP, p. 1997 N 11.

²⁴⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *ad art.* 324a, p. 428 N 12 ; WYLER/HEINZER, pp. 232-233.

²⁴⁹ TF 4A_276/2014 et 4A_282/2014 du 25 février 2015, c. 2.5 ; JAR 2001 313 ; JAR 1999 289.

²⁵⁰ JAR 1998 p. 217. Sur les congés fondés sur un soupçon, cf. TF 4A_694/2015 du 4 mai 2016.

²⁵¹ WYLER/HEINZER, p. 590 ; JAR 2000 169.

²⁵² TAF A-73/2014 du 14 juillet 2014 : le collaborateur avait pratiqué la chasse à 3 reprises durant son incapacité totale de travailler ; le juste motif de résiliation n'a toutefois pas été retenu par le TAF.

²⁵³ STEFFEN, pp. 63-64.

²⁵⁴ TF 8C_339/2013 du 24 avril 2014, c. 6.3.

²⁵⁵ STEFFEN, p. 64, qui précise que si le collaborateur est assisté, son droit d'être entendu peut s'exercer par l'intermédiaire de son mandataire.

²⁵⁶ Cf. art. 45 LAA, 53 OLAA, 38-39 LCA ; 28 LPGA. Sur le droit de l'employeur de transmettre à l'office AI le certificat médical en cas de détection précoce, cf. art. 3b al. 1 *in fine* LAL.

Le médecin du travailleur a aussi certaines obligations concernant la transmission d'informations au médecin-conseil de l'assureur²⁵⁷. Il doit fournir à ce dernier les indications dont il a besoin pour remplir sa tâche. S'agissant de données sensibles et soumises au secret professionnel, les informations nécessaires doivent être transmises au médecin-consultant de l'assureur privé d'indemnités journalières ou au médecin-conseil de la caisse-maladie²⁵⁸. Les médecins-conseils eux-mêmes ne doivent transmettre que les informations nécessaires, dans le respect des droits de la personnalité des assurés²⁵⁹.

C. Droits du travailleur en résultant

S'il satisfait aux exigences en matière de preuve de son incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident, le travailleur bénéficiera de divers droits qui sont le pendant des conséquences juridiques du certificat médical d'arrêt de travail. L'employeur devra respecter toutes les obligations légales découlant de l'incapacité de travail non fautive d'un employé, que l'incapacité soit totale ou partielle²⁶⁰. Ainsi²⁶¹, le travailleur ne pourra notamment pas être sanctionné par l'employeur pour son absence au travail, quand celui-ci invoquerait un abandon d'emploi (art. 337d CO) ou un motif de licenciement immédiat (art. 337 CO). Le travailleur bénéficiera au surplus de la protection contre les congés en temps inopportun de l'art. 336c al. 1 let. b et al. 2 CO. Il aura droit à son salaire aux conditions et dans les limites de l'art. 324a CO.

²⁵⁷ Art. 57 al. 6 LAMAL ; ASSM/FMH, pp. 103, 107 et 113 ss ; GUILLOD/KÖNIG, pp. 356 ss ; MANAI pp. 150 ss.

²⁵⁸ ASSM/FMH, pp. 112-113 ; ATF 143 IV 209.

²⁵⁹ Art. 57 al. 7 LAMAL ; ASSM/FMH, pp. 113-114.

²⁶⁰ AUBRY-GIRARDIN, *ad* art. 336c, p. 720 N 26.

²⁶¹ Cf. les droits, déjà mentionnés ci-dessus, du travailleur qui arrive à établir que son employeur est responsable de son atteinte à la santé et de son empêchement de travailler : il pourra invoquer le caractère abusif du licenciement (art. 336 CO ; TF 4A_2/2014 du 19 février 2014) ; selon les circonstances, le travailleur pourra avoir un juste motif de licenciement immédiat (art. 337 CO) ; selon la gravité du cas, il pourra suspendre sa prestation de travail tout en conservant son salaire en raison de la demeure de l'employeur (art. 82 et art. 324 CO). Le travailleur pourra également réclamer des dommages-intérêts à son employeur (art. 97 al. 1 et 328 al. 2 CO) et une indemnité pour tort moral (art. 99 al. 3 et 49 CO) ; DUNAND, *ad* art. 328, pp. 296-297 N 72 ss.

VII. Contestation du certificat médical

A. Éléments suscitant des doutes sur l'exactitude du certificat médical

Il arrive que le certificat médical transmis par le travailleur suscite des doutes quant à son exactitude, au vu de son contenu (formel ou matériel²⁶²), des circonstances entourant sa délivrance ou de son auteur. Les éléments suscitant des doutes, – pour la plupart tirés de la jurisprudence²⁶³ et de la doctrine²⁶⁴ –, sont notamment les suivants :

- des certificats médicaux incomplets, imprécis²⁶⁵, illisibles, incohérents ou en contradiction avec les déclarations de l'employé²⁶⁶ ;
- des certificats médicaux contradictoires²⁶⁷ ; c'est notamment le cas lorsque les conclusions du médecin sur la capacité de travail ne sont pas les mêmes selon le destinataire du certificat médical²⁶⁸ (soit par exemple dans le certificat établi respectivement pour l'employeur, la caisse de chômage, l'assurance perte de gain ou l'assurance-invalidité) ;

²⁶² Tel sera le cas si les exigences décrites ci-dessus en matière d'établissement du certificat médical n'ont pas été respectées ou s'il manque des éléments devant être mentionnés dans le certificat.

²⁶³ Cf. de manière générale l'arrêt TF 1C_64/2008 du 14 avril 2008, c. 3.4 ; les décisions citées par FAVRE & AL., *ad art.* 324a, N 1.14 à 1.19 ; et les décisions citées ci-dessous.

²⁶⁴ Par exemple CARRUZZO, CO, pp. 200 ss et 548 ss, et Force ; DIETSCHY, pp. 313 ss ; GLOOR, Secret, pp. 2-3 ; GUYOT UNGER & AL, p. 201 ; RUDOLPH, pp. 864 ss et 912 ss ; SCHÖNENBERGER, pp. 109 ss ; STENGEL, pp. 198 ss ; STREIFF/VONKAENEL/RUDOLPH, *ad art.* 324a et b, pp. 420 ss ; SUBILIA, RSPC, pp. 414 ss, en particulier 425 ss ; SUBILIA/DUC, pp. 590 ss ; WYLER/HEINZER, p. 228 ; ZINSLI, pp. 37 ss.

²⁶⁵ Par exemple lorsque le certificat indique une incapacité de travail de durée indéterminée.

²⁶⁶ TF 4P.101/2005 du 9 juin 2005 ; TF 4A_276/2014 du 25 février 2015 ; CAPH/89/2013 du 2 octobre 2013, c. 3.

²⁶⁷ TF 4A_276/2014, 4A_282/2014 du 25 février 2015, c. 2.5 ; TF 1C_64/2008 du 14 avril 2008, c. 3.4 ; TF 4A_227/2009 du 28 juillet 2009 ; TF 4C.156/2005 du 28 septembre 2005 ; TF 6B_152/2007 du 13 mai 2008.

²⁶⁸ ASSM/FMH, p. 110 ; CARUZZO, Force.

- un certificat médical rétroactif sur une trop longue période²⁶⁹, ou attestant de symptômes remontant à plusieurs mois²⁷⁰, ou dont la remise est trop tardive (étant précisé que l'appréciation se fera selon l'ensemble des circonstances)²⁷¹ ;
- un certificat médical basé uniquement sur les déclarations du travailleur, notamment en cas d'atteintes psychiques²⁷², fréquent lors de conflits interpersonnels ; et lorsqu'il s'agit d'un certificat « à géométrie variable »²⁷³ ;
- lorsque le certificat contient des observations de nature juridique et non médicale²⁷⁴ ;
- un certificat délivré par téléphone, sans que le médecin ait vu ou connaisse le patient²⁷⁵ ;
- la chronologie des faits²⁷⁶, par exemple le certificat délivré juste après un licenciement ou alors que l'employé s'attend à recevoir un licenciement ; la jurisprudence a admis que le congé n'est pas nul lorsque le travailleur se procure un certificat médical juste après avoir reçu son congé et alors qu'il ne paraissait pas malade²⁷⁷.
- des absences régulières et répétées à certaines dates²⁷⁸ (par exemple avant ou après le week-end, juste avant ou après des jours fériés, avant ou après des périodes de vacances

²⁶⁹ Cf. ci-dessus nos développements sur le certificat rétroactif ; DIETSCHY, pp. 314-316 ; DUCOR, 2015 ; MÜLLER, p. 172 ; SCHÖNENBERGER, pp. 116-117 ; SUBILIA, CMV, p. 6 ; SUBILIA, RSPC, pp. 425-426 ; SUBILIA/DUC, p. 591 ; WYLER/HEINZER, pp. 228-229 et 684-685 ; ZINSLI, p. 39 ; TF 4A_227/2009 du 28 juillet 2009 ; TF 4A_276/2014 et 4A_282/2014 du 25 février 2015, c. 2.5 ; TAF A-6410/2014 du 1^{er} septembre 2015, c. 4.3.4.2 et 4.3.4.3 ; TAF A-6805/2015 du 2 mai 2016, c. 5.2.3.2 ; JAR 2008 376, c. 3.4 ; JAR 1999 269, c. 3.4.

²⁷⁰ TF 1C_64/2008 du 14 avril 2008, c. 3.4 ; DUCOR, 2015, pp. 2 et 3 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *ad art.* 324a, p. 420 N 12 ; WYLER/HEINZER, p. 228.

²⁷¹ TF 4A_427/2014 du 2 décembre 2014, c. 4.2.

²⁷² TF 8C_663/2014 du 10 juillet 2015, c. 6.2.2 ; TF 4A_276/2014, 4A_282/2014 du 25 février 2015, c. 2.5 ; TF 4A_427/2014 du 2 décembre 2014, c. 4.2 ; TAF A-6410/2014 du 1^{er} septembre 2015, c. 4.3.4.2 et 4.3.4.3 ; TF 4A_325/2008 du 6 octobre 2008, c. 2.1 ; TF 4A_245/2009 du 6 avril 2010, c. 4.2 ; CAPH/89/2013 du 2 octobre 2013, c. 3 ; CAPH/29/2014 du 24 février 2014, c. 4.1.5 ; LONGCHAMP, *ad art.* 324a, p. 223, N 49 ; SUBILIA, RSPC, pp. 427-428 ; SUBILIA/DUC, pp. 318-321 et 593-594.

²⁷³ Cf. ci-dessus nos développements sur le certificat médical à « géométrie variable » ; CARRUZZO, *Force*, p. 3 ; IST, pp. 48-49 ; RUDOLPH/VON KAENEL pp. 361 ss ; SUBILIA, RSPC, pp. 427-428 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *ad art.* 336c, p. 1083 N 8 ; WYLER/HEINZER, pp. 685-686.

²⁷⁴ TF 4A_252/2011 du 22 août 2011, c. 4.3 ; TF 8C_663/2014 du 10 juillet 2015, c. 6.2.2.

²⁷⁵ DIETSCHY, p. 310 N 655 ; IST, p. 10 et 14 ; GUINCHARD ; MAZOURI-KARKER & AL., p. 1743 ; SSMC, p. 5 ; SUBILIA, CMV, p. 9 ; SUBILIA, RSPC, p. 415 ; ZINSLI, pp. 34 et 38.

²⁷⁶ TF 1C_64/2008 du 14 avril 2008, c. 3.4 ; TF 4A_276/2014, 4A_282/2014 du 25 février 2015, c. 2.5 ; TAF A-6410/2014 du 1^{er} septembre 2015, c. 4.3.4.3 ; SUBILIA, RSPC, p. 428.

²⁷⁷ TF 4A_89/2011 du 27 avril 2011, c. 3.

²⁷⁸ CARRUZZO, *CO*, *ad art.* 324a, p. 201 N 6 ; DIETSCHY, p. 314 ; WYLER/HEINZER, p. 228 et les références citées ; ZINSLI, p. 40.

scolaires) ; ou lorsque la maladie est invoquée juste après le refus de l'employeur d'accorder des vacances à une certaine date²⁷⁹ ;

- le comportement et les activités de l'employé, incompatibles avec une incapacité de travail ; l'exemple généralement donné²⁸⁰ est celui du travailleur en arrêt de travail en raison de douleurs au genou et qui répare un toit ; aujourd'hui, les publications de l'employé sur les réseaux sociaux (Facebook, Instagram, etc.) permettent parfois de constater des comportements du travailleur incompatibles avec l'incapacité de travail attestée par un certificat médical ; lorsque le travailleur renonce à se prévaloir de son certificat médical et qu'il revient travailler²⁸¹, tout comme lorsque le travailleur est surpris en train de travailler ailleurs²⁸² ;
- les certificats délivrés successivement par divers médecins, avec des spécialités différentes, le travailleur pratiquant alors probablement du « doc shopping »²⁸³ ;
- le fait que le certificat médical ne soit pas délivré par un médecin de la spécialité concernée par l'affection dont se plaint le travailleur n'est pas en soi une preuve de l'inexactitude du certificat médical²⁸⁴, mais peut susciter des doutes selon l'affection en cause ; en cas d'avis contradictoires de médecins se prononçant sur l'état de santé d'un travailleur, celui du spécialiste devrait prévaloir²⁸⁵ ; compte tenu des abus potentiellement plus importants pour les atteintes psychiques, il convient de se montrer plus prudent en la matière²⁸⁶, et un certificat émanant d'un psychiatre pourra être exigé²⁸⁷ ;
- lorsque le certificat médical est délivré par une permanence ou un médecin connu pour délivrer des certificats de complaisance²⁸⁸ ;

²⁷⁹ TF 1C_64/2008 du 14 avril 2008, c. 3.4.

²⁸⁰ TF 1C_64/2008 du 14 avril 2008, c. 3.4 ; TF 4A_289/2010 du 27 juillet 2010 ; CAPH/29/2014 du 24 février 2014, c. 4.1.4 ; JAR 1997 132 ; CARRUZZO, CO, *ad art.* 324a, p. 200 ; WYLER/HEINZER, p. 228.

²⁸¹ DIETSCHY, p. 316 ; WYLER/HEINZER, pp. 684-685. Il en va de même lorsque le travailleur est capable d'exercer d'autres activités ; CAPH/89/2013 du 2 octobre 2013, c. 3.

²⁸² JAR 2001 p. 313.

²⁸³ SCHÖNENBERGER, p. 113. Ou du « *tourisme médical* » ; JAR 2008 p. 376, c. 3.2.

²⁸⁴ TF 4P.254/2005 du 21 décembre 2005, c. 4.2.

²⁸⁵ DIETSCHY, p. 317 ; SUBILIA, RSPC, p. 427.

²⁸⁶ DIETSCHY, p. 317 ; DUCOR, 2015, p. 3 ; RUDOLPH, p. 864 ; SUBILIA, RSPC, p. 427 ; WYLER/HEINZER, p. 684.

²⁸⁷ Cf. en droit de la famille TF 5A_239/2017 du 14 septembre 2017.

²⁸⁸ TF 1C_64/2008 du 14 avril 2008, c. 3.4 ; CARRUZZO, CO, *ad art.* 324a, p. 200 ; DIETSCHY, p. 314 ; WYLER/HEINZER, p. 228.

- le certificat médical établi à l'étranger devra être examiné avec prudence compte tenu des risques d'abus²⁸⁹, même s'il n'est pas en tant que tel dénué de valeur probante ;
- l'ampleur des conséquences du certificat médical²⁹⁰.

B. Obligations de l'employeur qui conteste le certificat médical

Il est généralement retenu²⁹¹ qu'il doit exister des raisons sérieuses de douter de l'exactitude du certificat médical pour que l'employeur soit en droit de faire vérifier l'incapacité de travail. Selon nous²⁹², dès lors que le travailleur supporte le fardeau de la preuve de son incapacité de travail (art. 8 CC), que le certificat médical est, comme nous le verrons, un moyen de preuve comme un autre, et compte tenu des importantes conséquences du certificat médical, des motifs objectifs suffisent pour que l'employeur puisse exiger de l'employé de se soumettre à un examen médical de contrôle²⁹³.

L'employeur qui remet en cause un certificat médical doit immédiatement en informer l'employé et il est en droit d'exiger que le travailleur se soumette à un examen médical de contrôle auprès du médecin-conseil de l'entreprise ou d'un médecin de confiance externe choisi par l'employeur. Celui-ci peut aussi exiger un tel examen de contrôle lorsque le travailleur ne vient pas travailler en invoquant une maladie, mais sans fournir de certificat médical²⁹⁴. Conformément à son obligation de diligence (art. 321a CO), l'employé a en principe l'obligation de se soumettre à cet examen médical et ne pourra pas invoquer la violation de sa personnalité de ce fait²⁹⁵. Cette obligation de l'employé existe même si l'employeur ne s'était pas réservé d'y recourir (dans le contrat ou un règlement d'entreprise)²⁹⁶. Il faut réserver les cas d'abus²⁹⁷, où l'employeur imposerait sans motif à l'employé un examen médical de contrôle par pure chicane, notamment lorsque la maladie est manifeste. Le médecin qui contrôle l'incapacité de travail devra agir en toute

²⁸⁹ DIETSCHY, p. 317 ; SCHÖNENBERGER, pp. 122-123 ; ZINSLI, pp. 43-44.

²⁹⁰ DUCOR, 2015, p. 3.

²⁹¹ En ce sens, cf. par exemple BRUNNER & AL, *ad* art. 324a, pp. 110-111 N 3 ; CARRUZZO, CO, *ad* art. 324a, p. 200 N 6 ; DUCOR, 2014 ; PERRENOUD, Protection, p. 797 ; WYLER/HEINZER, p. 227 ; TF 1C_64/2008 du 14 avril 2008, c. 3.4 ; CAPH/29/2014 du 24 février 2014, c. 4.

²⁹² Du même avis, DIETSCHY, p. 311 ; SCHÖNENBERGER, p. 196 ; SUBILIA, RSPC, p. 423.

²⁹³ Et, selon le contenu (formel et matériel) du certificat médical, les circonstances entourant sa délivrance et le comportement du travailleur, ce contrôle peut même ne pas être nécessaire.

²⁹⁴ GLOOR, Secret, p. 4.

²⁹⁵ TF 4P.101/2005 du 9 juin 2005 ; ATF 125 III 70 ; TF 8C_373/2010 du 3 août 2010, c. 6 et 7. ; DUNAND *ad* art. 328b, pp. 335 ss, N 61 ss, en particulier 67 ; MEIER, pp. 721-722 N 2228.

²⁹⁶ WYLER/HEINZER, p. 229 et les références citées.

²⁹⁷ CARRUZZO, CO, p. 201.

indépendance et dans le respect du secret médical. Il ne pourra transmettre que les informations nécessaires, sans que l'employeur puisse exiger la communication d'autres données²⁹⁸. Les frais de cet examen seront à la charge de l'employeur. Ce contrôle se fera fréquemment par le biais du médecin-conseil de l'assureur perte de gain, qui prendra généralement contact²⁹⁹ avec l'auteur du certificat médical, afin d'obtenir des précisions sur les éléments attestés dans le certificat et l'état de santé du travailleur. Celui-ci devra avoir préalablement délié son médecin du secret professionnel. S'il refuse, il s'agira d'un « *aveu du caractère non sérieux du certificat produit* »³⁰⁰. Il en va en principe de même du refus de se soumettre à l'examen de contrôle, le travailleur acceptant ainsi que soit déniée toute valeur probante au certificat médical qu'il a produit³⁰¹, et, partant, renonçant à se prévaloir de l'incapacité de travail³⁰².

Le recours à cet examen médical de contrôle semble être considéré par certains auteurs³⁰³ comme étant une exigence indispensable que doit respecter l'employeur qui conteste l'exactitude d'un certificat médical. Or, dès lors qu'il n'y a aucun fondement légal permettant de rattacher une présomption d'exactitude au certificat médical, exiger de l'employeur qui doute de son exactitude de recourir systématiquement à un examen de contrôle nous paraît excessif. Cela revient à exiger de l'employeur de démontrer l'inexactitude du certificat médical, ce qui conduit à un renversement du fardeau de la preuve, qui ne se justifie nullement, comme l'a judicieusement exposé SUBILIA³⁰⁴.

De plus, il arrive que le certificat médical lui-même – de par ses carences formelles ou matérielles³⁰⁵ – ou les circonstances entourant sa délivrance, ainsi que le comportement du travailleur³⁰⁶, suffisent à eux seuls à démontrer l'inexactitude du certificat médical, sans qu'un examen médical de contrôle soit nécessaire. Pour une petite entreprise, qui ne dispose pas de médecin-conseil, et pour laquelle trouver un médecin de confiance et mettre

²⁹⁸ Sur le contrôle par le médecin-conseil qui vérifie l'incapacité de travail, cf. GLOOR, *L'incapacité*, p. 4 ; et *Secret*, pp. 3-4 ; MARTIN-ACHARD/HOCHMANN FAVRE, pp. 195 ss ; MÜLLER, pp. 170 ss ; STENGEL, pp. 165 ss ; WYLER/HEINZER, p. 230 ; ATF 143 IV 209 et cf. le Manuel SSMC (voir note 78).

²⁹⁹ Rappelons l'obligation de collaboration entre confrères prévue à l'art. 24 Code de déontologie FMH.

³⁰⁰ WYLER/HEINZER, p. 229. MEIER, p. 722, N 228, affirme que « *la remise d'un certificat d'incapacité est constitutive d'un consentement tacite à ce que le médecin en confirme le contenu* ».

³⁰¹ GLOOR, *L'incapacité*, pp. 3-4 et les références citées.

³⁰² SUBILIA/DUC, *ad art.* 324a, p. 269 N 142 ; TF 8C_760/2012 du 4 septembre 2013, c. 3.

³⁰³ Par exemple BRUNNER & AL, pp. 110-111, N 3 ; GLOOR, 2015, p. 171. Cf. aussi TF 4A_427/2014 du 2 décembre 2014, c. 4.2.1.

³⁰⁴ SUBILIA, *RSCP*, pp. 419 ss.

³⁰⁵ Sur les carences formelles et matérielles du certificat médical, cf. SCHÖNENBERGER, pp. 114 ss ; STENGEL, pp. 198 ss. Cf. aussi nos développements ci-dessus sur les exigences que doit respecter le certificat médical d'une part, et les éléments suscitant des doutes sur son exactitude d'autre part.

³⁰⁶ SCHÖNENBERGER, pp. 109 ss.

en œuvre le contrôle de l'incapacité de travail implique des frais et des démarches, l'obligation de recourir systématiquement à un examen médical de contrôle peut s'avérer compliqué et coûteux, et ne se justifie pas toujours. Il est en outre difficile pour l'employeur de remettre d'emblée en cause le certificat d'arrêt de travail, dès lors que celui-ci ne comporte en principe et à juste titre aucun détail concernant l'état de santé de l'employé, se contentant d'attester de son incapacité de travail. Il arrive également que l'examen de contrôle intervienne trop tardivement pour permettre à un médecin-conseil de se prononcer valablement³⁰⁷. Précisons que tant l'employeur que le travailleur peuvent recourir à une procédure de preuve à futur (art. 158 CPC)³⁰⁸, qui pourra s'avérer utile selon les circonstances. Compte tenu de sa lourdeur, cette démarche sera toutefois vraisemblablement peu utilisée.

S'il s'avère que le travailleur s'est faussement prétendu en incapacité de travail ou qu'il n'a pu prouver son empêchement non fautif de travailler³⁰⁹, l'employeur n'est pas tenu de verser le salaire si l'employé n'est pas venu travailler durant la période en cause. S'il a déjà payé, l'employeur peut lui réclamer le remboursement des montants payés, l'employé ayant obtenu ce paiement de manière fautive. Il a ainsi engagé sa responsabilité contractuelle et délictuelle. Si le travailleur était de bonne foi, s'étant fié par exemple à l'avis de son médecin traitant, l'employeur fondera sa prétention sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO)³¹⁰.

VIII. Nature, force probante et production en justice

A. Nature du certificat médical

Sur le plan pénal, le certificat médical est un titre (art. 110 al. 4 CP). Cas particulier de faux intellectuel dans les titres³¹¹, l'art. 318 CP sanctionne l'infraction de faux certificat médical et « protège la foi accordée dans le domaine juridique aux certificats médicaux

³⁰⁷ WYLER/HEINZER, p. 230.

³⁰⁸ WYLER/HEINZER, p. 230 ; SUBILIA, RSPC, p. 429.

³⁰⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, p. 428 N 12 ; WYLER/HEINZER, p. 232 ; ZINSLI, p. 47.

³¹⁰ WYLER/HEINZER, p. 232 et les références citées, qui rappellent que le travailleur pourra toutefois invoquer qu'il n'est plus enrichi lors de la répétition (art. 64 CO).

³¹¹ DUPUIS & AL., *ad* art. 318, p. 1995 N 2.

en tant que moyens de preuve »³¹². La notion de titre du droit pénal diffère de celle de titre civil³¹³, où la finalité probatoire n'est pas requise³¹⁴.

En procédure civile, les titres sont des documents tels que des « *écrits propres à prouver des faits pertinents* » (art. 177 CPC)³¹⁵. On distingue le titre authentique (au sens de l'art. 9 CC) du titre sous seing privé. L'exactitude du titre authentique est présumée (art. 179 CPC), ce qui signifie que c'est son inexactitude qui doit être prouvée. En ce qui concerne les actes sous seing privé, certains incorporent un acte juridique (par exemple un contrat, une reconnaissance de dette, etc.), alors que d'autres sont des titres probatoires, « *qui ne font que révéler ce qu'une personne connaît d'une chose* »³¹⁶. Leur exactitude n'est pas présumée. Il en résulte que le certificat médical doit être qualifié de titre³¹⁷ – probatoire – sous seing privé.

De par sa définition même et au vu des éléments relevés ci-dessus quant à sa nature, il convient de reconnaître au certificat médical sa qualité de titre. Il entre en effet clairement dans le cadre des écrits visés par l'art. 177 CPC³¹⁸, comme l'atteste d'ailleurs le fait que la loi elle-même mentionne expressément le certificat médical comme moyen de preuve (cf. art. 36 al. 3 LTr, 64 al. 2 OLT1, 28 al. 5 LACI). S'agissant d'un titre probatoire sous seing privé, l'exactitude du certificat médical ne saurait être présumée. Une telle présomption n'a aucun fondement juridique. La question à résoudre est celle de la valeur probante de ce titre, preuve soumise à la libre appréciation des preuves par le juge (art. 157 CPC).

³¹² *Ibidem*, p. 1995, N 1.

³¹³ HOHL, p. 287 N 1724.

³¹⁴ Message CF du 28 juin 2006 relatif au Code de procédure civile suisse (FF 2006 6841, en particulier p. 6931), qui précise que pour un titre civil, l'adéquation à démontrer l'existence d'un fait suffit.

³¹⁵ HOHL, N 1723 1587.

³¹⁶ HOHL, p. 287 N 1730.

³¹⁷ DIETSCHY, p. 309 ; SCHÖNENBERGER, p. 85 ; SUBILIA, RSPC, p. 418, conclut que « *le certificat médical est au mieux un titre non authentique, parfois même une déclaration dépourvue de portée propre* » ; cf. aussi SUBILIA/DUC, *ad* art. 324a, p. 263 N 129.

³¹⁸ Sur les moyens de preuve visés par l'art. 177 CPC, cf. BINDER/GUTZWILLER, pp. 172-173 ; TREZZINI/BOHNET, p. 368.

B. Valeur probante du certificat médical et sa portée en procédure

Comme le souligne la doctrine³¹⁹ et comme le reconnaît depuis longtemps la jurisprudence³²⁰, le certificat médical ne constitue pas un moyen de preuve absolu. Compte tenu des conséquences importantes rattachées à ce document, il convient de se montrer particulièrement exigeant lorsqu'il s'agit d'apprécier le certificat médical attestant une incapacité de travail comme moyen de preuve. Les exigences en matière de répartition du fardeau de la preuve doivent tout d'abord être respectées, ainsi que l'art. 152 CPC. Rappelons qu'il découle de l'art. 8 CC qu'il incombe au travailleur de prouver son empêchement non fautif de travailler. En outre, « *la partie qui ne supporte pas le fardeau de la preuve a le droit d'exiger qu'un fait ne soit retenu que s'il est vraiment prouvé* »³²¹.

S'agissant d'un simple titre probatoire sous seing privé, rien ne justifie³²² de doter le certificat médical d'une présomption d'exactitude, comme ce serait le cas pour un titre authentique (art. 179 CPC)³²³. De plus, l'approche particulière de l'auteur du certificat médical lors de son établissement, liée notamment à la compréhension qu'il a de son rôle, de sa position particulière vis-à-vis de son patient et de leurs liens de confiance³²⁴, justifie d'autant plus de refuser de doter le certificat médical d'une présomption d'exactitude. Cette position particulière du médecin pourrait même plaider pour la solution inverse, comme le retient la jurisprudence dans d'autres domaines du droit³²⁵. Le Tribunal fédéral³²⁶

³¹⁹ Par exemple CARRUZZO, CO, *ad* art. 324a, pp. 200 ss, N 6 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, p. 420 ; SUBILIA, RSPC, p. 419 ; SUBILIA/DUC, p. 266 ; WYLER/HEINZER, p. 227.

³²⁰ Par exemple TF 8C_619/2014 du 13 avril 2015, c. 3.2.1 ; TF 4A_289/2010 du 27 juillet 2010, c. 3.2 ; TF 4A_227/2009 du 28 juillet 2009, c. 3.1.3 ; TF 1C_64/2008 du 14 avril 2008, c. 3.4 et 4 ; TF C.346/2004 du 15 février 2005, c. 4.1.

³²¹ HOHL, N 1870. Selon la jurisprudence portant sur l'art. 8 CC, la partie qui n'a pas la charge de la preuve a le droit d'apporter une contre-preuve ; et pour que celle-ci aboutisse, « *il suffit que la preuve principale soit ébranlée* » (ATF 133 III 81). « *La contre-preuve est couronnée de succès si elle affaiblit la preuve principale* » (ATF 120 III 393).

³²² En ce sens, cf. par exemple SCHÖNENBERGER, p. 414 ; SUBILIA, RSPC, p. 414 ; DIETSCHY, pp. 310-311.

³²³ Étant précisé que, comme l'a confirmé l'ATF 143 III 453, l'art. 178 CPC concerne l'authenticité du titre en tant que tel, et non les énonciations qu'il contient. Cf. aussi SCHWEIZER, *ad* art. 178 CPC, N 6.

³²⁴ SSMC, p. 11.

³²⁵ Par exemple TF 4A_243/2017 du 30 juin 2017, c. 3.1.3 ; TF 5A_239/2017 du 14 septembre 2017, c. 2.4 ; TF 4A_571/2016 du 23 mars 2017, c. 4.2 ; ATF 125 V 351 ; et les références citées par SUBILIA, RSPC, p. 421.

³²⁶ TF 4A_243/2017 du 30 juin 2017, c. 3.1.3 (en droit des assurances) : « *Von der Partei eingereichte Arztzeugnisse, fachärztliche Berichte und dergleichen gelten beweisrechtlich betrachtet als blosser Privatgutachten, die als Bestandteil der Parteivorbringen und nicht als eigentliche Beweismittel anzusehen sind* ».

a ainsi retenu que les certificats et les rapports médicaux produits par une partie³²⁷ sont similaires, sous l'angle du droit à la preuve, à de simples expertises privées, soit des allégués des parties³²⁸ ne constituant pas des moyens de preuve proprement dits.

On ne saurait dès lors considérer en droit du travail, comme le font certains auteurs³²⁹, que le certificat médical est doté d'une présomption d'exactitude, laquelle découlerait du fait que ce document est émis dans le cadre de professions réglementées, par des professionnels agissant dans l'exercice de leur art et soumis à des exigences légales et déontologiques. Cette « qualité » spécifique de l'auteur du certificat médical n'est pas reconnue par le CPC, et le fait que « *le médecin est réputé mieux cerner une pathologie qu'un juge* »³³⁰ ne suffit pas non plus à fonder une telle présomption d'exactitude du certificat médical.

Le fait qu'il existe une infraction pénale de faux certificat médical (art. 318 CP) n'y change rien. L'existence d'une sanction – même de nature pénale – n'est pas suffisante pour doter un titre d'une présomption d'exactitude. Une sanction ne suffit d'ailleurs pas à empêcher la violation d'une norme. De plus, le juge civil n'est pas lié par l'établissement des faits par le juge pénal (art. 53 CO). Comme l'a retenu le Tribunal fédéral dans un arrêt du 25 février 2015³³¹, le fait qu'un médecin soit acquitté sur le plan pénal – d'autant plus au bénéfice du doute – n'est pas déterminant. En matière civile, « *la partie qui a le fardeau de la preuve doit fournir des éléments emportant la conviction du juge* ». Notre Haute Cour a considéré que, contrairement à ce qui prévaut en droit pénal (où le doute doit conduire à l'acquittement), le juge civil ne peut tenir pour prouvé l'état maladif conduisant à l'incapacité de travail du fait « *que des experts médicaux jugent possible, voire probable, un état dépressif attesté trois ans auparavant par leur confrère* ». Le juge civil doit avoir la conviction de l'incapacité de travail. À défaut, l'employé doit supporter l'échec de la preuve. Précisons encore qu'on ne peut attendre de l'employeur – confronté régulièrement à des certificats médicaux qui soulèvent des questions et alors qu'il ne connaît même pas le détail de la maladie – qu'il dépose systématiquement une plainte pénale contre l'auteur du certificat médical lorsqu'il a des motifs objectifs de douter de son exactitude, d'autant plus que le droit pénal obéit à des règles spécifiques, dont le principe « *in dubio pro reo* ».

³²⁷ ATF 141 III 433 (4A_178/2015 du 11 septembre 2015), SJ 2016 162. Remarque : le fait de ne pas reconnaître la qualité de titre à l'expertise privée nous paraît discutable ; cf. dans ce sens l'analyse de TREZZINI/BOHNET, pp. 367 ss ; BINDER/GUTZWILLER, pp. 171 ss.

³²⁸ Cf. KÄLIN, pp. 337-338 ; MÜLLER, p. 169.

³²⁹ Par exemple BRUNNER & AL, *ad art.* 324a, pp. 110-111 N 3 ; CARRUZZO, CO, *ad art.* 324a, p. 200 N 6 ; DUCOR, 2014 ; PERRENOUD, Protection, p. 797 ; WYLER/HEINZER, pp. 227-228 ; ZINSLI, p. 34 et 36 ; JAR 2008 p. 376, c. 3.1 et 3.2.

³³⁰ CAPH 29/2014 du 24 février 2014, c. 4.1.3 ; TF 1C_64/2008 du 14 avril 2008, c. 3.4.

³³¹ TF 4A_276/2014, 4A_282/2014 du 25 février 2015, c. 2.5.

L'arrêt précité illustre l'évolution de la jurisprudence en la matière³³². Cette évolution ressort d'autres décisions récentes en droit du travail³³³, qui retiennent que le certificat médical s'apparente, en tant que moyen de preuve, à une allégation de partie (« *Parteibehauptung* »), qualifiée de simple « *Anscheinsbeweis* » (preuve *prima facie*), sa production faisant naître seulement un commencement de preuve, sans avoir pour effet d'entraîner un renversement du fardeau de la preuve.

Compte tenu des éléments qui précèdent, le certificat médical ne peut constituer une preuve suffisante seulement aussi longtemps que l'employeur ne le conteste pas, ou qu'un autre élément du dossier³³⁴ – ou émanant du contenu du certificat médical lui-même³³⁵ – ne le contredit pas. Ainsi, compte tenu de sa nature, la force probante du certificat médical dépendra de l'appréciation du juge en vertu de l'art. 157 CPC³³⁶. Le tribunal devra établir sa conviction par une libre appréciation des preuves offertes, en fonction des circonstances concrètes, sans qu'il existe une hiérarchie légale entre les moyens de preuve en procédure civile³³⁷.

En cas de doute sur l'exactitude du certificat médical, le juge aura la possibilité offerte, par l'art. 153 CPC³³⁸, de requérir d'office l'audition de l'auteur du certificat médical ou décider de mettre en œuvre une expertise. DIETSCHY³³⁹ préconise la citation d'office de l'auteur du certificat médical et SUBILIA³⁴⁰ la mise en œuvre systématique d'une expertise médicale. À notre sens, il convient de déterminer l'opportunité de l'administration de ces preuves en fonction des circonstances de l'espèce. En effet, il arrive que le simple examen

³³² SUBILIA, CJN, affirme que cet arrêt du 25 février 2015 marque une rupture dans la jurisprudence du TF quant à l'évaluation de la portée d'un certificat médical, et le fait que le TF « ait annulé l'arrêt cantonal pour arbitraire dans l'appréciation des preuves ne lui en donne que davantage de portée ».

³³³ TF 8C_619/2014 du 13 avril 2015, c. 3.2.1 ; TAF A-6410/2014 du 1^{er} septembre 2015, c. 4.3.4.2 ; TAF 4-224/2016 du 6 avril 2017, c. 5.3.3.1. Cf. aussi KÄLIN, p. 338 ; MÜLLER, p. 169.

³³⁴ En ce sens, cf. par exemple DIETSCHY, p. 311 ; SCHÖNENBERGER, p. 196. Il pourra s'agir du comportement et des déclarations du travailleur, de celles de son médecin, ou d'autres médecins ou professionnels de la santé, de témoins, d'autres pièces, etc.

³³⁵ Qui présenterait des carences formelles ou matérielles.

³³⁶ TF 8C_619/2014 du 13 avril 2015, c. 3.2.1 ; TAF A-6410/2014 du 1^{er} septembre 2015, c. 4.3.4.2 et 4.3.4.3.

³³⁷ HOHL, p. 292 N 1771 ; SCHWEIZER, *ad art.* 157 CPC, p. 633 N 19. En droit des assurances sociales, le TF a institué (cf. ATF 125 V 160, c. 1c ; ATF 141 III 433, c. 2.3) une hiérarchie des moyens de preuves critiquée par HOFSTETTER, pp. 30 ss ; GLANZMANN-TARNUTZER, pp. 73 ss.

³³⁸ Cette possibilité pourra être utile en procédure simplifiée (art. 153 al. 1 CPC). Elle paraît plus théorique en procédure ordinaire (art. 153 al. 2 CPC). SCHWEIZER, *ad art.* 153, p. 620 N 13, cite l'exemple du cas où une partie est défaillante.

³³⁹ DIETSCHY, p. 311 : « afin qu'il s'explique d'une part sur les circonstances de la consultation médicale et d'autre part sur les raisons de l'incapacité de travail de l'employé ».

³⁴⁰ SUBILIA, RSPC, p. 428.

de la chronologie des faits, les contradictions ou incohérences contenues dans le certificat médical lui-même ou encore les agissements du travailleur, permettent à eux seuls de considérer qu'il ne faut accorder aucune portée au certificat médical et, partant, qu'il convient de conclure que le travailleur a échoué à apporter la preuve de son incapacité de travail.

C. Distinctions avec d'autres moyens de preuve

1. Avec l'expertise judiciaire

De manière générale, l'expertise est nécessaire lorsque la constatation des faits exige des connaissances spéciales, d'ordre technique³⁴¹. Le certificat médical se distingue de l'expertise judiciaire³⁴² qui, en vertu de l'art. 183 CPC, est mise en œuvre suite à une décision du tribunal, à la demande d'une partie ou d'office, et effectuée par un ou plusieurs experts nommés par ce tribunal (art. 185 CPC). L'expert qui rédigera l'expertise médicale, dont le but est de clarifier l'état de santé d'une personne, agira selon le mandat qui lui est donné par le tribunal et pourra procéder à des investigations personnelles (art. 186 CPC). Les parties peuvent s'exprimer sur les questions soumises à l'expert (art. 185 al. 2 CPC). Le juge doit avoir des motifs sérieux pour s'écarter des conclusions de l'expert et il doit donner les raisons pour lesquelles il s'en écarte³⁴³.

2. Avec l'expertise-arbitrage

Le certificat médical se distingue également de l'expertise-arbitrage au sens de l'art. 189 CPC, par le fait que celle-ci est établi par un expert-arbitre indépendant, choisi par les parties, suite à la conclusion d'une convention par ces dernières. Il s'agit ainsi d'un « *contrat de droit matériel au moyen duquel les parties chargent un tiers de donner son avis sur une question de fait ou sur un point de droit, avis auquel elles déclarent d'avance se soumettre obligatoirement* »³⁴⁴.

³⁴¹ HOHL, p. 295 N 1788.

³⁴² Sur l'expertise médicale ordonnée par le juge, cf. dans cet ouvrage GLOOR/MARTI, *infra* II.B, pp. 144 ss. Cf. aussi HARDING/UMMEL, pp. 191 ss ; HOFSTETTER, pp. 30 ss ; LA HARPE & AL., pp. 379 ss ; SSMC, p. 8-11.

³⁴³ Pour un cas d'application en droit du travail, cf. TF 4A_276/2014, 4A_282/2014 du 25 février 2015, où l'avis médical a été considéré comme dénué de valeur et écarté. Cf. SCHWEIZER, *ad* art. 157, p. 633 N 19.

³⁴⁴ TF 4A_254/2011 du 5 juillet 2011, c. 4.1.

3. Avec l'expertise privée

L'expertise est privée lorsque l'expert est mandaté par les parties. Compte tenu du fait qu'il s'agit d'un document émis par une personne ayant des connaissances techniques spéciales, soit en l'occurrence médicales, doit-on considérer qu'un certificat médical constitue une expertise privée³⁴⁵ ? Des auteurs³⁴⁶ ne semblent pas l'exclure lorsque le médecin est spécialiste dans le domaine en question. Nous avons déjà exposé les raisons nous amenant à qualifier le certificat médical de titre. La doctrine³⁴⁷ considère d'ailleurs que l'expertise privée est bien un titre, même si le Tribunal fédéral³⁴⁸ la qualifie de simple allégation de partie³⁴⁹, notamment du fait qu'il ne s'agit pas d'un moyen de preuve prévu par l'art. 168 al. 1 CPC qui contient un *numerus clausus* des preuves admissibles. Comme le relèvent TREZZINI et BOHNET³⁵⁰ dans leur critique convaincante de l'ATF 141 III 433, l'exclusion de l'expertise privée des moyens de preuve « *ne respecte pas la lettre de la loi et procède d'une confusion entre moyen de preuve et force probante dudit moyen* ». Il se justifie de retenir la qualification de titre, dès lors que l'expertise privée remplit les exigences posées par l'art. 177 CPC. Là également, la question à résoudre est celle de sa force probante. Elle sera soumise à la libre appréciation du juge (art. 157 CPC).

Des auteurs³⁵¹, s'exprimant en matière d'assurances sociales, préconisent d'examiner la valeur probante d'une appréciation médicale « *à la seule aune de sa qualité scientifique intrinsèque, sans qu'il soit tenu compte du statut contractuel de son auteur (médecin traitant, médecin-conseil collaborateur ou mandataire externe)* ». Il nous paraît que l'on ne saurait perdre de vue le lien de confiance particulier liant le patient à son médecin lors de la détermination de la valeur probante des écrits émanant de ce dernier³⁵².

³⁴⁵ TF 4A_243/2017 du 30 juin 2017, c. 3.1.3.

³⁴⁶ DIETSCHY, p. 310 ; SUBILIA, RSPC, p. 417 ; SUBILIA/DUC, *ad art.* 324a CO, p. 261 N 124.

³⁴⁷ BINDER/GUTZWILLER, pp. 171 ss ; DIETSCHY, p. 308 N 654 ; TREZZINI/BOHNET, p. 374.

³⁴⁸ ATF 141 III 433 (TF 4A_178/2015 du 11 septembre 2015), c. 2.5.3, SJ 2016, p. 162.

³⁴⁹ HOHL, p. 298 N 1808, précise qu'« *une allégation de partie n'est pas dénuée de toute valeur, dès lors que la partie adverse doit la contester. Si elle ne le fait pas, les faits contenus dans cette allégation de partie seront non contestés, soit prouvés (art. 150 al. 1 CPC)* ». À ce sujet, cf. TF 4A_373/2015 du 26 janvier 2016, c. 3.4.3.

³⁵⁰ TREZZINI/BOHNET, p. 370, qui ajoutent que le TF « *pose un principe relatif à l'appréciation des preuves, matière régie par l'art. 157 CPC, tout en fondant sa décision sur l'art. 168 CPC* ».

³⁵¹ HOFSTETTER, p. 34. GLANZMANN-TARNUTZER, pp. 73 ss.

³⁵² En ce sens, cf. par exemple SSMC, p. 11 ; SUBILIA, RSPC, p. 421 et les références citées ; ATF 125 V 351 ; TF 4A_571/2016 du 23 mars 2017, c. 4.2 ; TF 4A_243/2017 du 30 juin 2017, c. 3.1.3 ; TF 5A_239/2017 du 14 septembre 2017, c. 2.4.

4. Avec les renseignements écrits

Les renseignements écrits (art. 168 al. 1 let. e CPC), sont régis par l'art. 190 CPC, dont l'alinéa 2 permet au tribunal de les requérir auprès de personnes dont la comparution à titre de témoin ne semble pas nécessaire. À notre sens, les parties devraient aussi pouvoir requérir du juge que ce mode de preuve soit utilisé. Le médecin ayant délivré le certificat médical³⁵³ (qui devra avoir été délié du secret professionnel) pourra émettre de tels renseignements écrits. Cela n'exclut pas son audition ultérieure. Le tribunal appréciera librement la force probante de cet écrit (art. 157 CPC). Là encore, si le médecin se contente de retranscrire les dires de son patient, ces renseignements écrits seront d'une force probante faible, voire nulle.

5. Avec le témoignage-expertise

Précisons encore que l'art. 175 CPC prévoit comme moyen de preuve le témoignage-expertise, qui vise la situation où le témoin possède des connaissances spéciales, de sorte que le tribunal entend également l'interroger « *aux fins d'apprécier les faits de la cause* ». Dans ce cas, le tribunal demande au témoin d'émettre son avis « *sur des questions qui ne peuvent pas forcément être résolues par référence à l'expérience générale de la vie* »³⁵⁴. L'auteur du certificat médical pourra être entendu dans ce cadre. Si les questions posées ne se limitent pas à ce que le témoin-expert a perçu directement de ses sens, les parties doivent pouvoir le récuser. Le témoin expert sera soumis aux exigences de l'art. 184 CPC, sur lesquelles le tribunal doit attirer son attention³⁵⁵.

D. L'audition comme témoin de l'auteur du certificat médical

L'audition comme témoin du médecin (ou autre professionnel de la santé autorisé) ayant délivré le certificat médical sera fréquemment nécessaire. SCHWEIZER³⁵⁶ affirme même que la comparution du médecin sera « *souvent indispensable, ne serait-ce que pour savoir s'il a pris la peine d'ausculter la personne en faveur de laquelle il délivre des certificats d'incapacité de travail* ». Les exigences posées par l'art. 169 CPC devront alors être respectées, soit le fait que le témoignage suppose une perception directe du témoin. Selon

³⁵³ FF 2006 6934 ; SCHWEIZER, *ad art.* 190 CPC, pp. 728-729 N 12 et 19, qui relève toutefois que la comparution du médecin auteur du certificat sera souvent indispensable ; VOUILLOZ, pp. 356-357.

³⁵⁴ SCHWEIZER, *ad art.* 176 CPC, p. 689 N 1.

³⁵⁵ *Ibidem*, N 4.

³⁵⁶ SCHWEIZER, *ad art.* 190 CPC, p. 729 N 19.

la jurisprudence³⁵⁷, les déclarations d'un médecin comme témoin indirect peuvent être suffisantes dans certains domaines où la preuve est difficile à établir, comme en matière de *mobbing* ou de harcèlement sexuel, où un faisceau d'indices peut suffire. Le juge devra apprécier librement la force probante du témoignage du médecin en fonction de toutes les circonstances de l'espèce.

Comme témoin, l'auteur du certificat médical devra répondre conformément à la vérité, faute de quoi il s'expose à des sanctions (art. 171 CPC, 307 CP). En vertu de l'art. 166 al. 1 let. b CPC (cf. art. 171 al. 1 CPP), le médecin a toutefois la possibilité de refuser de témoigner³⁵⁸. DIETSCHY³⁵⁹ préconise que le médecin auteur du certificat soit cité d'office comme témoin par le tribunal (cf. art. 153 CPC), si un élément au dossier permet de douter de la véracité du certificat médical, et afin que l'auteur du certificat médical s'exprime notamment sur les circonstances de la consultation. Cette auteure³⁶⁰ relève également l'aspect « préventif » d'une telle pratique, qui permettrait de prévenir l'établissement d'un certificat de complaisance, non seulement parce que le médecin se saurait menacé par les sanctions pénales de faux certificat médical (art. 318 CP) et de faux témoignage (art. 307 CP³⁶¹), mais aussi parce « *qu'il est souvent plus aisé pour une personne d'être complaisante par écrit que lorsqu'elle se trouve directement confrontée à un tribunal* ». Cela étant, la citation systématique de l'auteur du certificat médical comme témoin n'est pas toujours nécessaire, dès lors que, selon la situation, l'inexactitude du certificat médical résulte déjà de son contenu ou des circonstances de l'espèce. Pour que l'auteur du certificat médical soit entendu, le travailleur³⁶² doit préalablement le délier du secret professionnel, ce qui sera dans son intérêt. Si le travailleur refuse sans motif de lever le secret, cela conduira à conclure qu'il renonce à se prévaloir de l'incapacité de travail³⁶³.

³⁵⁷ Par exemple TF 4A_245/2009 du 6 avril 2010, c. 4.2. Cf. aussi CARRUZZO, CO, *ad* art. 329, p. 293 N 16 ; DIETSCHY, p. 300 N 629, p. 329 N 691 et p. 331 N 693 ; DUNAND, *ad* art. 328, p. 284 N 38 et p. 288 N 49.

³⁵⁸ MANAÍ, p. 158.

³⁵⁹ DIETSCHY, p. 311 N 657.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ Dont la sanction est plus importante que celle prévue à l'art. 318 CP ; SUBILIA, RSPC, p. 423.

³⁶² Il devra obtenir l'autorisation de témoigner de l'autorité compétente s'il est soumis au secret de fonction (art. 320 CP).

³⁶³ DIETSCHY, p. 311 ; SCHÖNENBERGER, p. 112 ; SUBILA/DUC, *ad* art. 324a, p. 269 N 142 ; TF 8C_760/2012 du 4 septembre 2013, c. 3.

IX. Conclusion

Cette étude met en lumière le rôle central du certificat médical dans les relations de travail. Introduire une disposition légale décrivant les exigences de base (cf. les éléments résumés sous ch. V, let. C ci-dessus) qui s'imposent lors de la rédaction de ce document serait souhaitable. Cela clarifierait les attentes légales pour leurs auteurs, ce qui permettrait de réduire les situations problématiques. La mise en place d'un organisme externe, neutre et officiel, auquel les divers acteurs pourraient facilement s'adresser, mentionné par SUBILIA³⁶⁴, est une solution intéressante, qui devrait s'implanter.

La qualité de titre du certificat médical doit être admise, sans le doter d'une présomption d'exactitude. Titre non authentique, ce document est un moyen de preuve dont la force probante dépendra des circonstances de l'espèce et qui devra être apprécié librement par le juge, comme le retiennent des décisions récentes rendues à cet égard en droit du travail.

Aujourd'hui, il n'est toujours pas certain que tous les professionnels délivrant des certificats médicaux aient vraiment conscience de la réelle portée juridique et socio-économique des certificats médicaux qu'ils émettent. Refuser de rattacher une présomption d'exactitude au certificat médical d'arrêt de travail ne signifie nullement se méfier de la profession médicale dans son ensemble, c'est simplement prendre acte d'une réalité découlant de cette « non-miscibilité » inéluctable des approches et du rôle quasi-« schizophrénique » du médecin. Celui-ci est tiraillé entre, d'une part, des exigences déontologiques contradictoires, le devoir de croire à la parole de son patient et de le prendre en charge globalement, et d'autre part, son obligation de respecter toutes les exigences légales en la matière. De leur côté, les employeurs, les assureurs et les juristes devraient mieux comprendre le rôle de l'auteur du certificat médical et les difficultés auxquelles il est confronté lors de sa rédaction.

Des efforts considérables ont été réalisés ces dernières années, notamment par le biais de publications et de formations³⁶⁵. Il y a lieu de les poursuivre, en privilégiant les outils pluridisciplinaires³⁶⁶. Seule une constante information de tous les acteurs concernés sur les exigences légales et déontologiques, et sur les importantes conséquences à divers égards du certificat médical, paraît constituer³⁶⁷ le « tensioactif » permettant de « solubiliser » les approches. Une information complète, – non seulement des médecins et autres professionnels de la santé, des juristes et des assureurs –, mais aussi des autres acteurs en

³⁶⁴ SUBILIA, RSPC, pp. 428-429, propose d'y recourir systématiquement, ce qui nous paraît excessif.

³⁶⁵ La SIM propose une formation en appréciation de la capacité de travail. Des présentations/ateliers ont aussi lieu régulièrement par exemple au CHUV ou aux HUG.

³⁶⁶ Cette pluridisciplinarité ressort par exemple du contenu du guide de l'IST, bien documenté à la fois sous l'angle médical et juridique, ce qui accroît son utilité et facilite son application pratique.

³⁶⁷ En ce sens, cf. par exemple MARTIN, p. 848.

lien avec les travailleurs (par exemple les caisses de chômage, ORP, syndicats) est également nécessaire, de même qu'une sensibilisation du patient travailleur lui-même.

X. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

- ANGELOZZI ROBERT, Certificat médical à géométrie variable, *Entreprise romande*, 27 avril 2017.
- ASSM/FMH (ACADÉMIE SUISSE DES SCIENCES MÉDICALES/FÉDÉRATION DES MÉDECINS SUISSES), Bases juridiques pour le quotidien du médecin, Un guide pratique, 2^e édition, Berne 2013 (cité : ASSM/FMH).
- AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Commentaire de l'art. 336c CO, *in* : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013.
- BINDER ANDREAS/GUTZWILLER ROMAN S., Das Privatgutachten : eine Urkunde gemäss art. 177 ZPO, *in* : ZZZ 2013 pp. 171 ss.
- BOLLAG UELI, Arbeitsunfähigkeit bescheinigen : für den Arzt keine einfache Aufgabe, *in* : SZS/RSAS 51/2007, pp. 538 ss.
- BOLLAG UELI/RAJESWARAN ANAND/RUFFIEUX CHRISTIANE/BURNAND BERNARD, Sickness certification in primary care – the physician's role, *in* : Swiss Medical Weekly 2007 ;137, pp. 341 ss (cité : BOLLAG & AL.).
- BRUNNER CHRISTIANE/BÜHLER JEAN-MICHEL/WAEBER JEAN-BERNARD/BRUCHEZ CHRISTIAN, *Commentaire du contrat de travail*, 3^e édition, Lausanne 2004 (cité : BRUNNER & AL.).
- BURKHARDT SANDRA/NIVEAU GÉRARD/LA HARPE ROMANO/DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS/UMMEL MARINETTE, Secret professionnel : généralités, *in* : Romano La Harpe/Marinette Ummel/Jean-François Dumoulin (édit.), *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg 2014, pp. 327 ss (cité : BURKHARDT & AL.).
- CAPUS NADJA/KUHN ANDRÉ, Les aspects pénaux des faux certificats dans les relations de travail, *in* : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), *Les certificats dans les relations de travail*, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 192 ss.
- CARRON VINCENT, *Mobbing* et demeure de l'employeur, *in* : Rémy Wyler (édit.), *Panorama en droit du travail*, Recueil d'études réalisées par des praticiens, Berne 2009, pp. 115 ss.
- CARRUZZO PHILIPPE, Force probante et incidences du certificat médical, *in* : HRToday du 7 avril 2016 (cité : Force).
- CARRUZZO PHILIPPE, Le contrat individuel de travail, *Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations*, Zurich/Bâle/Genève 2009 (cité : CO).
- CEROTTINI ÉRIC, Commentaire de l'art. 329a CO, *in* : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013, pp. 367 ss.
- CMV (COURRIER DU MÉDECIN VAUDOIS), *Revue de la Société Vaudoise de Médecine*, Lausanne, Dossier « *Le certificat médical sous la loupe* » dans le numéro du 8 décembre 2002 (cité : CMV 8/2002) ; et le dossier « *Certificat d'arrêt de travail - Quand le droit s'invite dans la consultation* » dans le numéro de février 2015 (cité : CMV Fév. 2015).

- CORBOZ BERNARD, Les infractions en droit suisse, vol. II, Berne 2010.
- DARIOLI ROGER, Incapacité de travail et certificat médical, et Rappel du contenu du certificat médical d'arrêt de travail, *in* : Courrier du médecin vaudois (CMV), Société Vaudoise de Médecine (édit.), 8 décembre 2002, pp. 2 ss.
- DEDEYSTÈRE POBELOV CAROLINE/STIEFEL FRIEDRICH/MICHAUD LAURENT, « S'il vous plaît docteur, mettez-moi en arrêt ! », Certificats médicaux pour raisons psychologiques, *in* : Revue Médicale Suisse, 13 février 2013, pp. 360 ss (cité : DEDEYSTÈRE POBELOV & AL.).
- DIETSCHY PATRICIA, Les conflits de travail en procédure civile suisse, Bâle 2011.
- DUBOIS ISABELLE, Protection des données dans le domaine de la santé, *in* : Romano La Harpe/Marinette Ummel/Jean-François Dumoulin (édit.), Droit de la santé et médecine légale, Chêne-Bourg 2014, pp. 361 ss.
- DUCOR PHILIPPE, Certificat médical d'incapacité de travail de durée indéterminée ou de longue durée ?, La lettre de l'AMG du 10 juin 2016 (cité : 2016).
- DUCOR PHILIPPE, Certificat médical d'incapacité de travail lorsque l'incapacité varie selon l'occupation (certificat « à géométrie variable »), La lettre de l'AMG du 7 mars 2014 (cité : 2014).
- DUCOR PHILIPPE, Certificat médical d'incapacité de travail rétroactif : possible ? La lettre de l'AMG 2015 du 11 décembre 2015 (cité : 2015).
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, Commentaire des art. 321a, 328 et 328b CO, *in* : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.
- DUPONT ANNE-SYLVIE, Incapacité de travail et incapacité de gain : la fin du mélange des genres ?, *in* : REAS 2013 pp. 124 ss.
- DUPUIS MICHEL/MOREILLON LAURENT/PIGUET CHRISTOPHE/BERGER SÉVERINE/MAZOU MIRIAM/RODIGARI VIRGINIE, Code pénal, Petit commentaire, 2^e édition, Bâle 2017 (cité : DUPUIS & AL.).
- FAVRE CHRISTIAN/MUNOZ CHARLES/TOBLER ROLF A., Le contrat de travail, Code annoté, Lausanne 2010 (cité : FAVRE & AL.).
- FLUECKIGER CHRISTIAN, Principes généraux de la protection des données et communications transfrontières dans le cadre des relations de travail, *in* : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), La protection des données dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2017, pp. 1 ss.
- GEISER THOMAS, Arztzeugnisse zur Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit, Zwischen Informationsbedürfnissen und Datenschutz, *in* : Wolfgang Wiegang/Thomas Koller/Hans Peter Walter, Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Berne 2009, pp. 205 ss.
- GLANZMANN-TARNUTZER LUCREZIA, Der Beweiswert medizinischer Erhebungen im Zivil-, Straf- und Sozialversicherungsprozess, AJP 2005 pp. 73 ss.
- GLOOR WERNER, Commentaire des art. 337 et 337d CO, *in* : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013 (cité : CO).
- GLOOR WERNER, Le secret professionnel du médecin-conseil de l'employeur ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_1199/2016, Newsletter DroitDuTravail.ch, juin 2017 (cité : Secret).
- GLOOR WERNER, Licenciement immédiat et incapacité de travail due à la maladie, *in* : DTA 2014 pp. 153 ss (cité : DTA).

- GLOOR WERNER, L'incapacité de travail « à géométrie variable », *in* : Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (édit.), *Regards croisés sur le droit du travail : Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert, Genève/Zurich/Bâle 2015, pp. 163 ss (cité : 2015).
- GLOOR WERNER, L'incapacité de travail limitée à la place de travail. La relativisation de la protection contre le congé donné en temps inopportun (art. 336c al. 1 let. b CO) ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_391/2016, Newsletter DroitDuTravail.ch, février 2017 (cité : L'incapacité).
- GLOOR WERNER/MARTI URSULA, Les expertises médicales ordonnées par le juge civil et le juge administratif dans les relations de travail, *in* : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éd.), *Les certificats dans les relations de travail*, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 144 ss.
- GUILLOD OLIVIER/KÖNIG DAMIAN, Secret professionnel et assurances, *in* : Romano La Harpe/Marinette Ummel/Jean-François Dumoulin (édit.), *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg 2014, pp. 351 ss.
- GUINCHARD JEAN-MARC, Le certificat médical d'arrêt de travail, *in* : *Revue médicale suisse (CAT)*, 2005-30, p. 1828.
- GUYOT UNGER OLIVIA/ANGELOZZI ROBERT/JACCARD JULIETTE/ORDOLLI GENEVIÈVE/ROBINSON LARISSA/ZAPPELLA ROXANE, Le droit du travail au quotidien, *in* : SAJEC-FER, Genève 2016 (cité : GUYOT UNGER & AL.).
- HARDING TIMOTHY W./UMMEL MARINETTE, Le certificat médical, ses pièges et ce qui le différencie d'une expertise, *in* : Dominique Bertrand/Timothy W. Harding/Romano La Harpe/Marinette Ummel (édit.), *Médecin et droit médical, Présentation et résolution de situations médico-légales*, 2^e édit., Chêne-Bourg 2003, pp. 191 ss.
- HIRSIG-VOUILLOZ MADELEINE, La responsabilité du médecin, Aspects de droit civil, pénal et administratif, Berne/Genève 2017.
- HOFSTETTER GILLES-ANTOINE, L'expertise médicale en droit des assurances sociales : un état des lieux, *Plaidoyer* 6/2013, pp. 33 ss.
- HOHL FABIENNE, Procédure civile, tome 1, 2^e édition, Berne 2016.
- IST (INSTITUT UNIVERSITAIRE ROMAND DE SANTÉ AU TRAVAIL), *sur mandat du Service de protection des travailleurs et des relations du travail du canton du Valais (ICT-VS)*, Incapacité ou inaptitude au travail, Guide à l'attention des médecins, avril 2016 (brochure disponible sur « www.vs.ch/incapacite-au-travail », site consulté le 7 janvier 2018), (cité : IST).
- JUNOD PERRON NOËLLE/GASPOZ JEAN-MICHEL, Le certificat médical : au carrefour de la médecine, des demandes du patient, du droit et de la société, *in* : *Revue médicale suisse* du 24 septembre 2014, p. 1739.
- KÄLIN OLIVER, Das Arzzeugnis als Beweismittel bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, *in* : *ZZZ* 2006 pp. 335 ss.
- KEDZIA SARAH & AL., Sickness certification in primary care : a survey on views and practices among Swiss physicians, *in* : *Swiss Medical Weekly*, 2015;145:w14201.
- LA HARPE ROMANO/HORISBERGER BEAT/HARDING TIMOTHY W./UMMEL MARINETTE, Acte médical requis par une autorité, constat médical et certificat médical, *in* : Romano La Harpe/Marinette Ummel/Jean-François Dumoulin (édit.), *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg 2014, pp. 379 ss (cité : LA HARPE & AL.).
- LONGCHAMP GUY, Commentaire de l'art. 324a CO, *in* : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013.

- MANAÏ DOMINIQUE, *Droits du patient face à la biomédecine*, 2^e édition, Berne 2013.
- MARGAIRAZ CHRISTIANE, *Le certificat médical d'arrêt de travail*, *in* : Romano La Harpe/Marinette Ummel/Jean-François Dumoulin (édit.), *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg 2014, pp. 389 ss.
- MARTIN JEAN, *La tension empathie-responsabilité sociale dans la pratique médicale*, *in* : *Bulletin des médecins suisses* 2014 ; 95:21, p. 848.
- MARTIN-ACHARD PIERRE/HOCHMANN FAVRE MARC, *Médecin-conseil et médecin du travail*, *in* : Romano La Harpe/Marinette Ummel/Jean-François Dumoulin (édit.), *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg 2014, pp. 195 ss.
- MAZOURI-KARKER SANAE/ZEUKENG ELIANE/DELLA SANTA PASCALE, *Certificat médical d'arrêt de travail et certificat médical de bonne santé : règles et usages*, *in* : *Revue Médicale Suisse*, 24 septembre 2014, pp. 1742 ss (cité : MAZOURI-KARKER & AL.).
- MEIER PHILIPPE, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne 2011.
- MEYER BARBARA, *Arztzeugnisse im Fokus der Praxis, Grösstmögliche Sorgfalt seitens des Arztes nötig*, *in* : *Der Schweizer Treuhänder* 5/2015, pp. 359 ss.
- MÜLLER ROLAND, *Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten*, *in* : *PJA* 2010 pp. 167 ss.
- OTT RUDOLF/FELLMANN THOMAS, *L'établissement des certificats d'incapacité de travail*, *in* : *Primary and Hospital Care*, 2017 ; 17(22), pp. 434 ss.
- PERRENOUD JEAN, *Le certificat médical au regard de l'art. 318 CP, Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_152/2007 du 13 mai 2008*, *in* : *Jusletter* du 10 novembre 2008 (également paru dans la *Revue suisse de droit de la santé* 12/2009 pp. 99 ss), (cité : JEAN PERRENOUD).
- PERRENOUD STÉPHANIE, *La protection de la maternité, Étude de droit suisse, international et européen*, Berne 2015 (cité : Protection).
- PERRENOUD STÉPHANIE, *Durées de travail et discrimination*, *in* : *PJA* 2017 pp. 657 ss (cité : PJA).
- REHBINDER MANFRED, *Die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung*, *Festschrift für Oscar Vogel, Beiträge zum Schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht*, Fribourg 1991, pp. 183 ss.
- ROSSEL JEAN-EMMANUEL, *Le secret médical et le certificat d'arrêt de travail*, *in* : *RSAS* 1992 pp. 243 ss (part. 1) et pp. 328 ss (part. 2).
- RUDOLPH ROGER, *Arbeitsunfähigkeitszeugnisse : Ärzte zunehmend im Fokus der Justiz*, *in* : *Bulletin des médecins suisses* 2010 ; 91:22 et 23, pp. 864 ss (Teil 1) et pp. 912 ss (Teil 2).
- RUDOLPH ROGER/VON KAENEL ADRIAN, *Arbeitsplatzbezogene, Arbeitsunfähigkeit. Eine rechtliche Auslegeordnung zu einem um sich greifenden Phänomen*, *RSJ* 2010 pp. 361 ss.
- SAVIOZ NICOLE CHRISTINE, *L'employeur et l'assureur face à l'incapacité à géométrie variable*, *in* : Rémy Wyler (édit.), *Panorama III en droit du travail, Recueil d'études réalisées par des praticiens*, Berne 2017, pp. 241 ss.
- SCHÖNENBERGER CHRISTOPH PATRICK, *Das Erschleichen der Lohnfortzahlung unter Berufung auf Krankheit*, Berne 2001.
- SCHWEIZER PHILIPPE, *Commentaire des art. 153, 157, 176, 177, 178 et 190 CPC*, *in* : François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/Philippe Schweizer/Denis Tappy (édit.), *Code de procédure civile commenté*, Bâle 2011.

- SECO (SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE), Loi sur le travail : Commentaire de la loi et des ordonnances 1 et 2.
- SECO (SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE), Guide sur l'examen médical d'aptitude avant ou pendant la formation professionnelle initiale (12 juin 2017) ; guide pour les médecins traitants des femmes enceintes (21 septembre 2017) ; certificat médical pour la femme enceinte ou la mère qui allaite (2 août 2016) ; guide sur le travail de nuit ou en équipes ; Abrégé des mesures préventives d'ordre médical (24 février 2016), (textes disponibles sur www.seco.admin.ch, rubrique « Informations à l'intention des médecins », p. « <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/gesundheitschutz-am-arbeitsplatz/Informationen-fuer-Aerztinnen-und-Aerzte.html> » consultée le 7 janvier 2018).
- SIM (SWISS INSURANCE MEDICINE), COMMUNAUTÉ D'INTÉRÊTS SUISSE DE LA MÉDECINE DES ASSURANCES, Incapacité de travail : Lignes directrices pour l'évaluation de l'incapacité de travail par suite d'accident ou de maladie, 4^e édition, 2013 (cité : SIM).
- SSMC (SOCIÉTÉ SUISSE DES MÉDECINS-CONSEILS ET MÉDECINS D'ASSURANCE), Manuel, Chapitre 11, Incapacité de travail, certificat médical et expertise 3^e édition, mai 2009 (cité : SSMC) ; la version électronique du Manuel de la SSMC (juin 2016), par BEAT GRÜNDLER, est accessible sur le site de la SSMC, www.medecins-conseils.ch, p. « www.medecins-conseils.ch/manual/4 », (site consulté le 7 janvier 2018).
- STEFFEN GABRIELLE, Le droit d'être entendu du collaborateur de la fonction publique : juste une question de procédure ?, *in* : RJN 2005 pp. 49 ss.
- STENGEL MANUEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Zurich/St Gall 2014.
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu art. 319-362 OR, 7^e édition, Zurich/Bâle/Genève 2012.
- SUBILIA OLIVIER, Évaluation d'un certificat médical. Jugement pénal, *in* : CJN, publié le 14 juin 2016 (cité : CJN).
- SUBILIA OLIVIER, Le certificat médical : un instrument juridique, *in* : Courrier du médecin vaudois (CMV), Société Vaudoise de Médecine (édit.), février 2015, pp. 6 ss (cité : CMV).
- SUBILIA OLIVIER, Le juge civil face à l'incapacité de travail ou le pêcheur sans filet. Le certificat médical (de complaisance) à l'épreuve de la procédure civile, RSPC 2007, pp. 413 ss (cité : RSPC).
- SUBILIA OLIVIER/DUC JEAN-LOUIS, Droit du travail, Éléments de droit suisse, Lausanne 2010.
- TREZZINI FRANCESCO/BOHNET FRANÇOIS, L'expertise privée selon l'ATF 141 III 433 - Une preuve imparfaite issue d'un concept imparfait, *in* : RDS 2017 pp. 367 ss.
- VANNOTTI MARCO, Comment certifier une incertitude digne de confiance ? Courrier du médecin vaudois (CMV), Société Vaudoise de Médecine (édit.), février 2015, pp. 4-5.
- VOUILLOZ FRANÇOIS, Le témoignage écrit, *in* : RVJ 2016 pp. 343 ss.
- WITZ CLAUDE, Le certificat médical, Point de vue du médecin traitant et du médecin d'entreprise, 28 avril 2005, OCIRT, pp. 15 ss.
- WYLER RÉMY, Commentaire de l'art. 36 LTr, *in* : Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (édit.), Loi sur le travail, Berne 2005 (cité : LTr).
- WYLER RÉMY, Incapacité de travail, certificat d'incapacité de travail et assurances, *in* : Schweizerische Zeitschrift für « Sportmedizin und Sporttraumatologie » 57 (1), 12-14, 2009, pp. 12 ss (cité : Incapacité).

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 3^e édition, Berne 2014.

ZINSLI MATHIAS JÖRG, Krankheit im Arbeitsverhältnis, thèse, Zurich 1992.

SECONDE PARTIE

Questions spécifiques

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

Sommaire	Page
I. Introduction	142
II. Partie générale	143
A. Expertise médicale	143
1. Définition	143
2. Expertise médicale privée et expertise médicale ordonnée par le juge	144
B. Expertise médicale ordonnée par le juge	144
1. D'office ou sur requête	144
2. Rôle et mission de l'expert médical	146
a) Constater des faits ou indices, déterminer les causalités (naturelles)	146
b) Répondre aux questions posées	147
c) Parvenir à une conclusion	147
d) Ne pas dire le droit	148
3. Portée probante du rapport de l'expert médical	149
a) Principe de la libre appréciation par le juge	149
b) Limites à ce pouvoir	149
C. Expertise médicale dans <i>les relations de travail</i>	150
1. Finalité principale : établissement de l'incapacité de travail	150
2. Finalités corollaires : faciliter, entre autres :	150
a) Le retour en emploi de l'employé	150
b) L'adaptation de la place ou de l'environnement de travail	151
c) L'application, par le juge, du droit matériel (prestations et protections légales ou contractuelles)	151
III. Partie spéciale	152
A. Dans les litiges de relations de travail soumis au droit privé	152
1. L'expertise judiciaire médicale dans le système des preuves admises (art. 183 CPC)	152
a) Par rapport à l'expertise médicale privée (Parteigutachten)	152
b) Par rapport à l'expertise médicale faite par une autre autorité (Fremdgutachten)	153
c) Par rapport aux titres (certificats et rapports médicaux)	154
d) Par rapport aux enquêtes non médicales, internes ou externes.	154

* Je remercie Madame Roswitha Petry, Docteure en droit, titulaire du brevet d'avocat, greffière au Tribunal fédéral, pour son précieux soutien à cette contribution.

2. Domaines et matières justifiant le recours à une expertise médicale	155
a) Art. 324a et b CO (droit au salaire en cas d'empêchement pour cause de maladie, accident, maternité)	155
b) Art. 336c al. 1 CO (protection contre le congé en cas de maladie, accident, maternité)	156
c) Art. 328 al. 1 CO (protection contre les atteintes à la santé physique et psychique)	157
d) Autres cas	159
3. Aspects procéduraux	160
a) L'expertise médicale en procédure ordinaire/simplifiée	160
b) L'expertise médicale en procédure sommaire	160
c) L'expertise médicale et la preuve à futur	161
d) Droits des parties	162
B. Dans les litiges de rapports de travail soumis au droit public	163
1. Expertise médicale ordonnée par le juge	163
a) Bases légales	163
b) Domaines et matières justifiant le recours à une expertise médicale	164
c) Expertise médicale ordonnée d'office ou sur requête	165
d) Audition du médecin par le juge	166
e) Droit du juge de s'écarter des preuves administrées ?	167
f) Pertinence pratique pour le juge d'ordonner une expertise médicale	169
2. Rôle du médecin-conseil	172
a) Bases légales cantonales	172
b) Fonction et statut du médecin-conseil	174
3. Appréciation juridique de l'avis du médecin-conseil	175
a) Avis du médecin-conseil : une expertise administrative ?	175
b) Avis divergents entre le médecin-conseil et le médecin traitant	176
c) Avis divergents entre le médecin-conseil et l'assurance invalidité	177
IV. Conclusion	177
V. Bibliographie	178

I. Introduction

L'expertise est une mesure d'instruction nécessitant des investigations complexes que le juge confie, en vertu de son pouvoir, à un ou plusieurs spécialistes pour qu'ils l'informent, en vue de la solution du litige, sur des questions purement techniques excédant sa compétence et ses connaissances¹.

¹ MOUSSA, p. IX, cité par BETTEX, p. 6; BOVEY, p. 97; OTT, p. 50; GULDENER, p. 10 : « Sachverständige (Experten) sind Personen, die dem Gericht durch Erstattung eines Gutachtens Kenntnis von Tatsachen vermitteln, deren Wahrnehmung besondere Fachkenntnisse erfordert oder von

L'expertise médicale judiciaire dans les rapports de travail, comme moyen de preuve, a gagné en actualité, depuis que le Tribunal fédéral qualifie de simples allégués de partie (*Parteivorbringen*) les expertises médicales privées², et qu'il a, plus récemment, étendu cette appréciation aux rapports et certificats médicaux produits par les parties³.

La présente contribution est consacrée à l'étude des expertises médicales ordonnées par le juge civil (i. e. juge prud'homal) et par le juge administratif dans les *rapports de travail*. Elle ne traite pas des expertises médicales ordonnées – fût-ce suite à un problème survenu dans les rapports de travail – par une autorité ou un juge des assurances sociales (AI, LAA), ou en rapport avec la responsabilité civile d'un acteur salarié, public ou privé, du domaine de la santé (médecin, hôpital). Elle n'aborde pas non plus les expertises préventives – dites « techniques » – prescrites par les règles sur la protection de la santé au travail et réalisées, cas échéant sur ordre du juge, par la médecine du travail⁴.

II. Partie générale

A. Expertise médicale

1. Définition

L'expertise médicale (*ärztliches Gutachten*) est une analyse faite par un ou plusieurs médecins spécialistes, portant *notamment* sur l'état de santé d'un sujet expertisé, sur l'origine, la nature et l'importance de l'atteinte constatée (dommage physique ou psychique), le lien de causalité naturelle entre l'origine et cette atteinte à la santé. L'expertise médicale n'a pas pour objet de guérir le sujet examiné, mais de constater ou d'éclaircir, à la lumière des connaissances de l'art médical, des faits médicaux. De même, la détermination d'une responsabilité contractuelle ou délictuelle relève de l'office du juge, non pas de l'expert médical ; il en va de même de la détermination du préjudice économique résultant d'une incapacité de travail ou d'une incapacité de gain – elle ne relève pas du champ matériel d'une expertise médicale.

Erfahrungssätzen, die einen besonderen, dem Gericht nicht vertrauten Wissensgebiet angehören » ; ATF 118 Ia 144, c. 1c ; TF 4A_85/2017 du 4 septembre 2017, c. 2.2.1 ; TF 5A_802/2014 du 7 novembre 2014, c. 4.1.

² ATF 141 III 433, c. 2.6 ; ATF 140 III 16, c. 2.5 ; ATF 140 III 24, c. 2.5 et 3.3.3 ; ATF 139 III, c. 5.2.5 ; et déjà 125 V 351, c. 3b/dd.

³ TF 4A_243/2017 du 30 juin 2017, c. 3.1.3.

⁴ Art. 6 LTr ; art. 3 et 4 OLT3 ; art. 11c et 11e al. 2 Ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles (OPA, RS 832.30).

2. Expertise médicale privée et expertise médicale ordonnée par le juge

L'on distingue l'expertise médicale ordonnée par le juge (*Gerichtsgutachten*) de l'expertise médicale établie à l'initiative d'une partie (*Parteigutachten*)⁵. L'expertise médicale judiciaire bénéficie – on le verra – d'une crédibilité accrue alors que l'expertise médicale privée pâtit, à cet égard, du fait qu'elle a été commandée – parfois orientée – et payée par le patient intéressé⁶. Ainsi, une expertise commandée par une partie, fût-ce auprès d'un centre d'experts prévu par la loi⁷, reste une expertise privée.

Est proche d'une expertise médicale privée le rapport médical (*Arztbericht*) produit par une partie ; quant à sa valeur probante, il appelle les mêmes réserves qu'une expertise privée⁸.

B. Expertise médicale ordonnée par le juge

1. D'office ou sur requête

L'expertise médicale judiciaire peut être mise en route d'office ou sur requête d'une partie⁹.

Le juge l'ordonnera *d'office* lorsque le droit matériel le prévoit¹⁰, lorsque la texture du litige fait appel à des connaissances spécifiques, et ce, à notre avis, peu importe si la procédure est régie par la maxime d'enquête ou par la maxime des débats¹¹ ; il suffit que le magistrat se rende compte qu'il ne maîtrise pas le sujet et que les preuves offertes par

⁵ L'on ne traitera pas ici de l'expertise-arbitrage (art. 189 CPC).

⁶ L'expertise médicale s'effectue, en règle générale, sur la base d'un contrat de mandat (ATF 127 III 328, c. 2c).

⁷ Par exemple, une expertise réalisée, à la demande d'un assureur privé (ou à la demande de l'employeur preneur d'assurance), auprès d'un Centre d'observation médicale de l'assurance-invalidité (COMAI) prévu par les art. 59 al. 3 LAI et 72 bis RAI.

⁸ TF 5A_239/2017 du 14 septembre 2017, c. 2.4.

⁹ Cf. en procédure civile l'art. 183 al. 1 CPC.

¹⁰ HOHL, N 1791, p. 292 ; TF 5A_469/2013 du 17 juillet 2013, c. 2.3, RSPC 2013 p. 482 (troubles psychiques, art. 450e al. 3 CC).

¹¹ WEIBEL, *in* : Kommentar ZPO, N 1 *ad* art. 183 CPC ; RUETSCHI, *in* : BK ZPO, N 7 *ad* art. 183 CPC ; DOLGE, *in* : BaK ZPO, N 2 *ad* art. 183 CPC ; arrêt de l'Obergericht du canton de Zurich du 7 août 2013 (LA 120024-0) ; MUELLER HANS-ANDREAS, p. 502 ; BUEHLER, Jusletter, p. 1. D'un avis contraire : REETZ/VORBURGER, p. 213, qui excluent, en maxime de débats, une expertise non sollicitée. Pour un exemple, cf. arrêt de la Cour de justice de la Chambre des prud'hommes du canton de Genève du 14 juillet 2006 (C/28216/2004 – 3).

les parties ne lui permettent pas de se former une conviction¹². Elle peut également être ordonnée lorsque le juge se trouve confronté à des certificats médicaux qui se contredisent¹³.

Par ailleurs, la faculté pour une partie de demander au juge d'ordonner une expertise découle de son droit à un procès équitable (cf. art. 6 al. 1 CEDH), soit, notamment, de son droit d'être entendu (cf. art. 29 al. 1 Cst.)¹⁴, de son droit à la preuve (art. 8 CC) et à la contre-preuve¹⁵. Avant d'ordonner la mesure, le juge doit entendre les parties¹⁶. Le juge peut cependant, se référant à la « force probante » d'autres éléments – et procédant à une appréciation anticipée des preuves – refuser d'ordonner une expertise médicale, sans commettre d'arbitraire¹⁷.

Si l'expertise sollicitée concerne l'état de santé d'une partie elle-même, celle-ci doit tolérer l'examen de sa personne¹⁸. L'obligation de se soumettre – à la demande de la partie adverse ou du juge – à une expertise psychiatrique ne représente pas une atteinte grave à la liberté personnelle¹⁹. Cela étant, le tribunal ne peut inférer du *refus légitime* d'une partie de collaborer que le fait allégué (par l'autre partie) est prouvé²⁰.

Si la partie qui sollicite l'expertise refuse de délier son propre médecin du secret médical, la requête peut être écartée²¹. Cas échéant, l'expertise peut être refusée aussi lorsque l'intéressé a d'abord renoncé à cette mesure ou que, procédant à une appréciation anticipée non arbitraire des preuves déjà administrées, le juge l'estime inutile²². En tous les cas, il est utile que la partie qui se plaint, en appel ou devant le Tribunal fédéral, de l'absence d'une expertise puisse démontrer l'avoir demandée à temps, et en première instance²³.

¹² Par exemple, lorsque le juge est confronté à des certificats médicaux (Arztzeugnis) ou à des rapports médicaux (Arztbericht) produits par les parties, qui se contredisent.

¹³ Arrêt du Tribunal cantonal du canton de Bâle-Campagne du 11 novembre 2003, c. 5c, *in* : JAR 2004 p. 418.

¹⁴ ATF 132 V 443 ; ATF 119 Ia 262, c. 6c ; ATF 122 II 469, c. 4c.

¹⁵ ATF 126 III 315, c. 4a ; TF 4A_589/2008 du 12 mars 2009, c. 4.2.1, RSPC 2009 p. 270.

¹⁶ Art. 183 al. 1 2^e phrase CPC.

¹⁷ TF 5P.217/2004 du 1^{er} novembre 2004, c. 3.2, RSPC 2005 p. 265 – en l'espèce, les juges cantonaux s'étaient fondés sur la présence et le contenu d'une expertise privée (arrêt critiqué par TREZZINI, *ibidem*, p. 267).

¹⁸ Art. 160 al. 1 let. c CPC.

¹⁹ ATF 124 I 41.

²⁰ Art. 162 CPC. Cette règle constitue une exception au principe de la libre appréciation des preuves (cf. SCHMID, *in* : BaK ZPO N 2 ad art. 162 CPC).

²¹ TF 8C_760/2012 du 4 septembre 2013, *in* : JAR 2014 p. 315 ; ARV/DTA 2013 p. 307.

²² TF 5P.217/2004 du 1^{er} novembre 2004.

²³ TF 4A_85/2017 du 4 septembre 2017, c. 3.3.

L'expert médical mandaté par le juge est un auxiliaire de la justice, et à ce titre, tenu au secret de fonction²⁴, à l'indépendance et à l'impartialité²⁵ ; en tant que médecin, fût-il non thérapeute, il doit respecter, en outre, le secret médical²⁶. À notre avis, la communication, par l'expert, de l'expertise médicale effectuée, au tribunal, suppose que la personne expertisée ait donné, préalablement, son consentement éclairé²⁷. L'ordonnance du juge ne saurait supprimer le secret médical, dont l'expertisé est maître absolu²⁸. Si la personne expertisée refuse la transmission au juge de l'expertise effectuée, elle encourt, cas échéant, à son détriment, la sanction des règles relatives au fardeau de la preuve²⁹.

2. Rôle et mission de l'expert médical

a) Constater des faits ou indices, déterminer les causalités (naturelles)

La mission de l'expert médical – à l'instar de tout expert – consiste à constater et à apprécier les *faits* – et uniquement les faits – et ce en fonction de ses connaissances de spécialiste du domaine considéré. À cet effet, il lui incombe, dans un premier temps, – phase de l'*anamnèse* – d'étudier le dossier médical (et judiciaire³⁰) qui lui est remis (*Aktenstudium*), de retracer l'histoire de la maladie (ou le pourquoi et comment de l'accident) et des traitements entrepris, et enfin, d'examiner le patient; ensuite, il posera le *diagnostic* et se prononcera sur l'*étiologie* (pathogénèse) de l'affection. La cause d'une maladie – à l'instar de celle d'un accident – peut être exogène au sujet examiné – et impliquer son vécu social (qualité de l'environnement privé et/ou de l'environnement professionnel) ; l'expert le précisera³¹. Et il précisera également, cas échéant, que

²⁴ Art. 320 CP ; DOLGE, *in* : Bak ZPO, N 8 *ad* art. 184 CPC.

²⁵ ATF 125 II 541, c. 4a, *in* : JAR 2000 p. 327.

²⁶ Art. 321 CP.

²⁷ TF 6B_1199/2016 du 4 mai 2017, dans le cas d'un médecin-conseil mandaté par un assureur ; GLOOR, p. 8. Le juge, ou le médecin mandaté pour l'expertise médicale, doit, à notre sens, informer la personne à expertiser de son droit de refuser de collaborer et sur les conséquences éventuelles d'un refus injustifié (art. 162-167 CPC) ; cf. MUELLER, *in* : DIKE-Kommentar ZPO, N 15 *ad* art. 185 CPC. ; cf. en procédure pénale l'art. 185 al. 2 5^e phrase CPP ; cf. FONJALLAZ/GASSER, p. 127.

²⁸ Les exceptions peuvent être prévues par la loi (par exemple la LCR) ou se justifier par une pesée des intérêts en présence (danger pour la collectivité ; ex : pilote d'avion).

²⁹ TF 8C_760/2012 du 4 septembre 2013, c. 3.

³⁰ Le dossier judiciaire peut contenir des certificats et rapports médicaux, voire une expertise médicale privée – versés aux débats.

³¹ En ce sens, cf. par exemple TF 4P.392/2005 du 21 février 2006, c. 3.4, *in* : JAR 2007 p. 184 (en l'espèce : détermination du lien de causalité naturelle entre un harcèlement psychologique, subi par une employée communale, et son invalidité y subséquente) ; suites de ladite cause, après un premier renvoi au Tribunal cantonal du canton de Vaud : TF 4C.201/2005 du 21 février 2006, puis, suite à un second renvoi au même tribunal et une seconde expertise : TF 4A_245/2009 du 6 avril 2009 (déboutement définitif de la demanderesse).

l'affection diagnostiquée relève d'une pathologie non objectivable (par exemple un *syndrome douloureux somatoforme persistant*)³².

b) Répondre aux questions posées

Il incombe, en outre, à l'expert médical, de répondre aux questions qui lui sont posées par le tribunal qui l'a mandaté³³.

Plus les questions sont précises, plus l'expertise gagnera en clarté. Ainsi, l'expert peut être amené à devoir approfondir sa détermination quant aux causes de l'affection ; il devra, en outre, et fort probablement, se prononcer sur la portée (réelle ou alléguée) de la maladie sur la capacité de travail du sujet examiné ; enfin, si l'empêchement de travailler (ou l'incapacité de gain) a été confirmé, se prononcer sur le degré et la durée du problème.

En principe, l'expert médical n'a pas à répondre à des questions qui ne lui ont pas été posées. Il n'a pas à « compléter » l'état de fait litigieux (*Sachverhalt*) lors de ses examens³⁴. Néanmoins, il peut être amené à formuler lui-même une question qui, de par la texture de l'expertise confiée, aurait dû lui être posée³⁵.

c) Parvenir à une conclusion

L'expertise médicale judiciaire doit être *complète, compréhensible et convaincante*³⁶, c'est-à-dire qu'elle doit répondre à toutes les questions posées, être claire et exempte de contradictions. Citons, à cet égard, le Tribunal fédéral : « *Ce qui est décisif, c'est que les points litigieux aient fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées par la personne examinée, qu'il ait été établi en pleine connaissance de l'anamnèse, que la description du contenu médical et l'appréciation de la situation médicale soient claires et enfin que les conclusions de l'expert soient dûment motivées* »³⁷.

³² ATF 141 V 281

³³ Les parties seront entendues et peuvent suggérer les questions à poser. La décision finale quant à la formulation des questions incombe au tribunal (ATF 139 III 33, c. 4.3 ; art. 185 al. 1 et 2 CPC).

³⁴ TF 4A_33/2015 du 9 juin 2015, c. 5, RSPC 2015 p. 499.

³⁵ TF 4P.329/2005 du 21 février 2006, c. 3.4, *in* : JAR 2007 p. 184 (en l'espèce : caractérisation des faits causals).

³⁶ TREZZINI, *in* : Commentario pratico CPC, N 5 *ad* art. 187 CPC ; RUESTSCHI, *in* : BK ZPO, N 8 *ad* art. 188 CPC ; DOLGE *in* : Bak ZPO, N 11-13 *ad* art. 183 CPC : « *vollständig, klar und schlüssig* » ; BOVEY, p. 108 ; GLANZMANN-TARNUTZER, p. 79.

³⁷ TF 4A_543/2014 du 30 mars 2015, c. 5.1.2 ; ATF 134 V 231 ; arrêt de la Chambre civile de la Cour de Justice du canton de Genève du 26 juin 2015 (C/12324/2008), c. 7.3.

Enfin, l'expert, qui, dans ses développements et conclusions, émet des réserves et marque des hésitations risque que son travail ne soit pas pris en compte par le juge³⁸.

d) Ne pas dire le droit

Qui décide réellement du sort du litige ayant nécessité le recours à une expertise judiciaire : le juge ou l'expert ? La réponse paraît évidente : seul le juge. Celui-ci ne saurait vouloir s'en remettre, quant aux conclusions en droit qui s'imposent, à l'avis de l'expert – ce serait démissionner de son rôle de juge. Il incombe au juge, et non pas à l'expert, de dire le droit³⁹.

La limite n'est cependant pas toujours facile à tracer. Ainsi, l'expert sera toujours tenté de se prononcer, soit spontanément ou parce qu'il est confronté à des questions formulées dans ce sens, non seulement sur la *causalité naturelle*, mais également sur la *causalité adéquate*. Or, la détermination de la causalité adéquate incombe au juge – c'est une question de droit⁴⁰. Un problème analogue se pose avec la constatation du principe, de la nature (physique ou psychique) et de l'étendue de l'atteinte à la santé, constatation qui relève des faits⁴¹ : l'expert peut être tenté de trancher, en sus, des questions de responsabilité ou d'imputabilité objective ou à faute – soit des questions qui relèvent du droit. Enfin, l'expert ne saurait – étant expert *médical* – vouloir se prononcer, ou être appelé à se prononcer, sur le principe, la nature ou l'importance du préjudice *économique* découlant de l'atteinte, ni encore, sur sa réparation.

Enfin, si l'expert médical a diagnostiqué un *syndrome douloureux somatoforme*⁴², il ne lui appartient pas d'estimer, dans ses réponses ou dans ses conclusions, que de tels troubles ou leurs effets « *peuvent être surmontés par un effort de volonté raisonnablement exigible* ». Une telle estimation relève de l'office du juge. À ce propos, l'on soulignera que le Tribunal fédéral a récemment abandonné sa jurisprudence en la matière, c'est-à-dire la *Ueberwindbarkeitsvermutung*⁴³. Le juge peut dorénavant retenir, même dans ce type

³⁸ Pour un exemple, cf. TF 4A_276/2014 du 25 février 2015, c. 2.5.

³⁹ ATF 130 I 337, c. 5.4.1 ; SCHMID, *in* : KuKo ZPO, N 2 *ad* art. 183 CPC ; TREZZINI, *in* : Commentario pratico CPC, N 5 *ad* art. 183 CPC ; BOVEY, p. 97 ; SALVADE, RSPC 2017, p. 3 ; REINFRIED, p. 93.

⁴⁰ GUYAZ, p. 119 ; BUEHLER, p. 50 ; REETZ, *in* : BK ZPO, N 11 *ad* art. 183 CPC.

⁴¹ « Die Frage, ob Krankheit oder Unfall vorliege, ist eine Rechtsfrage, hingegen die Frage, ob eine plötzliche unfreiwillige äussere Einwirkung die Verschlechterung des Gesundheitszustandes oder reine Körperbeschädigung bewirkt habe, eine Tatfrage » (RUETSCHI, *in* : BK ZPO, N 11 *ad* art. 183 CPC).

⁴² Par exemple : syndrome de distorsion cervicale (« HWS-Trauma »/« coup du lapin »), fibromyalgie (ICD-10 F.45.4).

⁴³ ATF 141 V 281, c. 4.1.1. et 141 V 574. Il est vrai que ce changement de jurisprudence a été opéré seulement dans le domaine de l'assurance-invalidité et de l'assurance-accident ; mais elle devrait également s'appliquer en droit du travail et de l'assurance perte de gain LCA ; dans ces domaines aussi,

d'affections, une incapacité de travail ; il statuera en fonction des réponses que lui donnera l'expert médical aux questions posées par *un catalogue d'indicateurs différenciés*⁴⁴.

3. Portée probante du rapport de l'expert médical

a) Principe de la libre appréciation par le juge

Le juge – tant civil qu'administratif – établit sa conviction par une *libre appréciation* des preuves administrées⁴⁵ ; cette règle s'applique également par rapport à l'expertise⁴⁶, et l'expertise médicale en particulier. Le législateur n'a pas prévu, en la matière, une sorte de *preuve légale* qui, de par son statut et sa provenance, s'imposerait automatiquement au juge⁴⁷. Celui-ci peut être influencé, dans son appréciation, par la présence, au dossier, d'une expertise déjà effectuée par une autre autorité ou d'une expertise privée, ou par le fait que l'expertise judiciaire aurait été mise en œuvre des années après la survenance des faits à expertiser⁴⁸.

b) Limites à ce pouvoir

Toutefois, si le juge entend s'écarter des conclusions de l'expertise qu'il a ordonnée, il doit, préalablement, donner l'occasion aux parties de se déterminer par rapport à cette intention⁴⁹, puis motiver sa décision et faire état de motifs justifiés⁵⁰. Constituent de tels motifs notamment le fait que l'expertise ne répond pas aux questions posées, émet des réserves⁵¹ ou contient des contradictions. Il en va de même lorsque l'expert, sur demande, a émis un pronostic quant à l'évolution de la santé de la personne expertisée – pronostic

les troubles douloureux somatoformes peuvent expliquer, et partant, justifier une incapacité de travail (cf. SCHWENDENER, pp. 99 ss). Pour une discussion approfondie : KIESER, pp. 1 ss.

⁴⁴ ATF 141 V 281, c. 4.1.1 et 4.3.1.1.

⁴⁵ Art. 157 CPC ; LEU, *in* : Kommentar ZPO, N 7 et 30 ss. *ad* art. 157 CPC ; art. 19 PA *cum* art. 40 PCF ; BOVEY, p. 108 ; GUYAZ, p. 143 ; AUER, *in* : Praxiskommentar VwVG, N 58 *ad* art. 12 LPA ; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, *in* : Praxiskommentar VwVG, N 14 *ad* art. 19 LPA.

⁴⁶ BROENNIMANN, *in* : BK ZPO, N 23 *ad* art. 157 CPC ; BOSSHSARD, p. 323 ; BUEHLER, Beweismass, p. 44.

⁴⁷ SCHWEIZER, *in* : CPC commenté, N 2 *ad* art. 157 CPC.

⁴⁸ TF 4P.254/2005 du 21 décembre 2005, c. 3.3.2, RSPC 2006 p. 381 (en l'espèce : expertise d'une incapacité de travail survenue il y a des années).

⁴⁹ TF 4A_478/2013 du 6 novembre 2013, c. 4.3, RSPC 2014 p. 242.

⁵⁰ TF 4A_478/2008, c. 4.2.

⁵¹ TF 4A_276/2014 du 25 février 2015, c. 2.5. (renvoi à l'instance cantonale), et, par la suite : arrêt de la Cour d'appel civile du canton de Vaud du 1^{er} juin 2015 (CT06.019673), c.3a.

qui, compte tenu de la survenance ultérieure d'autres facteurs, s'est révélé inexact⁵². Cas échéant, il s'impose d'ordonner un complément d'expertise, voire une sur-expertise⁵³.

Cependant, le simple fait que l'expertise judiciaire contredise les résultats d'une expertise privée – ou, parce qu'établie longtemps après la fin de l'affection, elle s'exprime avec prudence⁵⁴ – n'autorise point le juge à se départir des conclusions de l'expert judiciaire.

C. Expertise médicale dans *les relations de travail*

1. Finalité principale : établissement de l'incapacité de travail

L'expertise judiciaire médicale dans les relations de travail⁵⁵ vise, dans la plupart des cas, à déterminer l'état de santé du travailleur qui s'affirme (ou s'était affirmé) victime d'une maladie ou d'un accident, l'empêchant de travailler. En règle générale, la mesure est ordonnée dans le cadre d'un litige de travail opposant le travailleur à l'employeur, mais elle peut également être requise dans une procédure opposant le travailleur assuré à l'assurance perte de gain de l'employeur⁵⁶. Mais, la survenance d'une incapacité de travail, en soi, ne requiert pas systématiquement le recours à une expertise judiciaire médicale – il faut, en la matière, garder le sens des proportions et ne l'ordonner qu'en présence d'un litige qui justifie le recours à ce type de preuve⁵⁷.

2. Finalités corollaires : faciliter, entre autres :

a) Le retour en emploi de l'employé

L'expertise judiciaire médicale peut se justifier lorsqu'il y a controverse entre les parties (travailleur – employeur/assuré – assurance perte de gain) quant à l'importance et à la

⁵² TF 4A_66/2017 du 14 juillet 2017, c. 5.1.

⁵³ TF 4A_478/2008 du 16 décembre 2008, c. 4.2 ; TF 5P.27/2001 du 8 juin 2001, c. 1b ; TF 5P.160/2001 du 13 septembre 2001, c. 3b/aa.

⁵⁴ TF 4P.254/2005 du 21 décembre 2005, c. 3.3.2, RSPC 2006 p. 381.

⁵⁵ Les expertises judiciaires médicales dans les litiges de travail ne sont pas légion ; leur fréquence va cependant en augmentation du fait de la relégation, par le Tribunal fédéral, des expertises privées, voire des certificats et rapports médicaux, à de simples « allégués de partie ».

⁵⁶ À teneur de l'art. 87 LCA, l'assuré dispose d'un droit d'action direct contre l'assureur. En Suisse alémanique – et dans le canton de Vaud –, il est généralement admis qu'en présence d'une assurance collective perte de gain, l'employé assuré doit, passé le délai d'attente prévue dans la police, diriger son action contre l'assurance – cette dernière assumant la légitimation passive à la place de l'employeur preneur d'assurance ; arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 8 février 2016 (PT11.02198).

⁵⁷ TF 4P.191/2006 du 17 janvier 2007, c. 3.4, RSPC 2007 p. 277 (en l'espèce : détermination de l'incapacité de gain) ; DIETSCHY, p. 312.

durée de l'incapacité de travail, ou tout simplement – si les rapports de travail n'ont pas encore été résiliés – vise à accélérer le retour au poste de travail de l'employé. Si les rapports de travail, depuis la survenance de l'incapacité de travail, ont pris fin, l'expertise médicale peut servir à déterminer la capacité de travail exigible⁵⁸ et/ou à établir la possibilité d'un changement d'emploi et d'orientation professionnelle. Elle peut être demandée par l'assurance perte de gain subséquent – à condition d'accorder à l'assuré un délai transitoire de trois à cinq mois⁵⁹.

b) L'adaptation de la place ou de l'environnement de travail

Fréquemment, il est demandé à l'expert médical de se prononcer sur des mesures d'adaptation de la place de travail ou de l'environnement de travail de la personne expertisée. Cette demande fait sens lorsque les rapports de travail n'ont pas été résiliés, et que l'employeur souhaite garder le travailleur ou, de par l'effet de la loi, ne peut le congédier sans risquer la nullité ou l'annulabilité du congé⁶⁰ ; elle fait sens aussi lorsque les parties sont liées par un contrat de durée déterminée, à l'échéance lointaine.

S'il s'agit d'une affection physique, l'adaptation requiert cas échéant une modification de la place de travail ; s'il s'agit d'une affection d'ordre psychique – suite à un harcèlement (sexuel ou psychologique) – la mesure appropriée consisterait à congédier ou à déplacer la personne à l'origine du problème. Les recommandations de l'expert médical ne lient cependant pas le juge – ni du reste, l'employeur ; en effet, le juge ne saurait, motif pris dans une expertise, « ordonner » à l'employeur de licencier ou muter un membre de son personnel.

c) L'application, par le juge, du droit matériel (prestations et protections légales ou contractuelles)

L'expertise judiciaire médicale peut s'imposer pour permettre au juge d'appliquer le droit matériel. L'on pense en particulier aux prestations et protections légales (CO, LTr, législation cantonale ou fédérale sur l'emploi du personnel public) ou contractuelles, par exemple en droit du travail privé : art. 324a et b CO (obligation de l'employeur de continuer de payer le salaire en cas d'empêchement de travailler) ; art. 336c al. 1 let. b et c CO (protection du travailleur contre le congé donné en temps inopportun : maladie, accident, maternité) ; protection du travailleur contre les atteintes à sa personnalité, et, plus particulièrement, à sa santé physique et psychique (art. 328 CO ; art. 6 LTr).

⁵⁸ SWISS INSURANCE MEDICINE, p. 5.

⁵⁹ TF 4A_526/2014 du 17 décembre 2014, c. 2.3, *in* : JAR 2015 p. 417.

⁶⁰ À titre d'exemple, cf. art. 336 c al. 1 CO ; art. 10 LEg.

III. Partie spéciale

A. Dans les litiges de relations de travail soumis au droit privé

1. L'expertise judiciaire médicale dans le système des preuves admises (art. 183 CPC)

L'art. 168 al. 1 CPC énumère, comme « moyens de preuve admissibles » : a. le témoignage, b. les titres, c. l'inspection, d. l'expertise, e. les renseignements écrits et f. l'interrogatoire et la déposition de partie. Cette énumération est exhaustive et consacre un *numerus clausus* des moyens de preuve⁶¹.

a) Par rapport à l'expertise médicale privée (*Parteigutachten*)

L'expertise privée – et l'expertise médicale privée en particulier – ne figure pas au catalogue de l'art. 168 al. 1 CPC. D'après une partie de la doctrine, les expertises privées doivent pouvoir être produites au procès en tant que *titres* au sens de l'art. 168 al. 1 let. b et de l'art. 177 CPC⁶². Toutefois, pour le Tribunal fédéral, le législateur a refusé d'admettre l'expertise privée en tant que moyen de preuve au sens de l'art. 168 al. 1 CPC *de manière générale* et pas seulement comme expertise au sens de l'art. 168 al. 1 let. d CPC⁶³. Pour la Haute Cour de Lausanne, l'expertise privée (*Parteigutachten*) ne renferme que des *allégués de partie (Parteibehauptungen)*⁶⁴ ; la raison principale de cette qualification tient au fait que – à la différence de l'expertise judiciaire, qui, elle, est réputée neutre – l'expertise privée a été mise en route et financée par une partie ; elle n'a dès lors pas la qualité d'un moyen de preuve. De fait, le Tribunal fédéral a confirmé une jurisprudence

⁶¹ ATF 141 III 433, c. 2.5.1, SJ 2016 I 162 ; TF 4A_85/2017 du 4 septembre 2017, c. 2.1 ; TF 5A_957/2012 du 28 mai 2013, c. 2 ; TF 4A_178/2015 du 11 septembre 2015, c. 2.5.1.

⁶² BINDER/GUTZWILLER, p. 172 ; HOFMAN/LUESCHER, p. 149 ; SCHMID, *in* : Kuko ZPO, N 18 *ad* art. 183 CPC ; du même avis, mais sous l'ancien droit de procédure civile lucernois, GLANZMANN-TARNUTZER, p. 75 ; GUYAZ, p. 144 ; et, dans une jurisprudence restée isolée, rendue sous l'empire du Code de procédure civile lucernois : TF 5D_104/2011 du 8 août 2001, c. 4.4.

⁶³ ATF 141 III 433, c. 2.5.3, SJ 2016 I 162.

⁶⁴ ATF 141 III 433, c. 2.6, SJ 2016 I 162 ; TF 4A_85/2017 du 4 septembre 2017, c. 2.1.

constante⁶⁵, approuvée par la doctrine majoritaire⁶⁶, parfois avec quelques hésitations, il est vrai⁶⁷. Cette sévérité se justifie en particulier lorsqu'à l'évidence, l'expertise privée a été établie sur la base des seules déclarations du patient et demandeur à l'action⁶⁸. En tant que document contenant des allégués de partie, l'expertise privée doit pouvoir être contestée par la partie adverse au procès, et ce allégué par allégué, faute de quoi les faits, déductions et conclusions y contenus sont réputés admis⁶⁹.

L'expertise privée, bien que dépourvue de force probante, peut néanmoins conduire le tribunal – de par les doutes soulevés – à ordonner une expertise judiciaire et contribuer à la formulation des questions à l'expert⁷⁰. Mais, cela suppose qu'à tout le moins elle émane, elle aussi, d'un spécialiste du domaine⁷¹.

À noter qu'en *droit des assurances sociales*, l'expertise privée a valeur de preuve⁷².

b) Par rapport à l'expertise médicale faite par une autre autorité (Fremdgutachten)

L'expertise médicale effectuée, dans le cadre d'une procédure administrative ou pénale⁷³, par une autre autorité revêt en principe aussi le statut d'expertise au sens de l'art. 168 al. 1 let. d CO⁷⁴. Ainsi, une expertise médicale établie par un Centre d'observation médicale de l'assurance-invalidité (COMAI) a valeur probante et ne saurait être contestée sans autre forme de procès⁷⁵. Toutefois, elle peut être écartée si les droits des parties ont été violés, ou qu'elle a été faite par un praticien non spécialiste du domaine considéré⁷⁶.

⁶⁵ ATF 140 III 16, c. 3.3.3 ; ATF 140 III 16, c. 2.5 ; ATF 139 III 305, c. 5.2.5 ; ATF 132 III 83, c. 3.4 ; déjà ATF 125 V 351, c. 3b/dd ; TF 4A_286/2011 du 30 août 2011, c. 4, RSPC 2012 p. 116 ; TF 4P.169/2003 du 30 octobre 2003, c. 2.1.4, RSPC 2005 p. 31 (ancienne procédure civile genevoise).

⁶⁶ RUETSCHI, *in* : BK ZPO, N 36 *ad* art. 183 CPC ; MUELLER, *in* : DIKE-Kommentar ZPO, N 28 *ad* art. 183 CPC ; DOLGE, *in* : BaK ZPO, N 17 *ad* art. 183 CPC ; HASENBOEHLER, p. 188.

⁶⁷ TREZZINI/BOHNET, L'expertise privée, p. 370 ; DIETSCHY, p. 305.

⁶⁸ Arrêt de la Cour d'appel civile du canton de Vaud du 3 mai 2016 (PT14.03255), c. 3.2.

⁶⁹ ATF 141 III 433, c. 2.6, SJ 2016 I 162.

⁷⁰ DOLGE, *in* : BaK ZPO, N 17 *ad* art. 183 CPC.

⁷¹ TF 4A_349/2007 du 16 janvier 2008, c. 3.3. En l'espèce : un rhumatologue n'est pas un psychiatre.

⁷² ATF 125 V 353, c. 3b/dd ; ATF 122 V 161 ; GLANZMANN-TARNUTZER, p. 77.

⁷³ TF 4A_276/2014 du 25 février 2015, faits au B.b.a.

⁷⁴ Pour une partie de la doctrine, un *Fremdgutachten* n'est qu'un simple titre (*Urkunde*) ; WEIBEL, *in* : Kommentar ZPO, N 7 *ad* art. 183 CPC ; GUYAZ, p. 145 ; dans ce sens aussi, arrêt de la Cour d'appel civile du canton de Vaud du 8 février 2014 (PT11.02198), c. 4.4.

⁷⁵ TF 4P.254/2005 du 21 décembre 2005, c. 3.1, RSPC 2006 p. 380 (expertise COMAI produite, dans un litige prud'homal, par le travailleur) ; du même avis, BUEHLER, *Gerichtsgutachter*, p. 69.

⁷⁶ TF 4A_349/2007 du 16 janvier 2008, c. 3.5.

c) Par rapport aux titres (certificats et rapports médicaux)

Le certificat médical (*Arztzeugnis*) et le rapport médical (*Arztbericht*) jouissaient naguère du prestige d'être des titres probants au sens de l'art. 168 al. 1 let. b CPC. Ce point était également incontesté en doctrine⁷⁷ ; voire, en droit pénal⁷⁸ ; ils apportaient, à tout le moins, l'*Anscheinsbeweis*⁷⁹, c'est-à-dire qu'ils étaient des titres réfragables⁸⁰. Dans la foulée de polémiques visant la valeur probante des certificats médicaux en général⁸¹, le Tribunal fédéral, dans ses dernières jurisprudences, tend à rapprocher le certificat médical et le rapport médical de l'expertise privée, et partant, les considère à présent comme documents contenant de simples *allégués de partie*⁸².

N'est ni titre, ni expertise, le *renseignement écrit* (art. 190 CPC) obtenu par le tribunal, d'office ou sur requête, auprès d'un tiers – fût-il médecin. En effet, le recours à ce « moyen de preuve »⁸³ n'est pas approprié lorsqu'il s'agit de déterminer, de façon neutre et en procédure contradictoire, l'état de santé d'une partie⁸⁴.

d) Par rapport aux enquêtes non médicales, internes ou externes.

Ne constituent pas des expertises judiciaires, et, encore moins, des expertises judiciaires médicales, les rapports dressés par des instances ou officines privées, internes ou externes à l'entreprise. Il s'agit, en règle générale, de personnes chargées de recueillir les confidences d'employés victimes de harcèlement sexuel ou psychologique ; en règle générale, ces personnes, souvent animées d'un esprit militant certain, n'ont aucune qualification médicale⁸⁵, et méconnaissent les droits des parties mises en cause.

⁷⁷ En ce sens, cf. par exemple STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 *ad* art. 324 a et b CO, p. 419 ; FROELICH, p. 193.

⁷⁸ Art. 318 CP, disposition qui sanctionne l'établissement d'un *faux certificat médical*, c'est-à-dire un cas particulier de délit de *faux dans les titres* au sens de l'art. 251 CP ; un faux certificat médical n'est pas un simple mensonge écrit (cf. ATF 103 IV 178, c. 4, JdT 1978 IV 143).

⁷⁹ MUELLER ROLAND, p. 171 ; EGLI, p. 51 ; SCHOENENBERGER, p. 140.

⁸⁰ TF 1C_64/2008 du 14 avril 2008, c. 3.4, RSPC 2008 p. 378.

⁸¹ À titre d'exemple illustre, cf. la critique sévère de ZELLER, pp. 3 ss.

⁸² ATF 140 III 23, c. 3.3.3, et plus récemment : TF 5A_239/2017 du 15 septembre 2017, c. 2.4 ; TF 4A_243/2017 du 30 juin 2017, c. 3.1.3. Si tel était le cas, il incomberait à la partie qui se prévaut d'un certificat médical de l'intégrer non pas dans son chargé de pièces, mais dans son écriture !

⁸³ Les renseignements écrits figurent pourtant dans la liste des preuves admissibles (cf. art. 168 al. 1 let. 3 CPC) – mais la disposition vise principalement les renseignements recueillis auprès d'instances étatiques.

⁸⁴ HAFNER, *in* : BaK ZPO, N 4 *ad* art. 190 CPC.

⁸⁵ Pourtant requise s'il s'agit d'attribuer à ces témoignages indirects une valeur probante ; TF 1C_418/2008 du 27 mai 2009, c. 2.2.4, *in* : JAR 2010 p. 324.

Néanmoins, si ces rapports émanent d'instances professionnellement qualifiées⁸⁶, et évoquent la présence d'un problème concret, ils doivent inciter l'employeur à mettre en route une enquête indépendante, cas échéant, en demandant au juge, par le recours à la preuve à futur, de nommer un expert judiciaire. Cet expert peut être un psychiatre.

2. Domaines et matières justifiant le recours à une expertise médicale

a) Art. 324a et b CO (droit au salaire en cas d'empêchement pour cause de maladie, accident, maternité)

Les thématiques du droit au salaire en cas d'incapacité de travail peuvent justifier, en cas de litige, le recours à une expertise judiciaire médicale. En effet, la preuve de l'incapacité de travail, de sa nature, de sa durée et de son degré, incombent au travailleur⁸⁷ – et l'employeur, ou éventuellement, à sa place, son assurance collective perte de gain, peut considérer que cette preuve n'a pas été administrée, ou que les éléments produits n'emportent pas la conviction, et que partant, le salaire afférent à ces empêchements de travailler n'est pas versé. Les parties se retrouvent en justice, et chacune campe sur ses positions : le travailleur fait valoir ses certificats médicaux, l'employeur ou l'assureur perte de gain le rapport du médecin-conseil⁸⁸, c'est-à-dire une expertise privée⁸⁹.

Si la répartition du fardeau de la preuve de l'incapacité de travail dans les rapports entre le travailleur et l'employeur paraît évidente, tel n'est apparemment pas toujours le cas lorsque les protagonistes au procès civil se trouvent être le travailleur assuré et l'assurance collective perte de gain de l'employeur. Or, il incombe au travailleur d'apporter la preuve de la survenance du sinistre, et, du maintien, dans le temps, de son incapacité de travail ; il n'incombe pas à l'assureur d'apporter la preuve du rétablissement de l'assuré, et partant, de la fin du cas d'assurance⁹⁰. En revanche, il incombe à l'assureur perte de gain LCA

⁸⁶ Par exemple : assistante sociale, médecin du travail/médecin de l'entreprise, Office cantonal de l'emploi/Inspection du travail.

⁸⁷ TF 4A_85/2017 du 8 septembre 2017, c. 2.3 et 2.4 ; TF 8C_760/2012 du 4 septembre 2013, c. 3, *in* : JAR 2014 p. 315.

⁸⁸ Pour un exemple, cf. TF 4A_526/2014 du 17 décembre 2014, c. 2. 3, *in* : JAR 2015 p. 417.

⁸⁹ À noter que le travailleur, tant qu'il est sous contrat, est tenu, en vertu de son devoir de fidélité (art. 321a CO) à donner suite à un rendez-vous fixé par le médecin-conseil de l'employeur, chargé d'établir une expertise privée (cf. les faits dans TF 4A_631/2009 du 17 février 2010). Il en va de même si cette demande est formulée par l'assurance collective perte de gain de l'employeur ; en tant qu'assuré, il est tenu de contribuer à diminuer le dommage (art. 61 LCA), et partant, d'accepter de se soumettre à une expertise privée commandée par l'assureur (cf. les faits dans TF 4A_2/2014 du 19 février 2014).

⁹⁰ TF 4A_66/2017 du 14 juillet 2017, c. 3.2 ; TF 4A_85/2017 du 4 septembre 2017, c. 3.3 ; déjà ATF 141 III 241, c. 3.1.

d'apporter la preuve, au besoin par une expertise judiciaire médicale, que l'assuré était parfaitement à même d'accepter une réorientation professionnelle et que, l'ayant refusée, il a fautivement omis de contribuer à diminuer le dommage⁹¹.

À noter que, s'agissant de litiges sur les assurances dites complémentaires à l'assurance sociale, telles que l'assurance perte de gain LCA, confiés à la connaissance d'une instance cantonale unique – généralement le Tribunal cantonal des assurances – on appliquera les règles du CPC⁹² – et non pas celles de la procédure administrative. En d'autres termes, l'assuré qui prétend au maintien des versements des indemnités journalières et assigne, à cet effet, l'assureur perte de gain LCA en justice, risque de devoir solliciter, à ses frais, une expertise judiciaire – ses propres certificats et rapports médicaux étant taxés de simples *allégués de partie*.

b) Art. 336c al. 1 CO (protection contre le congé en cas de maladie, accident, maternité)

Cette disposition a été introduite non pas du fait que l'état du travailleur au moment de la réception de la résiliation l'empêcherait de chercher un autre emploi, mais parce qu'un engagement par un nouvel employeur à la fin du délai de congé ordinaire paraît hautement invraisemblable en raison de l'incertitude quant à la durée et au degré de l'incapacité de travail⁹³.

Là aussi, il incombe à la personne employée de faire valoir, au besoin par le biais d'une expertise médicale, que le congé lui a été notifié durant une période de protection de l'art. 336 al. 1 CO – ou que le cours du congé a été interrompu pour la durée, à lui applicable, du délai de protection. De même, c'est à lui d'apporter, au besoin toujours par le biais d'une expertise médicale⁹⁴, la preuve qu'une période de protection se cumule avec une autre, du fait de la survenance successive de causes de protection différentes⁹⁵ (cumul inter-littéral, cumul intra-littéral). L'employeur assumera la contre-preuve.

⁹¹ Arrêt de la Cour d'appel civile du canton de Vaud du 8 février 2016 (PTF11.02198), c. 5.1 ; TF 4A_304/2012 du 14 novembre 2012, c. 2.4.

⁹² Art. 7 CPC ; ATF 141 III 479, c. 2. La conciliation préalable n'est pas prévue ; ATF 138 III 558, RSPC 2013 p. 1.

⁹³ Message du Conseil fédéral du 9 mai 1984, FF 1984 II 628 ; ATF 128 II 2012, c. 2 c ; TF 8C_1074/2009 du 2 décembre 2010, c. 3.4.5.

⁹⁴ TF 4A_706/2016 du 4 août 2017, c. 2.1-4.

⁹⁵ Le cumul intra-littéral s'applique non seulement en cas de séquence maladie – accident, ou accident – maladie, mais également lorsqu'une maladie de type A est suivie par une maladie de type B, c'est-à-dire qu'on n'a pas affaire à une simple rechute. De même, il se justifie lorsqu'un accident est suivi par un autre ; ATF 120 II 124, c. 3 ; TF 4A_706/2016 du 4 août 2017, c. 2.1 ; arrêt du Tribunal cantonal du canton de Saint-Gall du 9 juin 2017 (BO.2016.47), *in* : www.sg.ch,

Ainsi, une grossesse survenue *in extremis* le dernier jour des rapports de travail peut suffire pour prolonger ces derniers pour la durée de la maternité⁹⁶. Encore faut-il déterminer la notion et le *dies a quo* de la grossesse, c'est-à-dire le moment de la conception. L'expertise médicale ordonnée par le juge peut renseigner sur le moment d'une fécondation de l'ovule, et le moment ultérieur (7 jours) de la nidification de l'ovule fécondé dans l'utérus – mais c'est au juge de décider, en droit, si le début de la grossesse coïncide avec la fécondation (naturelle) de l'ovule, ou avec son implantation dans l'utérus. Le Tribunal fédéral, saisi de ces questions, a tranché, suivant l'avis des instances cantonales, que le début de la grossesse coïncidait avec la fécondation de l'ovule⁹⁷.

c) Art. 328 al. 1 CO (protection contre les atteintes à la santé physique et psychique)

Le troisième domaine où il est souvent – mais pas toujours – fait appel à une expertise judiciaire médicale est celui de la *protection de la personnalité du travailleur* (art. 328 al. 1 CO). Sont particulièrement visés les atteintes à la santé et le tort moral du travailleur censément causés par un *harcèlement psychologique* ou *sexuel à la place de travail*.

L'atteinte à la santé physique ou psychique du travailleur qui peut en résulter constitue une atteinte à un bien absolu de sa personnalité ; elle procède en principe d'une violation d'*obligations contractuelles* (art. 97 CO) – notamment de l'obligation de l'employeur de protéger activement la personnalité du travailleur – et simultanément d'un *acte illicite* (art. 41 CO), et cette atteinte, à l'évidence, appelle *réparation* ; celle-ci est due par le responsable contractuel (ex : art. 97 CO *cum* art. 99 al. 3 CO)⁹⁸ ou délictuel (ex : art. 41 CO), pour autant que le lésé puisse démontrer l'existence d'un *préjudice*, d'une *faute* ou d'une responsabilité objective, et du lien de *causalité naturelle* et, en droit, convaincre le

p. « <https://www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/rechtsprechung/kantonsgericht/entscheide-2017/zivilkammern--inkl--einzelrichter-.html> » (site consulté le 6 février 2018) ; STREIFF/VON KAENEL/ RUDOLPH, N 4 *ad* art. 336c CO, p. 1075.

⁹⁶ ATF 143 III 21.

⁹⁷ ATF 143 III 21, c. 2.3, confirmant l'arrêt de la Cour de justice de la Chambre des prud'hommes du canton de Genève du 30 avril 2015 (C/15043/2011-5).

⁹⁸ Vis-à-vis d'une collaboratrice, partenaire contractuelle, victime d'agissements illicites commis par un organe, l'employeur, personne morale, répond de la violation de ses obligations contractuelles sur la base de l'art. 55 CC ; si ces agissements sont imputables à l'un de ses employés, la responsabilité contractuelle de la société se fonde sur l'art. 101 CO. La thèse selon laquelle, dans le premier cas, les agissements incriminés de son organe ne seraient pas couverts par les *buts statutaires* de la société, ou, dans le second cas, ne figureraient pas dans le *cahier des charges* de l'employé accusé, servant à la société à se dégager de sa responsabilité, n'est plus reçue en droit ; LEMPEN, pp. 251-256 ; WYLER/HEINZER, p. 354 ; Tribunal des prud'hommes du canton de Genève, Jugement du 29 novembre 1988, *in* : JAR 1988 p. 170 et Plädoyer 1/1989 p. 60 ; ATF 125 III 70 c. 3.

juge, avec succès, de l'existence d'une *causalité adéquate* entre le fait générateur (l'acte ou l'omission) imputé et le préjudice subi. La nature et le montant de la réparation sont déterminés par le juge, compte tenu de toutes les circonstances, de l'importance de la faute⁹⁹ et de la gravité de l'atteinte (art. 43 al. 1, art. 47 CO ; art. 49 CO ; cf. aussi art. 28 CC).

Si l'atteinte illicite (art. 41 CO) à la santé psychique de la victime débouche non seulement sur une incapacité de travail, mais, par la suite, sur une *incapacité de gain* durable, le juge peut condamner l'employeur fautif ou responsable, à assumer la perte de gain (*Erwerbsschaden*) en résultant – sous déduction des prestations des assurances sociales – ainsi que le dommage de rente futur (*Rentenschaden*)¹⁰⁰.

Dans ce contexte, l'expert peut être invité à se prononcer sur l'existence d'une pathologie physique ou psychique antérieure à l'atteinte, qui a augmenté le dommage de manière fortuite. Le juge lui posera cette question d'office ou sur requête en vue de la fixation des dommages-intérêts¹⁰¹ (art. 42, 44 al. 1 CO).

On peut se demander si la constatation du harcèlement sexuel ou psychologique échoit au juge ou à l'expert judiciaire médical.

Ce qui paraît sûr, c'est que l'expert doit déterminer les faits, *survenus sur le lieu de travail*, ayant, en causalité naturelle, débouché sur l'affection diagnostiquée, à l'origine de l'incapacité de travailler du sujet examiné¹⁰². Ce travail d'anamnèse ne doit pas le conduire

⁹⁹ En cas de responsabilité objective (« causale », art. 55 CO) – par exemple celle de l'employeur vis-à-vis d'un tiers pour les agissements illicites (comme un harcèlement sexuel) commis par des collaborateurs –, la présence et la preuve d'une faute ne sont pas exigées, et la triple preuve libératoire serait difficile à administrer.

¹⁰⁰ Pour un exemple de prétentions accordées, cf. TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, c. 5.2.1, in : JAR 2005 p. 285 (*Mme X, secrétaire communale* [contrat de droit privé] c/*Commune de Vevey*) ; de prétentions rejetées, cf. TF 8C_910/2011 du 27 juillet 2012, faits au B.a ; de prétentions rejetées par les instances cantonales, mais dans des arrêts de renvoi du Tribunal fédéral pour réexamen (non arbitraire) de l'expertise judiciaire médicale, cf. TF 4P.392/2005 du 21 février 2006, *passim*, in : JAR 2007 p. 184 (*Y, boursière communale* [contrat de travail privé] c/*Commune vaudoise*) – prétentions ultérieurement définitivement rejetées (cf. TF 4A_245/2009 du 6 avril 2010 : absence d'un lien de causalité naturelle) ; par exemple aussi TF 1C_418/2009 du 27 mai 2009, *passim*, in : JAR 2010 p. 324 (*X, employée intérimaire* [contrat de travail privé] c/*Etat de Vaud*) ; par exemple aussi TF 4A_564/2008 du 26 mai 2009, c.3.2, in : ARV/DTA 2009 p. 307 (*rédacteur c/éditeur neuchâtelois*).

¹⁰¹ TF 4C.320/2005 du 20 mars 2006, c. 4.5. Pour une critique de la théorie de la *prédisposition constitutionnelle* d'une victime d'un harcèlement psychologique, cf. DUNAND, p. 15.

¹⁰² ATF 133 III 462, c. 4.4.2 ; TF 8C_910/2011 du 27 juillet 2012, c. 4.2 ; TF 4A_564/2008 du 26 mai 2009, c. 3.2.

à mener des investigations et des enquêtes personnelles – à la place du juge – dans l'entreprise, et au sein du personnel¹⁰³.

À notre sens, la qualification des causes exposées par l'expert comme harcèlement psychologique ou sexuel, et l'examen de leur adéquation juridique avec l'atteinte à la santé constatée incombent au *juge*¹⁰⁴. Quoi qu'en puisse tenter d'affirmer l'expert, tout acte ou omission, fût-il critiquable, et répété dans le temps, ne permet pas forcément une qualification de harcèlement ; le travail du juge consiste justement à déterminer si le problème ne procède pas d'un conflit de coopération (conflit relationnel) entre deux sujets, ou d'une divergence quant à l'orientation de la collaboration entre un chef et son équipe, voire, tout simplement, du stress au travail généré par le mode de production imposé par l'employeur.

d) Autres cas

Une expertise judiciaire médicale peut se justifier lorsque, par exemple, l'employeur a promis, dans le cadre d'un plan social, ou d'un avenant au contrat de travail d'un collaborateur précis, d'assumer, à vie ou pour une durée déterminée, la perte de gain (*Erwerbsausfall*) découlant d'un accident, pour la part non couverte par les assurances sociales (AI, LAA, LPP)¹⁰⁵.

De même, la mesure peut s'imposer dans un procès pour licenciement abusif (art. 336 ss CO) où les parties se trouvent en désaccord sur l'existence, et en particulier l'incidence d'une maladie psychique, d'une addiction à l'alcool, ou d'une maladie prétendument contagieuse, du travailleur, pour le travail dans l'entreprise¹⁰⁶. Le licenciement abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO sera très certainement caractérisé lorsque la mesure suit, dans une temporalité suspecte, une démarche de l'employé licencié en vue d'obtenir, de

¹⁰³ Théoriquement, une telle délégation est cependant possible et prévue par l'art. 186 al. 2 CPC – mais elle vise, à l'évidence, des expertises autres que médicales. D'une façon générale, l'expert, qu'il soit médecin ou non, n'a pas à procéder à l'audition de témoins ; cf. RUETSCHI, *in* : BK ZPO, N 1 *ad* art. 186 CPC.

¹⁰⁴ ATF 132 III 715, c. 2. 2 ; ATF 123 III 110, c. 2 et 3 ; arrêt de la Chambre civile de la Cour de Justice du canton de Genève du 26 juin 2015 (C/21324/2008), c. 7.4.

¹⁰⁵ Pour un exemple, cf. arrêt de l'Obergericht du canton de Zurich du 30 août 2012 (LA120024-O/U).

¹⁰⁶ L'on notera qu'en droit du travail allemand, la *krankheitsbedingte Kündigung* n'est, à la lumière du *Kündigungsschutzgesetz*, uniquement possible à la condition que l'employeur apporte la preuve – généralement par la production d'une *expertise médicale* indépendante (*i. e.* établie par un médecin du travail), que l'intéressée ne pouvait être gardée en emploi et que, partant, le congé donné n'était pas *sozialwidrig* (cf. arrêt du Landesarbeitsgericht du land de Hesse du 3 août 2015 (16 SA 1378/14) ; arrêt du Landesarbeitsgericht du land de Rheinland-Pfalz du 17 juillet 2012 (3 Sa 99/12).

l'employeur, la protection de sa personnalité (art. 328 al. 1 CO) contre des atteintes illicites et pathogènes¹⁰⁷.

Est également envisageable le cas où les parties sont en litige par rapport à un prétendu abandon de poste – alors que le travailleur affirme avoir été, pour des raisons de santé, hors mesure d'avertir de suite l'employeur de son empêchement.

Enfin, un litige est également concevable en rapport avec la conclusion d'un accord de cessation des rapports de travail (*Aufhebungsvertrag*). L'employé, se rendant compte d'avoir signé un texte qui lui est largement défavorable, pourrait être tenté de plaider une altération, au moment de la signature, de sa capacité de discernement (art. 16-18 CC), du fait d'une maladie psychique. Seule une expertise judiciaire médicale permettrait, dans un tel cas, de trancher le différend¹⁰⁸.

3. Aspects procéduraux

a) L'expertise médicale en procédure ordinaire/simplifiée

En procédure ordinaire, l'expertise médicale peut être sollicitée et ordonnée d'entrée de cause (dans les écritures des parties, lors des débats d'instruction). Elle peut également être ordonnée par le juge, au cours des débats principaux, sur le vu d'éléments apparus en cours de procédure. Exceptionnellement, elle peut être ordonnée par l'instance d'appel.

En procédure simplifiée¹⁰⁹, l'expertise médicale devrait être sollicitée sans tarder. Si le tribunal établit les faits d'office – ce qui est le cas lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas Fr. 30'000.- – et que le litige a trait à un contrat de travail (art. 247 al. 2 ch. 2 CPC), la mesure peut être ordonnée d'office. Il faut toutefois considérer l'importance des frais d'une expertise judiciaire médicale par rapport à la valeur litigieuse, et donc n'y recourir qu'en dernière extrémité.

b) L'expertise médicale en procédure sommaire

La procédure sommaire s'applique, entre autres, aux *cas clairs* (art. 248 let. b CPC) et aux *mesures provisionnelles* (art. 248 let. d CPC). La preuve est rapportée par titres (cf. art. 254 al. 1. CPC) – mais d'autres moyens de preuves sont admissibles dans les cas suivants :

¹⁰⁷ En ce sens, cf. par exemple arrêt de la Cour d'appel civile du canton de Vaud du 3 mai 2016 (PT14.03255), c. 4.1-5.3 (en l'espèce : conflit interpersonnel entre deux collaborateurs que l'employeur a laissé dégénérer, ce dont l'employé, croyant à un cas de *mobbing*, s'était plaint *de bonne foi*).

¹⁰⁸ ATF 108 V 121 ; ATF 117 II 231 ; TF 4A_194/2009 du 16 juillet 2009, c. 5.1.1, RSPC 2009 p. 368.

¹⁰⁹ La procédure simplifiée s'applique aux affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse ne dépasse pas Fr. 30'000.- (art. 243 al. 1 CPC), ainsi, notamment et quelle que soit la valeur litigieuse, aux litiges relevant de la Loi fédérale entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (art. 243 al. 2 let. a CPC).

a. leur administration ne retarde pas sensiblement la procédure, b. le but de la procédure l'exige, c. le tribunal établit les faits d'office (cf. art. 254 al. 2 CPC). À teneur de l'art. 257 CPC, l'on se trouve en présence d'un cas clair lorsque l'état de fait n'est pas litigieux ou est susceptible d'être immédiatement prouvé et que la situation juridique est claire.

L'on voit mal qu'une expertise médicale puisse être sollicitée et ordonnée dans le cadre d'une saisie du tribunal sur la base d'un « cas clair » ; la chose paraît largement antinomique.

Resterait le cas où, sur la base d'une expertise médicale établie, à point nommé, par une autorité dans une autre procédure (AI, LAA), le requérant serait à même d'établir, de façon incontestable, son incapacité de travail, et partant, son droit au salaire (art. 324a et b CO) ou à une autre prestation contractuelle ou légale non assujettie à l'appréciation du juge.

c) L'expertise médicale et la preuve à futur

À teneur de l'art. 158 CPC, le tribunal administre les preuves « en tout temps ». La note marginale de la disposition parle de « preuve à futur » (*vorsorgliche Beweisführung*). La mesure intervient, par définition, avant toute procédure au fond. L'administration de la preuve à futur se justifie « lorsque la mise en danger des preuves ou un intérêt digne de protection est rendu vraisemblable par le requérant ». Il suffit que ce dernier entende obtenir plus de certitude sur ses chances de succès dans un possible procès au fond¹¹⁰.

Elle est fréquemment demandée dans les cas mettant en jeu la responsabilité civile du détenteur d'un véhicule automobile ou d'un médecin¹¹¹.

Il est parfaitement possible, et la pratique le démontre, qu'une partie *au contrat de travail* sollicite et obtienne, elle aussi, une expertise judiciaire médicale à titre de preuve à futur¹¹². Dans ce cas-là, l'expertise prendra, en règle générale, la forme d'une brève expertise (*Kurzgutachten*)¹¹³.

La procédure applicable est celle qui régit les mesures provisionnelles (art. 158 al. 2 CPC) – soit donc, la procédure sommaire (art. 248 let. d CPC).

¹¹⁰ ATF 140 III 24, c. 3.3.4 ; ATF 140 III 16, c. 2.5 ; SALVADE, thèse, p. 172 ; TREZZINI, La figura del perito, p. 50.

¹¹¹ Pour des exemples, cf. ATF 104 III 24 ; TF 4A_322/2012 du 21 février 2013, c. 2.2.1, RSPC 2013 p. 239 ; arrêt de l'Obergericht du canton de Zurich du 2 avril 2014 (PF130063-O).

¹¹² Arrêt de la Cour d'appel civile du canton de Neuchâtel du 12 février 2016 (CACIV.2015.96), in : RJN 2016 p. 232.

¹¹³ TF 5A_319/2016 du 27 janvier 2017, RSPC 2017 p. 260.

d) Droits des parties

À teneur de l'art. 155 al. 3 CPC, les parties ont le droit de participer à l'administration des preuves. Il en va de leur droit d'être entendues.

Cette règle trouve une exception notable dans le cas d'une expertise médicale. Il coule de source que la personne à expertiser soit seule face à l'expert médical. Ni l'employeur ou son conseil, ni le conseil du travailleur – ou de l'assureur perte de gain – n'ont le droit d'assister à l'examen effectué par l'expert¹¹⁴.

Une fois l'expertise judiciaire médicale terminée et déposée, le tribunal en communique copie aux parties et leur fixe un délai pour se déterminer, généralement par écrit, par rapport au contenu et aux conclusions de celle-ci. Les parties peuvent demander des explications, attirer l'attention sur des carences de l'expertise et poser à l'expert des questions complémentaires (art. 187 al. 3 CPC). À cet effet, ce dernier peut être auditionné par le tribunal.

Si l'expert a omis de se déterminer par rapport aux questions et conclusions d'une expertise privée, ou d'un rapport médical, versés aux débats¹¹⁵, il peut être invité – lors de son audition – à en discuter et à accepter la confrontation des thèses en présence. Si nécessaire, il peut être amené à compléter son travail aux fins de dissiper les doutes nés de cette confrontation¹¹⁶.

Une expertise médicale fondée sur les seules déclarations du patient, est insuffisante à prouver une situation de *mobbing* – l'autorité judiciaire pouvant, dans ce cas, procéder elle-même à l'analyse des faits reprochés¹¹⁷. Toutefois, si le tribunal entend s'écarter des conclusions de l'expertise et exceptionnellement prendre en compte ses propres « connaissances », il *doit* préalablement donner l'occasion aux parties de se déterminer à ce sujet¹¹⁸.

¹¹⁴ ATF 132 V 443, c. 3 ; ATF 119 Ia 260, c. 6c, SJ 1994 p. 219 ; GULDENER, p. 178 ; RUETSCHI, *in* : BK, N 2 *ad* art. 186 CPC ; GUYAZ, p. 140.

¹¹⁵ En règle générale, l'expert mandaté aura connaissance de l'expertise privée au moment où le tribunal lui aura remis le dossier judiciaire. Il n'est obligé de discuter, dans son expertise, que les éléments traités et les conclusions tirées par l'expert privé.

¹¹⁶ WEIBEL, *in* : Kommentar ZPO, N 15 *ad* art. 187 CPC ; TF 4P.329/2005 du 21 février 2006, c. 3.5, *in* : JAR 2007 p. 184.

¹¹⁷ TF 4A_245/2009 du 6 avril 2010, c. 4.3.3 ; arrêt de la Cour d'appel civile du canton de Vaud du 4 mai 2016 (PT14.03255), c. 3. 2.

¹¹⁸ TF 5A_478/2013 du 6 novembre 2013, c. 4.1, RSPC 2014 p. 242.

B. Dans les litiges de rapports de travail soumis au droit public

1. Expertise médicale ordonnée par le juge

a) Bases légales

Les rapports de travail du personnel de l'État ou des établissements publics sont traditionnellement soumis au droit public et ainsi régis par la procédure administrative¹¹⁹. Les dispositions applicables dans le cadre de la procédure prévoient, en règle générale, que le juge peut ordonner des expertises, et partant, des expertises médicales.

Au niveau fédéral, la procédure par devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA, RS 172.021)¹²⁰, qui prévoit que l'autorité procède s'il y a lieu à l'administration de preuves par des expertises¹²¹. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a confirmé, dans un cas particulier, que le Tribunal administratif fédéral était en droit d'ordonner une expertise médicale¹²². Dans cette affaire, le recourant avait toujours soutenu lui-même la nécessité d'une mesure d'instruction sous la forme d'une expertise médicale si les preuves qu'il avait offertes se révélaient insuffisantes, pour établir qu'il était incapable de discernement au moment où il avait remis sa démission à l'employeur. La Haute Cour a considéré qu'en tant qu'autorité de recours disposant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit, le Tribunal administratif fédéral était légitimé à partager le point de vue du recourant et, pour des raisons d'économie de procédure, à décider d'administrer lui-même le moyen de preuve demandé par le recourant. Autrement dit, le Tribunal administratif fédéral peut ordonner des expertises médicales dans tous les cas où il le juge opportun.

La Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF, RS 173.110) prévoit que la procédure probatoire est régie par les art. 36, 37 et 39 à 65 de la Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (PCF, RS 273). Conformément à cette loi, lorsque le juge doit être éclairé sur des circonstances de la cause qui exigent des connaissances spéciales, il se fait assister par un ou plusieurs experts. Ceux-ci participent à l'instruction de la cause dans la mesure fixée par le juge et donnent leur avis sur les questions qu'il leur soumet¹²³.

¹¹⁹ TANQUEREL, par. 266 et 287.

¹²⁰ Art. 37 de la Loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 (LTAF, RS 173.32).

¹²¹ Art. 12 let. e PA.

¹²² TF 8C_686/201 du 27 septembre 2011, c. 2.

¹²³ Art. 57 al. 1 PCF.

Le juge donne aux parties l'occasion de s'exprimer sur le libellé des questions à poser aux experts, ainsi que de proposer des modifications et des adjonctions¹²⁴.

Au niveau cantonal, nous mentionnons, à titre d'exemple, le droit genevois qui prévoit que lorsqu'une expertise est ordonnée, l'autorité, le cas échéant le juge, nomme un ou des experts¹²⁵.

b) Domaines et matières justifiant le recours à une expertise médicale

Comme dans le droit privé, les domaines justifiant le recours à une expertise médicale sont en principe le droit au salaire en cas d'empêchement pour cause de maladie, accident ou maternité, mais aussi le droit de demander la restitution des indemnités versées à tort par l'employeur¹²⁶, la protection contre le congé en cas de maladie, accident ou maternité¹²⁷ ou encore la protection contre les atteintes à la santé physique et psychique¹²⁸.

Dans la mesure où le droit de la fonction publique offre une protection accrue à ses agents, dont découlent des prétentions plus étendues, la question de l'expertise médicale se pose également dans d'autres situations. En particulier, une expertise médicale peut s'avérer nécessaire, lors de l'engagement, pour évaluer l'aptitude d'une collaboratrice ou d'un collaborateur à exercer sa fonction, ou dans le cadre d'une promotion¹²⁹. La même question peut se poser lors de la résiliation des rapports de service pour des raisons médicales, car l'incapacité médicale peut, dans certains cas, rendre inévitable la fin des rapports de service si la personne concernée n'est plus en mesure d'exercer une autre activité au service de son employeur public¹³⁰.

¹²⁴ Art. 57 al. 2 PCF.

¹²⁵ Art. 76 de la loi sur la procédure administrative genevoise du 12 septembre 1985 (LPA, RS/GE E 5 10), en lien avec l'art. 38 LPA/GE.

¹²⁶ Pour un exemple, cf. arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice genevoise (ci-après : ATA) du 13 octobre 2015 (ATA/1091/2015).

¹²⁷ Pour un exemple, cf. ATA du 29 septembre 2015 (ATA/1004/2015), c. 4 à 6 – le Tribunal fédéral a rejeté le recours contre l'arrêt précité (TF 8C_826/2015 du 21 septembre 2016).

¹²⁸ Pour un exemple, cf. TF 1C_418/2008 du 27 mai 2009.

¹²⁹ ATA du 30 août 2011 (ATA/530/2011).

¹³⁰ TAF 8C_708/2014 du 23 janvier 2015 ; TAF A-5801/2014 du 25 mars 2015 ; TAF A-3406/2011 du 6 mars 2012 ; ATA du 22 août 2017 (ATA/1197/2017). Cf. également un cas de résiliation des rapports de service pour absence non justifiée par certificat médical : TAF A-6820/2008 du 15 avril 2009. S'agissant de la capacité de discernement d'un collaborateur, le comportement fautif et l'incapacité à exercer les devoirs de la fonction d'enseignante, cf. TF 8C_686/2010 du 27 septembre 2011, TF 8C_983/2009 du 16 novembre 2010 et TF 8C_46/2009 du 24 août 2009.

S'agissant du canton de Genève, il y a lieu de mentionner la procédure de reclassement qui doit être engagée impérativement avant la résiliation des rapports de service¹³¹. Toutefois, selon la jurisprudence de la Chambre administrative de la Cour de justice genevoise, l'employeur est dispensé de l'obligation d'ouvrir une procédure de reclassement préalable à un licenciement si le médecin-conseil constate que le fonctionnaire n'est médicalement pas apte à reprendre un quelconque emploi au sein de l'État à court ou moyen terme¹³².

c) Expertise médicale ordonnée d'office ou sur requête

Comme il a été affirmé ci-dessus¹³³, l'expertise médicale peut en principe être ordonnée d'office ou sur requête. Toutefois, pour les raisons exposées ci-après¹³⁴, il est rare que le juge administratif ordonne une telle expertise. En règle générale, cette initiative revient plutôt aux parties à la procédure. En effet, tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes¹³⁵. Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de pouvoir renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier¹³⁶. Dès lors, il faut s'attendre à ce que le juge refuse une telle demande s'il considère qu'il dispose d'un dossier complet lui permettant de trancher le litige et de se prononcer sur les griefs soulevés en toute connaissance de cause.

À titre d'exemple, dans un cas concernant le canton de Genève, la recourante a demandé dans son recours contre la décision mettant fin aux rapports de service l'établissement

¹³¹ Art. 21 al. 3 de la Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC, RS/GE B 5 05) et art. 46A du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 24 février 1999 (RPAC, RS/GE B 5 05.01).

¹³² ATA du 18 octobre 2016 (ATA/876/2016), c. 5f. Il n'y a pas d'obligation d'ouvrir une procédure de reclassement, même si le fonctionnaire concerné est prêt à collaborer à la mise en place de cette mesure alors que le délai de protection contre la résiliation des rapports de service pour temps inopportun est échu ; ATA du 15 décembre 2015 (ATA/ 1343/2015), c. 9c, avec référence aux arrêts ATA du 9 juin 2015 (ATA/585/2015) et ATA du 7 octobre 2014 (ATA/783/2014) : « que le fonctionnaire ne conteste pas cette situation » ; ATA du 8 décembre 2015 (ATA/ 1299/2015), c. 9c.

¹³³ Voir *supra* II.B.1.

¹³⁴ Voir *infra* III.B.1.f.

¹³⁵ ATF 132 V 368, c. 3.1.

¹³⁶ ATF 136 I 229, c. 5.2.

d'une expertise médicale, à effectuer par un médecin spécialisé en psychiatrie (FMH en psychiatrie), afin de déterminer l'absence d'impact de son trouble anxieux sur son activité professionnelle¹³⁷. Toutefois, la Chambre administrative de la Cour de justice genevoise a renoncé à ordonner une telle expertise parce qu'elle a estimé qu'elle disposait d'un dossier complet, et que même à considérer que l'expertise eût été totalement favorable à la recourante, ce résultat n'aurait pas modifié la solution au litige¹³⁸.

Par ailleurs, le juge peut également renoncer à ordonner une expertise médicale si le collaborateur refuse de communiquer les documents médicaux le concernant en invoquant le secret médical¹³⁹. Dans une affaire, le Tribunal fédéral a rappelé qu'il incombait au travailleur d'apporter la preuve que son empêchement de travailler était dû à la maladie ou à l'accident. Dans les certificats produits par le collaborateur, son médecin traitant s'était contenté de faire état d'une incapacité de travail, sans indiquer, ne fût-ce que sommairement, le motif de cette incapacité ni prendre position sur le rapport de l'expert de l'assureur-maladie. Le fait que le collaborateur s'était retranché derrière le secret médical pour refuser de communiquer ce rapport à l'employeur ou toute attestation plus détaillée relative à son état de santé donnait à penser qu'il n'était pas en mesure de justifier son incapacité de travail. Ainsi, le Tribunal fédéral a considéré que dans ces conditions, la juridiction précédente pouvait, sans tomber dans l'arbitraire, considérer que l'incapacité alléguée n'était pas établie et écarter la demande d'expertise¹⁴⁰.

d) Audition du médecin par le juge

Plutôt que d'ordonner une expertise médicale, le juge procède le plus souvent à l'audition du médecin (médecin traitant, spécialiste ou médecin-conseil) qui a pris en charge la personne concernée et émis un certificat médical à son sujet. En règle générale, les certificats médicaux ne précisent pas les motifs d'ordre médical sur lesquels le médecin fonde son avis et contiennent uniquement la conclusion. Généralement, il est simplement indiqué si la personne concernée est en incapacité de travail ou non. Une audition se justifie d'autant plus si le dossier contient des avis médicaux divergents¹⁴¹. Le médecin est entendu en qualité de témoin¹⁴².

¹³⁷ ATA du 20 janvier 2015 (ATA/84/2015).

¹³⁸ ATA du 20 janvier 2015 (ATA/84/2015), c. 2.

¹³⁹ TF 8C_760/2012 du 4 septembre 2013 ; voir II.B.1 ci-dessus.

¹⁴⁰ Pour d'autres exemples, voir *supra* II.B.1.

¹⁴¹ Voir également *infra* III.B.3.b.

¹⁴² En ce sens, cf. par exemple ATA du 29 septembre 2015 (ATA/1004/2015), en fait, ch. 77 et en droit, c. 2 ; ATA du 25 février 2014 (ATA/117/2014). Pour des exemples de refus, cf. ATA du 13 octobre 2015 (ATA/1091/2015), c. 2c ; ATA du 18 octobre 2016 (ATA/876/2016), c. 6c : la Chambre administrative de la Cour de justice genevoise a relevé qu'aucune règle du droit de la fonction publique

En outre, il faut tenir compte du temps écoulé entre le moment où la personne a été prise en charge par un médecin et la procédure devant le juge. Se pose alors la question de savoir quelle est l'utilité d'une expertise effectuée par un médecin qui devra évaluer l'état de santé d'une personne plusieurs mois, voire des années après le début de l'incapacité de travail. Bien souvent, l'audition du médecin qui a pris en charge la personne concernée et l'appréciation circonstanciée de son témoignage s'avèrent plus pertinentes qu'une expertise médicale.

e) Droit du juge de s'écarter des preuves administrées ?

Dans un cas concret, le Tribunal fédéral a précisé que la juridiction cantonale ne pouvait pas s'écarter, sur la base d'une simple présomption, des constatations circonstanciées exposées par le médecin traitant dans un certificat médical, sans ordonner une expertise médicale ou à tout le moins auditionner ledit médecin. Le Tribunal fédéral a considéré qu'au regard de la seule pièce médicale au dossier, il était pour le moins contestable de nier l'existence d'une maladie mentale et d'exclure l'incapacité de discernement au motif que la collaboratrice s'était tout de même rendue au travail, qu'elle y avait eu de nombreux contacts avec ses collègues, et qu'elle avait refusé de consulter un médecin. De plus, le Tribunal fédéral a ajouté que la collaboratrice avait expressément demandé l'audition de son médecin traitant en vue de renverser la présomption de capacité de discernement à laquelle se référait la juridiction cantonale ; les premiers juges ne pouvaient rejeter cette demande au simple motif que le médecin traitant avait pu exprimer tous les éléments utiles à sa patiente dans son certificat du 24 juin 2009, tout en s'écartant des faits constatés dans ce document, en l'absence de toute autre pièce médicale convaincante au dossier¹⁴³.

Dans un autre cas concernant un *mobbing*, le Tribunal fédéral a relevé que l'autorité cantonale ne pouvait pas s'écarter des divers témoignages et de l'expertise judiciaire médicale sans raison sérieuse¹⁴⁴. L'autorité cantonale avait fait preuve de retenue à l'égard d'un témoin, car ce dernier avait des déclarations contradictoires. Or, le Tribunal fédéral a jugé que le témoin avait donné des explications plausibles quant à l'évolution de ses différentes déclarations. Ainsi, la prise en compte de la déclaration avec retenue était arbitraire. De plus, le Tribunal fédéral a constaté qu'il n'était pas admissible d'écarter d'emblée les témoignages d'autres employés ayant également été victimes de comportements hostiles et qui éprouvaient du ressentiment à l'égard de l'auteur de ceux-

ne prescrivait de modalités particulières de mise en œuvre du droit d'être entendu du fonctionnaire par l'employeur lorsque ce dernier recevait des avis médicaux de médecins-conseil de l'État et envisageait de résilier les rapports de service, de sorte que, conformément à l'art. 41 2^e phrase LPA/GE – à teneur duquel les parties ne pouvaient prétendre à une audition verbale sauf dispositions légales contraires –, le collaborateur n'était pas en droit d'exiger une audition verbale.

¹⁴³ TF 8C_983/2009 du 16 novembre 2010.

¹⁴⁴ TF 1C_418/2008 du 27 mai 2009.

ci. Si l'on suivait les autorités cantonales sur cette voie, l'existence d'un *mobbing* deviendrait quasiment impossible à démontrer dans tous les cas où les attaques du *mobbeur* supposé ne viseraient pas exclusivement un individu mais également d'autres collègues témoins de ces agissements. Le Tribunal fédéral a également retenu que les déclarations de témoins indirects, tels qu'un médecin de famille ou un expert, ne pouvaient pas nécessairement être exclues pour établir des actes de harcèlement. Enfin, les autorités cantonales ne pouvaient pas non plus faire totalement abstraction du rapport d'expertise judiciaire. Les experts ayant répondu clairement et de façon circonstanciée aux questions qui leur étaient posées à cet égard, ignorer leurs conclusions reviendrait à remettre en cause la nécessité même d'une telle expertise, pourtant ordonnée par l'autorité cantonale. Surtout, l'arrêt attaqué retenait que les conclusions de l'expertise ne permettaient pas d'affirmer qu'il y avait eu harcèlement. Or, l'expert judiciaire ne pouvait faire davantage que constater l'existence ou l'inexistence de symptômes compatibles avec ceux présents habituellement chez les victimes de tels actes. Ainsi, le Tribunal fédéral a constaté qu'il ne voyait pas quelle réponse plus claire pouvait être donnée, en l'occurrence, sans que l'expert ne se vît reprocher d'outrepasser son rôle en statuant à la place du juge.

Dans un arrêt récent concernant la résiliation immédiate des rapports de travail d'une collaboratrice du canton Vaud, le Tribunal fédéral a relevé que le rapport du groupe Impact¹⁴⁵ et les sources sur lesquelles s'appuient ses auteurs étaient des moyens de preuve pertinents dans un litige portant sur la résiliation des rapports de travail en raison d'un harcèlement psychologique, notamment quand il s'agissait d'en apprécier la gravité et l'intensité¹⁴⁶. La Haute Cour a constaté que la Cour d'appel du tribunal cantonal avait procédé à un établissement des faits arbitraire, en se fondant principalement sur les déclarations des témoins entendus dans la procédure devant le tribunal des prud'hommes, et en faisant abstraction du rapport ainsi que des témoignages recueillis par le groupe Impact, sans autre explication¹⁴⁷. Car ignorer ce rapport reviendrait à remettre en cause l'utilité même de la structure – en l'occurrence indépendante – mise en place par l'État de Vaud pour mener des procédures d'investigation en matière de harcèlement et de gestion des conflits. Ainsi, le Tribunal fédéral a renvoyé la cause à la Cour d'appel pour qu'elle établisse les faits et apprécie les preuves dans le respect de l'art. 9 Cst.

¹⁴⁵ « Le groupe Impact est une entité indépendante, rattachée administrativement à la Chancellerie d'État [du canton de Vaud] et fonctionnellement au président du Conseil d'État. Il est chargé de la gestion des conflits et du traitement des situations de harcèlement psychologique (*mobbing*) et sexuel au travail et répond à l'obligation légale faite à tout employeur de protéger la santé et la personnalité des travailleurs » ; cf. <https://www.vd.ch>, p. « <https://www.vd.ch/autorites/groupe-impact/> » (site consulté le 24 janvier 2018). Cf. DÉFAGO-GAUDIN, p. 168., GOLAY, pp. 247 ss.

¹⁴⁶ TF 8C_41/201 du 21 décembre 2017, c. 3.6.3.

¹⁴⁷ TF 8C_41/201 du 21 décembre 2017, c. 3.6.1 et 3.6.3.

Vu ce qui précède et selon la jurisprudence constante, il y a un cas d'arbitraire dans l'appréciation des preuves et l'établissement des faits lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables¹⁴⁸.

Relevons, dans ce contexte, que le juge garde sa liberté pour apprécier l'ensemble des preuves¹⁴⁹ et qu'il lui incombe précisément de confronter les témoignages recueillis et de juger de la portée qu'il convient de leur attribuer¹⁵⁰. Dès lors, il peut accorder plus de poids à certains d'entre eux au détriment d'autres¹⁵¹. Cette façon de procéder relève d'une appréciation normale des preuves. Ainsi, dans les limites mentionnées ci-dessus, le juge peut s'écarter des conclusions d'une expertise médicale ou d'un rapport d'un groupement spécialisé, comme par exemple le groupe Impact¹⁵².

f) Pertinence pratique pour le juge d'ordonner une expertise médicale

Comme déjà exposé, bien que les bases légales prévoient expressément que les juges peuvent ordonner des expertises, il n'existe que peu de cas où les juges ont ordonné une telle mesure. Rappelons que le Tribunal administratif fédéral a, certes, ordonné une expertise médicale pour établir si le recourant était incapable de discernement au moment où il avait remis sa démission à l'employeur¹⁵³. Il a toutefois souligné que ce moyen de preuve aurait dû être administré par l'autorité inférieure, à savoir la commission de recours interne des Écoles polytechniques fédérales (ci-après : EPF), ceci en vertu du principe de la maxime d'office et du plein pouvoir de cognition dont jouissait cette dernière¹⁵⁴.

L'une des raisons de cela tient au fait que l'autorité administrative doit respecter la maxime inquisitoire et donc constater les faits d'office et procéder s'il y a lieu à l'administration des preuves nécessaires, l'expertise faisant partie de ces moyens de preuve. Dans l'affaire précitée, l'École polytechnique fédérale de Lausanne (ci-après : EPFL) a fait valoir, de son côté, qu'en vertu des règles applicables au fardeau de la preuve, c'était au collaborateur de prouver son incapacité de discernement et non à elle de procéder à une expertise. Le

¹⁴⁸ ATF 140 III 264, c. 2.3.

¹⁴⁹ TF 8C_41/201 du 21 décembre 2017, c. 3.6.4.

¹⁵⁰ TF 8C_848/2015 du 24 octobre 2016, c. 4.2.

¹⁵¹ TF 8C_848/2015 du 24 octobre 2016, c. 4.2.

¹⁵² Cf. la procédure devant la Chambre administrative de la Cour de justice qui a relevé que l'autorité n'était pas liée par les conclusions du groupe de confiance ; ce jugement est confirmé par l'arrêt TF 8C_848/2015 du 24 octobre 2016.

¹⁵³ Voir *supra* l'arrêt TAF A-344/2009 du 19 juillet 2010.

¹⁵⁴ TAF A-344/2009 du 19 juillet 2010, c. 3.5 et 7. À toutes fins utiles, nous ajoutons que les frais de l'expertise, à savoir Fr. 5'800.-, ont été mis à la charge de l'EPFL selon l'art. 34 al. 2 de la LPers.

Tribunal administratif fédéral n'a pas suivi cet argument et a constaté que s'il était bien exact que celui qui entendait se prévaloir d'un fait doit en rapporter la preuve (art. 8 CC), il n'en demeure pas moins que, selon l'art. 12 PA, l'autorité administrative est tenue d'appliquer la maxime inquisitoire. En l'espèce, dans le cadre des rapports de travail, l'EPFL est aussi l'autorité compétente pour statuer au sens de la LPers (art. 17 de la Loi sur les EPF). Elle ne saurait donc se soustraire à ses obligations en vertu de l'art. 8 CC¹⁵⁵.

Sur le plan cantonal, citons le droit genevois qui prévoit également dans la LPA/GE que l'autorité établit les faits d'office. Elle n'est pas limitée par les allégués et les offres de preuves des parties^{156, 157}.

Il découle de ce système que l'administration des preuves, y compris l'expertise médicale, se fait surtout dans le cadre de la procédure aboutissant à la décision et non dans la procédure devant le juge. Ce dernier est alors en principe déjà en possession d'un dossier complet et n'a pas besoin d'ordonner une expertise médicale. S'il devait toutefois considérer qu'il ne dispose pas de suffisamment d'informations au sujet de l'état de santé de la personne concernée, il n'ordonnerait généralement pas d'expertise médicale lui-même, mais renverrait le dossier à l'autorité précédente pour que celle-ci complète l'état de fait en prenant les mesures nécessaires¹⁵⁸.

Cet état de fait s'explique également par l'application du fardeau de la preuve s'agissant de l'empêchement de travailler¹⁵⁹. En effet, comme dans le secteur privé, il appartient au collaborateur d'apporter la preuve de son incapacité de travail, ce qu'il fait de manière générale avec un certificat médical. Relevons, dans ce contexte, que de nombreuses collectivités publiques disposent des bases légales qui obligent leurs collaboratrices et collaborateurs à fournir un certificat médical en cas d'absence pour cause de maladie ou d'accident¹⁶⁰. L'autorité de décision dispose donc déjà le plus souvent d'un certain nombre d'informations lui permettant de se faire une idée sur l'état de santé de la personne concernée.

Par ailleurs, de nombreuses collectivités publiques ont mis en place des instruments de gestion des conflits¹⁶¹. Ces instruments sont différents d'une collectivité à l'autre et

¹⁵⁵ TAF A-344/2009 du 19 juillet 2010, c. 3.6.2.

¹⁵⁶ Art. 19 LPA/GE.

¹⁵⁷ La Loi neuchâteloise sur la procédure et la juridiction administratives du 27 juin 1979 (LPJA, RS/NE 152.130) prévoit également que l'autorité constate d'office les faits (art. 14 LPJA/NE), ainsi que la Loi sur la procédure administrative vaudoise du 28 octobre 2008 (LPA, RS/VD 137.36 ; art. 28).

¹⁵⁸ TAF A-6820/2008, c. 3.3.2.

¹⁵⁹ TF 8C_619/2014 du 13 avril 2015, c. 3.2.1 et TF 8C_760/2012 du 4 septembre 2013, c. 3.

¹⁶⁰ À titre d'exemple, cf. art. 24 al. 3 RPAC.

¹⁶¹ DÉFAGO GAUDIN, pp. 145 ss.

peuvent prévoir l'établissement de faits dans une procédure formalisée. Outre le « groupe Impact » du canton Vaud mentionné ci-dessus¹⁶², citons également le « groupe de confiance » dans le canton de Genève, qui est un acteur important s'agissant de la protection des collaboratrices et collaborateurs¹⁶³. Dans le cadre d'une investigation formelle, ce groupe est tenu d'établir les faits et de déterminer dans un rapport si les éléments constitutifs d'une atteinte à la personnalité sont réalisés ou non¹⁶⁴. Ainsi, l'autorité de décision dispose des informations lui permettant de trancher s'il y a, ou non, atteinte à la personnalité. En effet, le groupe de confiance n'a pas de compétence décisionnelle¹⁶⁵. Notons, dans ce contexte, que la Chambre administrative de la Cour de justice genevoise a relevé dans un arrêt récent que si l'autorité compétente constate une atteinte à la personnalité, elle n'est pas obligée de qualifier le type d'atteinte subi¹⁶⁶. En effet, la disposition légale genevoise donne une définition générale de l'atteinte à la personnalité¹⁶⁷, et une définition spécifique de deux types d'atteintes que sont le harcèlement psychologique¹⁶⁸ et le harcèlement sexuel¹⁶⁹. Le harcèlement est une forme d'atteinte d'aiguë¹⁷⁰. Lorsqu'un litige relatif à une atteinte à la personnalité est porté devant le juge, le dossier contient donc également le rapport du groupe de confiance, de sorte qu'il n'est souvent pas nécessaire d'ordonner une expertise médicale. Dans le cadre d'un litige concernant la responsabilité civile de l'administration cantonale genevoise, la Chambre civile de la Cour de justice genevoise s'est également fondée sur le rapport du groupe de confiance¹⁷¹.

Enfin, presque tous les cantons ainsi que la Confédération prévoient la possibilité de faire examiner leurs collaboratrices et collaborateurs par un médecin-conseil. Ce dernier peut procéder, selon la disposition concrète, à l'appréciation de l'aptitude du candidat lors de l'engagement et également pendant la durée des rapports de travail.

¹⁶² Voir *supra* III.B.1.e.

¹⁶³ Règlement relatif à la protection de la personnalité à l'État de Genève du 12 décembre 2012 (RPPers, RS/GE B 5 05.10).

¹⁶⁴ MARTI, p. 268.

¹⁶⁵ MARTI, p. 269.

¹⁶⁶ ATA du 19 décembre 2017 (ATA/1625/2017), c. 7. Par ailleurs, la Chambre administrative de la Cour de justice genevoise a relevé que l'éventuelle qualification de l'atteinte retenue par l'autorité compétente, en l'occurrence le Conseil d'État, n'aurait pas d'influence sur une potentielle sanction prise contre l'auteur de l'atteinte, laquelle ferait l'objet d'une procédure distincte.

¹⁶⁷ Art. 3 al. 1 RPPers.

¹⁶⁸ Art. 3 al. 2 RPPers.

¹⁶⁹ Art. 3 al. 3 RPPers.

¹⁷⁰ Art. 3 al. 4 RPPers.

¹⁷¹ Arrêt de la Chambre civile de la Cour de Justice du canton de Genève du 28 avril 2017, *in* : ACJC/498/2017.

Il résulte de ce qui précède que le dossier ne contient que rarement qu'une seule pièce médicale¹⁷², de sorte que le juge ne voit généralement pas la nécessité de recourir à une expertise médicale dans le cadre de la procédure judiciaire¹⁷³.

2. Rôle du médecin-conseil

Dans la mesure où le législateur accorde une importance particulière au médecin-conseil, il nous semble utile d'aborder brièvement son rôle dans le cadre des rapports de travail de droit public.

a) Bases légales cantonales

Presque tous les cantons ainsi que la Confédération¹⁷⁴ disposent d'une base légale expresse pour soumettre les collaboratrices et collaborateurs à l'examen d'un médecin-conseil¹⁷⁵. Dans le canton de Neuchâtel, par exemple, les collaboratrices ou collaborateurs peuvent être tenus de justifier le motif de leur absence et, au besoin, de se faire examiner par un médecin désigné par l'autorité compétente¹⁷⁶.

¹⁷² Contrairement à la situation dans l'arrêt TF 8C_983/2009 du 16 novembre 2010.

¹⁷³ Voir également *supra* II.C.1.

¹⁷⁴ Art. 11 de l'OPers.

¹⁷⁵ Argovie : Gesetz über die Grundzüge des Personalrechts vom 16. Mai 2000 (Personalgesetz, PersG, 165.100), art. 29 ; Appenzell Rhodes-Extérieures : Personalgesetz vom 24. Oktober 2005 (PG, 142.21), art. 64 ; Appenzell Rhodes-Intérieures : Personalverordnung vom 30. November 1998 (PeV, 172.310), art. 7b ; Berne : Personalverordnung vom 18. Mai 2005 (PV, 153.011.1), art. 58 al. 2 ; Bâle-Campagne : Gesetz über die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons vom 25. September 1997 (Personalgesetz, 150), art. 43 ; Bâle-Ville : Personalgesetz vom 17. November 1999 (162.100), art. 21 ; Glaris : Personalverordnung vom 6. Juli 2017 (PV, II A/6/2), art. 45 al. 3 ; Grisons : Personalverordnung vom 12. Dezember 2006 (PV, 170.410), art. 38 al. 4 ; Jura : Loi sur le personnel de l'État du 22 septembre 2010 (173.11), art. 30 al. 2 ; Obwald : Personalverordnung vom 29. Januar 1998 (141.11) ; Schaffhouse : Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 3. Mai 2004 (Personalgesetz, 180.100), art. 37 ; Schwytz : Personal- und Besoldungsverordnung vom 4. Dezember 2007 (Personalverordnung, PV, 145.111), art. 20 al. 3 ; Saint-Gall : Personalgesetz vom 25. Januar 2011 (143.1), art. 66 ; Thurgovie : Verordnung des Regierungsrates über die Rechtstellung des Staatspersonals vom 9. Dezember 2003 (177.112), art. 80 ; Zoug : Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 1. September 1994 (Personalgesetz, 154.21), art. 58bis al. 2 ; Zurich : Personalgesetz vom 27. September 1998 (PG, 177.10).

¹⁷⁶ Neuchâtel : loi sur le statut de la fonction publique du 3 mai 1995 (RS/NE 151.510), art. 28.

Dans le canton de Lucerne, il est notamment prévu que l'employeur doit recourir à l'expertise du médecin-conseil pour résilier les rapports de services d'un employé absent depuis moins de 12 mois pour cause de maladie ou d'accident¹⁷⁷.

Dans le canton de Vaud, l'autorité peut faire dépendre le droit au salaire d'un contrôle effectué par un médecin-conseil¹⁷⁸.

Le canton du Valais connaît une réglementation particulièrement rigoureuse pour les engagements de durée indéterminée. Ainsi, lorsque l'engagement a été conclu pour une période durable, l'employé doit se soumettre à un examen médical avant son entrée en fonction. Le médecin-conseil détermine si l'état de santé du candidat lui permet d'exercer l'activité prévue. Si tel n'est pas le cas, l'engagement est résilié avec effet immédiat pour juste motif¹⁷⁹.

Enfin, le droit genevois prévoit, à son article 5 LPAC, que le membre du personnel doit jouir d'un état de santé lui permettant de remplir les devoirs de sa fonction et qu'il peut en tout temps être soumis à un examen médical pratiqué sous la responsabilité du service de santé du personnel de l'État. Suite à un tel examen, le médecin-conseil remet à l'intéressé, à l'Office du personnel, au chef de service intéressé ainsi qu'à la caisse de prévoyance, une attestation d'aptitude, d'aptitude sous conditions ou d'inaptitude à occuper la fonction en précisant les contre-indications qui justifient son attestation.

Relevons, dans ce contexte, que le refus de se soumettre à un examen par le médecin-conseil peut, selon les cas, entraîner la résiliation des rapports de service¹⁸⁰.

¹⁷⁷ À titre d'exemple, cf. art. 21 de la loi sur le personnel de l'État du canton de Lucerne du 26 juin 2001 (Gesetz über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis) qui prévoit : « Ist die oder der Angestellte wegen Krankheit oder Unfalls dauernd ausserstande, die Dienstpflicht voll zu erfüllen, wird das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der vorgeschriebenen Fristen und Termine aufgelöst oder umgestaltet (al. 1). Die volle oder teilweise Arbeitsunfähigkeit gilt als dauernd, wenn die zuständige Behörde gestützt auf ein Gutachten der Vertrauensärztin oder des Vertrauensarztes des Gemeinwesens sie so beurteilt oder wenn sie länger als zwölf Monate dauert. Die zuständige Behörde kann die Frist in Ausnahmefällen verlängern (al. 2) ». Concernant cet article, cf. par exemple l'arrêt TF 8C_708/2014 du 23 janvier 2015.

¹⁷⁸ Règlement d'application de la loi du 12 novembre 2001 sur le personnel de l'Etat de Vaud (RS/VD 172.31.1).

¹⁷⁹ Art. 28, al. 1 et 2 de la loi sur le personnel de l'État du Valais (LcPers, RS/VS 172.2).

¹⁸⁰ En ce sens, cf par exemple TF 8C_373/2010 du 3 août 2010 ; STENGEL, pp. 239 ss ; MUELLER ROLAND, pp. 171 s.

b) Fonction et statut du médecin-conseil

Selon la jurisprudence, la tâche du médecin-conseil consiste à porter un jugement sur l'état de santé d'un collaborateur ou d'une collaboratrice et à indiquer dans quelle mesure et pour quelles tâches la personne concernée peut ou non exercer une activité au service de son employeur¹⁸¹. Il est soumis au secret médical¹⁸².

En dépit du fait que la quasi-totalité des cantons prévoient une base légale pour soumettre leurs collaborateurs et collaboratrices à un examen par un médecin désigné par l'autorité, les cantons ne définissent pas précisément son statut vis-à-vis de l'employeur (type de contrat régissant ses relations de travail : collaborateur, mandataire, etc.), et par conséquent le degré d'indépendance de celui-là par rapport à celui-ci¹⁸³. Seul le canton de Zoug précise que les collaboratrices ou les collaborateurs sont examinés par le médecin cantonal ou des médecins spécialisés¹⁸⁴. Si le code de déontologie de la Fédération des médecins suisses du 12 décembre 1996 mentionne les « médecins-conseils » à son article 32, en précisant que les tâches du médecin-conseil sont définies à l'article 57 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal, RS 832.10), il ne donne pas pour autant de définition de leur statut légal.

L'Association des médecins du canton de Genève (ci-après : AMG) a établi, quant à elle, un statut des médecins-conseils, distinguant ceux-ci du « médecin de travail »¹⁸⁵. Toutefois, cette distinction est sans importance dans le cadre de la présente recherche. En effet, s'agissant des litiges relatifs au droit de la fonction publique, il ne fait aucune différence de savoir si le préavis médical est établi par un médecin-conseil ou un médecin du travail.

¹⁸¹ ATAF A-3406/2011 du 6 mars 2012, c. 5.4.1, concernant l'art. 28 al. 2 LPers ; STENGEL, p. 8 : « Als Vertrauensarzt ist der Arzt zu verstehen, welcher das Vertrauen des Arbeitgebers genießt und von diesem beratend hinzugezogen wird, um die Eignung der Arbeitsfähigkeit eines Arbeitnehmers oder Stellenbewerbers abzuklären ».

¹⁸² MUELLER ROLAND, p. 171.

¹⁸³ En ce sens, cf. par exemple ATA du 29 juillet 2014 (ATA/576/2014), c. 4e ; la Chambre administrative a laissé ouverte la question de savoir si les Transports publics genevois pouvaient déléguer la mission de contrôler l'aptitude des conducteurs professionnels travaillant à leur service au service cantonal des véhicules sans base légale explicite.

¹⁸⁴ Art. 58bis de la Loi sur le personnel de l'État du canton de Zoug du 1^{er} septembre 1994 (Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals) (RS/ZG 154.21) : « In begründeten Fällen können weitere Arztzeugnisse verlangt sowie Untersuchungen durch die Kantonsärztin bzw. den Kantonarzt oder durch Spezialärztinnen bzw. Spezialärzte angeordnet werden ».

¹⁸⁵ www.amge.ch/medecins/medecins-conseils/, p. « www.amge.ch/medecins/medecins-du-travail » (site consulté le 2 février 2018).

3. Appréciation juridique de l'avis du médecin-conseil

a) Avis du médecin-conseil : une expertise administrative ?

En faisant référence au domaine des assurances sociales, la Chambre administrative de la Cour de justice genevoise considère que des expertises administratives ont une valeur probante et ne sont nullement assimilables à des expertises de parties, l'administration n'agissant alors pas en tant que partie, mais en tant qu'organe administratif chargé d'appliquer la loi. Il découle de la validité des expertises administratives, soit de la présomption d'objectivité qui leur est rattachée, que l'avis d'un spécialiste mandaté, que ce soit au cours de la procédure administrative ou judiciaire, doit en principe être préféré à celui du médecin traitant de l'assuré¹⁸⁶.

En effet, le Tribunal fédéral considère, en matière d'assurances sociales, que les expertises médicales commandées à des spécialistes externes par les assureurs en application de l'art. 44 de la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA, RS 830.1) se voient reconnaître une pleine valeur probante, à moins que des indices concrets ne mettent en doute leur fiabilité¹⁸⁷. Ainsi, le Tribunal fédéral leur reconnaît un rang supérieur aux expertises privées réalisées sur mandat de l'assuré. Il considère que l'expert privé n'est pas légalement contraint à l'objectivité et à la neutralité. De plus, il n'y aurait aucune garantie que l'assuré lui transmette l'ensemble du dossier. Toutefois, l'autorité doit, selon la Haute Cour, examiner soigneusement l'expertise privée pour établir si elle est de nature à mettre en doute les conclusions des autres médecins, en particulier d'un expert au sens de l'art. 44 LPGA.

Le Tribunal administratif fédéral considère également que le médecin-conseil est indépendant des parties et devrait alors être considéré comme impartial¹⁸⁸. Cela ressort également du Statut des médecins-conseils de l'AMG qui précise que le médecin-conseil doit être indépendant et impartial ; en particulier, il n'aura à accepter de l'organisation qui l'emploie aucun ordre qui soit contraire aux principes mentionnés dans le statut¹⁸⁹.

Néanmoins, le Tribunal administratif fédéral a précisé que si le certificat médical du médecin traitant contient une motivation suffisante et que les conclusions du médecin-conseil suscitent des doutes fondés, l'employeur est dans l'obligation de procéder à des clarifications complémentaires¹⁹⁰.

¹⁸⁶ ATA du 13 octobre 2015 (ATA/1091/2015), c. 4d ; ATA du 30 août 2011 (ATA/530/2011), c. 7c.

¹⁸⁷ DUPONT, N 87, pp. 124 s.

¹⁸⁸ ATAF A-6820/2008 du 15 avril 2009, c. 3.2.5 et 3.3.1.

¹⁸⁹ Statut des médecins-conseils de l'AMG, ch. 2.3.

¹⁹⁰ ATAF A-6820/2008 du 15 avril 2009, c. 3.2.5.

b) Avis divergents entre le médecin-conseil et le médecin traitant

Qu'en est-il lorsque l'avis médical du médecin-conseil diverge de celui du médecin traitant ? Dans ce cas, l'employeur suivra en principe l'avis du médecin-conseil, sauf à rendre inutile l'institution même du médecin-conseil¹⁹¹. La Chambre administrative de la Cour de justice genevoise a eu l'occasion de se prononcer sur cette question à plusieurs reprises.

S'agissant du rôle du médecin-conseil, la Chambre administrative de la Cour de justice a précisé que, de manière générale, celui-ci doit aborder la question de l'aptitude au travail sous un angle plus large qu'un médecin psychiatre par exemple, puisque son examen peut porter sur tous les aspects médicaux en lien avec le cas qui lui est soumis, en connaissance des besoins et risques concrets afférents aux fonctions concernées, et que les différents paramètres qu'il prend en considération ne sont pas nécessairement de nature à changer au cours du temps¹⁹². Dans un cas concret, la Chambre administrative a notamment précisé qu'il y a lieu de tenir compte du principe de précaution, s'agissant en particulier de la fonction spécifique de la personne concernée, en l'espèce celle de policier¹⁹³. Dans ce contexte, il convient de citer également l'art. 54 al. 3 RPAC, selon lequel le service de santé du canton de Genève doit effectuer une évaluation médicale en prenant en considération à la fois l'activité du médecin traitant, et, partant, l'intérêt médical de son patient à recouvrer sa santé, mais aussi l'intérêt de l'État à n'employer que des collaborateurs aptes à remplir la fonction pour laquelle ils ont été engagés. Dès lors, si ce service vient à détecter une situation problématique affectant cette aptitude, il se doit de la signaler à l'employeur, à défaut de quoi celui-ci risquerait lui-même de se voir reprocher de ne pas être intervenu pour protéger la santé de l'agent public concerné¹⁹⁴. La jurisprudence a également relevé que l'administration doit bénéficier de la plus grande liberté d'appréciation pour fixer son organisation et créer, modifier ou supprimer des relations de service nécessaires à son bon fonctionnement, questions relevant de l'opportunité et échappant par conséquent à un contrôle judiciaire¹⁹⁵.

¹⁹¹ Notons par ailleurs que le Statut des médecins-conseil de l'AMG, ch. 2.5, et le Statut des médecins de travail, ch. 2.5, prévoient que la Commission de déontologie de l'AMG est désignée pour juger les différends entre le médecin-conseil, cas échéant le médecin du travail, d'une part, et le médecin traitant, les organisations professionnelles, les employeurs ou les employés, d'autre part.

¹⁹² ATA du 18 octobre 2016 (ATA/876/2016), c. 7c ; ATA du 15 décembre 2015 (ATA/1343/2015), c. 6c ; ATA du 11 novembre 2014 (ATA/870/2014), c. 18.

¹⁹³ ATA du 30 août 2011 (ATA/530/2011).

¹⁹⁴ ATA du 8 décembre 2015 (ATA/1299/2015), c. 10.

¹⁹⁵ ATA du 30 août 2011 (ATA/530/2011), c. 7b, avec référence à l'arrêt TF 2P_46/2006 du 7 juin 2006 ; ATA du 11 novembre 2014 (ATA/870/2014), c. 17.

Vu ce qui précède, de manière générale, la jurisprudence genevoise semble accorder une plus grande valeur probante à l'avis du médecin-conseil qu'à celui d'un autre médecin, que ce soit le médecin traitant ou un spécialiste, sans pour autant écarter d'emblée les autres avis médicaux ni négliger les autres éléments figurant dans le dossier. Cette façon de procéder ne nous semble pas critiquable en soi, dès lors que le médecin-conseil connaît en principe à la fois la maladie et l'environnement professionnel de la personne concernée, de sorte qu'il est généralement plus apte à se prononcer sur l'adéquation entre un état de santé et un poste de travail que le médecin traitant. Toutefois, il ne s'agit pas d'un principe absolu. Seule la prise en compte de l'ensemble des circonstances et éléments pertinents permet d'aboutir à une décision adéquate¹⁹⁶.

c) Avis divergents entre le médecin-conseil et l'assurance invalidité

La question d'un avis divergent peut ne pas uniquement se poser par rapport au médecin traitant, mais également par rapport au constat de l'assurance invalidité. Le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'il appartenait à l'administration fédérale, au moins à l'échéance de la période du droit au versement du salaire de deux ans prévu à l'art. 56 OPers, de déterminer si la personne concernée peut être réintégrée dans une activité au service de son employeur ou non¹⁹⁷. Cet examen est distinct de celui prévu à l'art. 6 2^e phrase LPGA, en cas d'incapacité de travail de longue durée. Ces différentes procédures se déroulent parallèlement et examinent la personne concernée selon leurs critères spécifiques, de sorte que pour une même atteinte à la santé donnée, il peut arriver que l'assurance invalidité constate une capacité de travail entière alors que le médecin-conseil reconnaît une inaptitude actuelle. D'ailleurs, l'assurance invalidité a pour mission d'examiner une incapacité pour l'ensemble des activités professionnelles existantes alors que le médecin-conseil se détermine sur la capacité de travail en lien avec les activités exercées au sein d'un employeur précis¹⁹⁸.

IV. Conclusion

Dans les rapports de travail, qu'ils soient privés ou publics, dès qu'un collaborateur présente une incapacité de travail, il doit justifier son absence par un certificat, lequel peut être établi par différents acteurs (médecin traitant, médecin conseil, spécialiste, etc.). Il s'ensuit que, une fois la procédure judiciaire engagée, le dossier contient déjà des éléments permettant au juge d'apprécier juridiquement l'incapacité de travail de la personne

¹⁹⁶ STENGEL, pp. 232 ss.

¹⁹⁷ TAF A-3406/2011 du 6 mars 2012, c. 5.3.

¹⁹⁸ ATA du 18 octobre 2016 (ATA/876/2016), c. 7d.

concernée ainsi que les conséquences qui en résultent. Autrement dit, il est rare que le juge fasse usage de la possibilité d'ordonner lui-même une expertise médicale. Une telle expertise peut en revanche s'avérer nécessaire si le juge n'est pas en possession d'éléments suffisants, si les informations dont il dispose sont contradictoires ou s'il est confronté à la nécessité de s'écarter des avis médicaux existants.

L'importance de la fonction de médecin-conseil dans le droit public est à souligner : d'une façon générale, son avis médical impacte de façon significative les procédures, bien davantage que l'avis du médecin traitant, par exemple. En effet, la jurisprudence insiste sur l'approche plus large du médecin-conseil qui doit tenir compte de l'environnement de travail dans son avis et non uniquement de l'état de santé intrinsèque de la personne.

V. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

- AUER CHRISTOPH/MUELLER MARKUS/SCHINDLER BENJAMIN (édit.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, Zurich 2008 (cité : auteur, VwVG).
- BETTEX BJÖRN, *L'expertise judiciaire*, Berne 2006.
- BINDER ANDREAS/GUTZWILLER ROMAN S., *Das Privatgutachten : eine Urkunde gemäss Art. 177 ZPO*, in : *ZZZ* 2013, pp. 171-176.
- BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS (édit.), *Code de procédure civile commenté*, Bâle 2011 (cité : auteur, CPC commenté).
- BOSSHARD PIERRE-YVES, *L'appréciation de l'expertise judiciaire par le juge*, *RSPC* 2007 pp. 321-326.
- BOVEY GRÉGORY, *Le juge face à l'expert*, in : Christine Chappuis/Bénédict Winiger (édit.), *La preuve en droit de la responsabilité civile*, Zurich 2011, pp. 95-116.
- BUEHLER ALFRED, *Gerichtsgutachter und -gutachten im Zivilprozess*, in : Marianne Heer/Christian Schöbi (édit.), *Gericht und Expertise/La justice et l'expertise*, Berne 2005, pp. 17-90 ss (cité : auteur, *Gerichtsgutachter*).
- BUEHLER ALFRED, *Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten*, in : Walter Fellmann/Stephan Weber, (édit.), *Der Haftpflichtprozess*, Zürich 2006, pp. 38-87 (cité : auteur, *Beweismass*).
- BUEHLER ALFRED, *Die Beweiswürdigung von Gerichtsgutachten im Zivilprozess*, in : *Jusletter* 14. Mai 2007, pp. 1-5 (cité : auteur, *Jusletter*).
- BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO, (édit.), *ZPO. Schweizerische Zivilprozessordnung, vol. I. Art. 1-196, 2^e édition*, Zurich 2016 (cité : auteur, *DIKE-Kommentar ZPO*).
- DÉFAGO GAUDIN VALÉRIE, *Conflits et fonction publique : instruments*, in : *Conflits au travail*, Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), *Conflits au travail*, Neuchâtel 2015, pp. 145-176.

- DIETSCHY PATRICIA, Les conflits de travail en procédure civile suisse, Bâle, 2011.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, La « prédisposition constitutionnelle » de la victime d'un harcèlement psychologique (mobbing), *in* : ARV/DTA 2007 pp. 15-19.
- DUPONT ANNE-SYLVIE, Le droit de réplique en assurances sociales, *in* : Le droit de réplique (édit.) François Bohnet, Neuchâtel 2013, pp. 114-130.
- EGLI HANS-PETER, Der Beweis der Arbeitsunfähigkeit : Probleme mit Arztzeugnissen, *in* : Entscheide des Arbeitsgerichts, Zurich, 2008, pp. 45-59.
- FONJALLAZ JEAN/GASSER JACQUES, Le juge et le psychiatre. Une tension nécessaire, Berne, décembre 2017.
- GLANZMANN-TARNUTZER LUCREZIA, Der Beweiswert medizinischer Erhebungen im Zivil-, Straf- und Sozialversicherungsrecht, AJP/PJA 2005 pp. 73-81.
- GLOOR WERNER, Le secret professionnel du médecin-conseil de l'employeur : analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_1199/2016 du 4 mai 2017, *in* : NewsletterDroitDuTravail.ch, juin 2017, pp. 1-14.
- GOLAY NICOLE, Le groupe Impact : 15 ans de gestion des conflits et de traitement des situations de harcèlement dans une administration publique, *in* : Conflits au travail, Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), Neuchâtel 2015, pp. 247-262.
- GUENGERICH SILVIO (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, vol. II, Bern 2012 (cité : auteur, BK ZPO).
- GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zurich 1979.
- GUYAZ ALEXANDRE, Le rôle de l'expert médical du point de vue de l'avocat, *in* : Christine Chappuis/Bénédict Winiger (édit.), La preuve en droit de la responsabilité civile, Zurich 2011, pp. 117-150.
- HASENBOEHLER FRANZ, Das Beweisrecht der ZPO, Zurich 2015.
- HOFMANN DAVID/LUESCHER CHRISTIAN, Le Code de procédure civile, 2^e édition, Berne 2015.
- HOHL FABIENNE, Procédure civile, Tome I, Introduction et théorie générale, 2^e édition, Berne 2016.
- KIESER UELI, Medizinische Gutachten – rechtliche Rahmenbedingungen, *in* : Gabriela Riemer-Kafka (édit.), Zurich 2005, pp. 123-129.
- KIESER UELI, (édit.), Psychosomatische Störungen im Sozialversicherungsrecht : Blicke auf BGE 141 V 281 und darüber hinaus, Zurich/Saint-Gall 2017.
- LEMPEN KARINE, Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur, Zurich 2006.
- MOUSSA TONY, Expertises : matière civile et pénale, 2^e édition, Paris 1988.
- MARTI URSULA, Protection de l'employé-e par l'employeur : l'exemple du canton de Genève, *in* : Droit public de l'organisation – responsabilité des collectivités publiques – fonction publique, Peter Haenni/Andreas Stoeckli (édit.), annuaire 2015, pp. 257-275.
- MUELLER HANS ANDREAS, Beweisen nach ZPO, *in* : Festschrift für Isaak Meier, Zurich 2015, pp. 487-505 (cité : nom, prénom)
- MUELLER ROLAND, Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, AJP/PJA 2010 pp. 167-175 (cité : nom, prénom).
- OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAS ULRICH, (édit.), Kurzkomentar ZPO, 2^e édition, Bâle 2014 (cité : auteur, KuKo ZPO).

- OTT WERNER E., Das medizinische Gutachten : insbesondere das Fehler- und Kausalitätsgutachten im Arzthaftpflichtprozess, *in* : Stephan Weber (édit.), Personen-Schaden-Forum 2006, Zurich, 2006, pp. 42-82.
- REETZ PETER/VORBURGER ALICE, Gutachten und Gutachterfragen, *in* : Walter Fellmann/Stephan Weber (édit.), Haftpflichtprozess 2013, Zurich 2013, pp. 211-223.
- REINFRIED HANS-WERNER, Psychologische Gutachten als Mittel der Delegation rechtlicher Entscheidung ?, *in* : Remo Bornatico/Thomas Geiser (édit.), Moraldilemmata von Richtern und Rechtsanwältinnen : Berufsschwierigkeiten und Bewältigungsstrategien, Saint-Gall 2006, pp. 92-103.
- SALVADE MATTEO, I molteplici ruoli del « perito » nel processo civile, RSCP 2017, pp. 187-197.
- SALVADE MATTEO, Assunzione di prove a titolo cautelare in base al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC), thèse, Zurich 2017 (cité : auteur, these).
- SCHOENENBERGER CHRISTOPH, Das Erschleichen der Lohnfortzahlung unter Berufung auf Krankheit, Berne 2001.
- SCHWENDER MYRIAM, Krankheit und Recht, Bâle 2008.
- SPEUHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3^e éd., Basel 2017 (cité : auteur, BaK ZPO).
- STENGEL MANUEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, RiU – Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen, vol. n° 3, *in* : Roland Mueller/Thomas Geiser (édit.), 2014.
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag. Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Zurich 2012.
- SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBOEHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH, (édit.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3^e édition, Zurich 2016 (cité : auteur, Kommentar ZPO).
- SWISS INSURANCE MEDICINE (édit.), Capacité de travail exigible. Guide pour l'évaluation de la capacité de travail exigible par suite d'accident ou de maladie, 2^e édition, Winterthur 2013.
- TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, Genève 2011.
- TREZZINI FRANCESCO/FORNARA STEFANO/BERNASCONI GIORGIO A., VERDA CHIOCCHETTI FRANCESCA (édit.), Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC), Lugano 2017 (cité : auteur, Commentario pratico CPC).
- TREZZINI FRANCESCO/BOHNET FRANÇOIS, L'expertise privée selon l'ATF 141 III 433. Une preuve imparfaite issue d'un concept imparfait, *in* : ZSR/RDS 2017 I pp. 367-374 (cité : auteurs, Expertise privée).
- TREZZINI FRANCESCO, La figura del perito negli art. 265 e 158 cpv. 1 lit. b) secondo caso CPC, RSPC 2014 p. 493-503 (cité : auteur, La figura del perito).
- WALDMANN BERNHARD/WEISSENBERGER PHILIPPE (édit.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2^e édition, Zurich 2016 (cité : auteur, Praxiskommentar VwVG).
- WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 3^e édition, Berne 2014.

ZELLER ERNST, Krankheit und Arbeitsunfähigkeit, Universität Zürich, Rechtswissenschaftliche Fakultät, 2007 (publication accessible sur www.rwiweb.uzh.ch, p. « www.rwiweb.uzh.ch/tit_zeller/publikationen »).

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. Les 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.