

### 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

OLIVIER SUBILIA\*

*Bei der Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit sind natürlich unsere kurzen Zeugnisse und Berichte argumentativ nicht darauf ausgerichtet, um juristischen Ansprüchen in einem Gerichtsverfahren zu genügen!*

**Mots clés:** Travail, certificat médical, fardeau de la preuve, admissibilité d'une preuve, pouvoir d'appréciation

**Schlagworte:** Arbeitsrecht, Arztzeugnis, Beweislast, Zulässigkeit eines Beweismittels, Ermessen

**Parole chiave:** Lavoro, certificato medico, onere della prova, ammissibilità di una prova, potere d'apprezzamento

#### Résumé

L'auteur examine divers problèmes en relation avec la production d'un certificat médical dans les litiges civils relevant en particulier du droit du travail. Après un examen de la nature procédurale d'un tel certificat, l'auteur en discute la valeur probante, la possibilité d'y apporter des contre-preuves et plus particulièrement le pouvoir d'appréciation du juge en fonction des circonstances. L'auteur conclut à une plus grande indépendance du juge par rapport au médecin traitant du travailleur, comme c'est du reste la règle dans d'autres domaines du droit.

#### Zusammenfassung

Der Verfasser untersucht verschiedene Probleme im Zusammenhang mit Arztzeugnissen in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten. Nach einer Prüfung der prozessualen Einordnung eines solchen Zeugnisses werden dessen Beweiswert, die Zulässigkeit eines Gegenbeweises und insbesondere das richterliche Ermessen untersucht. Der Verfasser

---

\* D' en droit, avocat, vice-président du Tribunal des Prud'hommes de l'Arrondissement de la Côte. Les opinions exprimées ici n'engagent que leur auteur et non le Tribunal.

1 FELIX BÖSCH (médecin), Sind Hausärzte schlechtere Gutachter?: ein Plädoyer gegen die Geringschätzung von hausärztlichen Bescheinigungen der Arbeitsfähigkeit, in: Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen: Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, 2003, pp. 259–277.

befürwortet eine grössere Unabhängigkeit des Richters gegenüber dem den Arbeitnehmer behandelnden Arzt, wie dies in anderen Rechtsgebieten der Fall ist.

### Riassunto

L'autore esamina diversi problemi relativi alla produzione di un certificato medico in contenziosi civili rilevanti, in particolare, dal diritto del lavoro. Dopo un esame della natura processuale di tale certificato, l'autore ne discute il valore probatorio, la possibilità di opporvi delle contro-prove e specialmente il potere di apprezzamento del giudice in funzione delle circostanze concrete. L'autore conclude per una maggiore indipendenza del giudice nei confronti del medico curante del dipendente, ciò che è del resto la regola in altri ambiti del diritto.

---

### Table des matières

- I. Introduction
- II. Les contraintes de l'art. 343 CO
- III. Certificat médical et art. 8 CC
  1. Principe
  2. Renversement du fardeau de la preuve si le travailleur produit un certificat?
    - a) *Doctrine*
    - b) *Jurisprudence cantonale*
    - c) *Jurisprudence fédérale*
    - d) *Discussion*
- IV. Quelle appréciation par le juge?
  1. La marge d'appréciation du juge
  2. Les éléments devant permettre au juge de former sa conviction
    - a) *Le caractère rétroactif du certificat médical.*
    - b) *Le diagnostic posé par un médecin hors de son domaine de spécialisation*
    - c) *Le certificat «à géométrie variable»*
    - d) *La proximité avec le licenciement*
- V. Vers un recours systématique à un organisme externe officiel?
- VI. Conclusion

## I. Introduction

L'entreprise X a décidé de se séparer de son collaborateur. Celui-ci tombe immédiatement malade, à l'annonce de son licenciement. Rapport de cause à effet entre le choc causé par le licenciement et la maladie? Dernier soubresaut d'une situation de harcèlement moral dont le licenciement n'est que le couronnement au moment où l'employeur a réussi à faire craquer le collaborateur? Ou simplement moyen commode de faire temporairement échec au licenciement?

Il appartient au juge du travail de le déterminer. En théorie, les deux premières hypothèses sont tout à fait vraisemblables, comme le Tribunal fédéral a eu l'oc-

casation de le constater parfois<sup>2</sup>. Statistiquement, cependant, on peut s'attendre à ce qu'une bonne partie des licenciements contentieux ne s'accompagnent pas de maladie. Or en pratique, l'équation «licenciement contesté = arrêt de travail» se vérifie dans une très grande proportion des conflits de travail<sup>3</sup>. Les lois de la statistique laissent donc à penser que si la proportion des conflits du travail sans maladie s'amenuise, c'est surtout parce que certains médecins ont le certificat médical plus complaisant que d'autres.

La tâche du juge devient dès lors difficile. Sur le plan du sentiment, la profusion des certificats évasifs, rétroactifs, sans consultation par le médecin et qui font débiter l'incapacité à l'heure même où elle devient utile finit par faire douter *a priori* de la réalité de n'importe quelle incapacité de travail. Sur le plan de la procédure, toutefois, le juge est souvent désemparé en matière de preuve, ce d'autant plus que les règles fédérales qui imposent une procédure gratuite dans les litiges à faible valeur litigieuse<sup>4</sup> n'ont pas incité les cantons à multiplier les actes d'instruction onéreux à charge de l'Etat. Le juge chargé de découvrir la vérité apparaît parfois ainsi comme un pêcheur qui s'interdirait d'utiliser un filet dans son activité professionnelle.

Nous souhaitons donc présenter les principales questions de preuve et de procédure qui se posent en matière de certificat médical.

## II. Les contraintes de l'art. 343 CO

L'art. 343 CO impose aux cantons une procédure «simple et rapide» pour tous les litiges de droit du travail dont la valeur litigieuse de la demande n'excède pas 30 000 francs. Le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves.

Selon le Tribunal fédéral, la procédure ainsi décrite n'est pas une maxime d'office absolue, mais une maxime inquisitoire sociale. Le juge ne doit pas instruire d'office le litige lorsqu'une partie renonce à expliquer sa position. En revanche, il doit interroger les parties et les informer de leur devoir de collaboration et de production de pièces; il est tenu de s'assurer que les allégations et offres de preuve sont complètes uniquement lorsqu'il a des motifs d'éprouver des doutes sur ce point. L'initiative du juge ne va pas au-delà de l'invitation faite aux parties de mentionner leurs moyens de preuve et de les présenter. La maxime inquisitoire sociale ne permet pas d'étendre à bien plaire l'administration des preuves et de recueillir toutes les preuves possibles. Par ailleurs, la maxime inquisitoire laisse le juge libre dans sa manière d'apprécier les preuves et ne lui in-

2 Arrêts 4C.343/2003; 4C.201/2005.

3 Pour quelques références s'agissant des conflits de prud'hommes dans le canton de Vaud, voir la jurisprudence vaudoise publiée sur le site <http://jp.avocats-ch.ch>.

4 Art. 343 al. 1 CO.

terdit pas de renoncer à un moyen de preuve par appréciation anticipée des preuves. Enfin, la maxime inquisitoire n'impose pas au juge d'administrer un genre de preuve déterminé, comme une expertise judiciaire, sous réserve des cas dans lesquels la loi le prévoit expressément<sup>5</sup>.

En théorie, la gratuité de la procédure ne devrait pas avoir d'incidence sur l'administration des preuves. Cette gratuité retient toutefois certains magistrats d'administrer des expertises coûteuses dont les frais seront entièrement à charge de l'Etat<sup>6</sup>. Dans le canton de Vaud à tout le moins, on constate ainsi qu'il n'est en principe pas fait usage de l'expertise dans les conflits de travail relevant de la compétence des prud'hommes alors que l'expertise est un moyen de preuve relativement fréquent devant les autres juridictions.

Ainsi, l'art. 343 CO, qui devrait rendre l'administration des preuves plus *simple* pour les parties, tend en pratique à imposer une administration *simpliste* des preuves lorsque le juge n'est pas ou ne s'estime pas outillé pour apprécier tel ou tel moyen de preuve. Ce constat se vérifie particulièrement s'agissant d'apprécier le caractère probant d'un certificat médical; nous le montrons ci-après.

### III. Certificat médical et art. 8 CC

#### 1. Principe

En principe, il appartient à chaque partie, si la loi ne prescrit le contraire, de prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Aucune norme de droit du travail n'implique un renversement de ce principe sinon en matière d'égalité entre les sexes<sup>7</sup>.

La preuve de l'incapacité médicale du travailleur doit être apportée en particulier dans deux cas de figure: lorsque le travailleur ne fournit pas ou pas complètement sa prestation de travail mais prétend tout ou partie de son salaire en vertu des art. 324a et 324b CO ou 35 ss LTr; lorsque le travailleur revendique l'annulation ou la prolongation du congé reçu selon l'art. 336c CO.

---

5 Arrêt 5C.97/2003 consid. 4.1; cf. ATF 125 III 231 consid. 4a p. 238.

6 La valeur litigieuse peut également jouer un rôle. Dans un registre similaire, voir l'art. 356 CPC/VD ou l'art. 74 LTF qui déterminent les possibilités de contrôle par l'autorité de recours en fonction de la valeur litigieuse. On en comprend la raison pratique tout en observant que la complexité d'un litige n'est pas forcément liée à sa valeur litigieuse et que le besoin de justice n'est pas non plus fonction du montant réclamé.

7 Art. 6 LEg; pour des considérations sur les limites de l'instruction d'office et la répartition du fardeau de la preuve voir arrêt 4P.107/2000; ATF 125 III 78; ATF 107 II 233.

La loi ne précise cependant pas comment doit être prouvée l'incapacité, à l'exception des cas de la femme enceinte et de l'enfant malade pour lesquels un certificat médical est prescrit par le droit fédéral<sup>8</sup>. La maladie est donc un fait qui doit être prouvé par tout moyen adéquat en vertu de la procédure cantonale; généralement, sa preuve sera rapportée par la production d'un certificat médical émanant d'un médecin ayant – en principe – examiné le travailleur.

Quelle est la nature d'un tel certificat?

- a) Le certificat n'est *pas une expertise judiciaire*. Tous les codes romands sans exception exigent en effet que l'expert soit nommé par le juge<sup>9</sup>, ce qui n'est clairement pas le cas du médecin traitant. Doit-il être considéré comme une *expertise privée*? C'est à notre avis contestable en tout cas lorsqu'un médecin pose un diagnostic dans des domaines qui ne font pas l'objet de sa spécialisation FMH, le médecin ne pouvant alors être qualifié de spécialiste. On notera en outre que l'expertise privée n'est pas connue des codes romands et que le projet de code de procédure civile suisse y a renoncé en raison des critiques dont elle avait été l'objet en procédure de consultation<sup>10</sup>.
- b) Le certificat médical est-il un *renseignement écrit spécial*? Quelques lois de procédure donnent au *juge* la possibilité d'exiger des renseignements écrits, notamment en matière médicale, au cours de l'instruction<sup>11</sup>. Un certificat médical établi à la demande d'une partie avant la procédure – comme c'est en principe le cas – ne répond cependant pas à cette définition<sup>12</sup>.
- c) Le certificat médical est-il un *titre* ou un *titre qualifié*, s'agissant d'un document établi par un tiers – le médecin – qui pourrait être entendu comme témoin et qui n'est pas un officier public? Les lois cantonales divergent sur la qualification d'un tel écrit.
  - Pour le droit vaudois, ce qui fait la différence entre le titre dont la production est licite et le témoignage déguisé est le fait qu'il ait été ou non rédigé en vue ou à l'occasion du procès. A notre avis donc, le certificat médical établi postérieurement à la naissance du litige devrait être par principe

---

8 Art. 64 al. 2 OLT 1 (femme enceinte dispensée de certains travaux); art. 35 al. 3 LTr (garde d'un enfant malade).

9 Art. 221 CPC/VD; art. 251 CPC/FR; art. 256 LPC/GE; art. 173 CPC/VS; art. 270 CPC/NE; art. 264 CPC/JU.

10 FF 2006 p. 6933.

11 Ainsi l'art. 214 CPC/VD de manière générale et l'art. 414 LPC/GE s'agissant du cas particulier de la privation de liberté à des fins d'assistance. Les autres droits romands ne connaissent pas cette catégorie de preuve, sous réserve de la possibilité très générale de l'interrogatoire écrit (art. 267 CPC/NE; art. 195 CPC/VS).

12 Voir JEAN-FRANÇOIS POUURET, JACQUES HALDY et DENIS TAPPY, Procédure civile vaudoise, 3<sup>e</sup> éd., Lausanne 2002, ad art. 214. Ces auteurs font observer que même la réquisition du juge n'est pas toujours une garantie suffisante de véracité, d'où l'importance de la possibilité donnée au juge de faire confirmer même un tel certificat par un témoignage. A rapprocher de l'art. 195 CPC/VS.

écarté sauf accord des parties que le droit vaudois réserve<sup>13</sup>. Le droit valaisan connaît une distinction identique, à cette différence que l'accord des parties est présumé<sup>14</sup>.

- En droit jurassien, rien ne s'oppose à considérer le certificat médical comme un titre, avec cette précision qu'il ne s'agit pas d'un titre authentique<sup>15</sup>. La même remarque prévaut en droit fribourgeois<sup>16</sup>.
- Les droits neuchâtelois et genevois ne prévoient aucune distinction utile s'agissant du certificat médical.

En bref, le certificat médical est à notre sens *au mieux un titre non qualifié*<sup>17</sup>. Il pourrait en outre être considéré parfois comme un témoignage déguisé à la production duquel les parties peuvent s'opposer.

- d) Si le certificat médical n'entre dans aucune des catégories qui précèdent, quelle est sa portée?

Un embryon de réponse se trouve peut-être dans le message en relation avec le projet de CPC fédéral: le Conseil fédéral considère en effet que l'expertise privée n'est pas un moyen de preuve, mais reste admissible, en tant qu'*allégations d'une partie*, aux conditions de recevabilité de celles-ci<sup>18</sup>.

Malgré ce que cette dernière proposition peut avoir de provocateur, elle n'en reflète sans doute pas moins une partie de la réalité: bien souvent, s'agissant de maux de nature psychique, le médecin traitant n'a pour poser un diagnostic que les *propres déclarations de son patient* avec lequel il entretient une relation de confiance; il n'est ainsi même pas besoin de soupçonner un médecin de complaisance pour affirmer que certains certificats n'ont pas de portée plus importante que les déclarations de la partie, que le médecin se contente de relayer par écrit.

- e) En définitive, nous estimons que le certificat médical est au mieux un titre non authentique, parfois même une déclaration dépourvue de portée propre, et constitue un moyen de preuve *parmi d'autres* pour établir un fait dont la charge de la preuve incombe à celui qui s'en prévaut.

---

13 Cf art. 177 CPC. Si même le certificat dont l'établissement a été ordonné par le juge peut être considéré comme insuffisant, il n'y a pas de raison de conférer davantage de portée au certificat établi à la réquisition de la partie.

14 Art. 169 CPC/VS.

15 Art. 231 CPC/JU.

16 Art. 226 CPC/FR.

17 C'est la conclusion à laquelle parvient CHRISTOPH SCHÖNENBERGER, *Das Erschleichen der Lohnfortzahlung unter Berufung auf Krankheit*, Thèse Zürich 2001 p. 85.

18 FF 2006 p. 6933. Voir SCHÖNENBERGER (note 17), p. 86 et les références.

## 2. Renversement du fardeau de la preuve si le travailleur produit un certificat?

Dès lors que le certificat médical n'a pas une portée particulière ou, à tout le moins, pas une portée absolue, il serait logique de l'évaluer assez librement lors d'un procès portant sur l'incapacité du travailleur. Or en pratique, doctrine et jurisprudence semblent fortement hésiter à remettre en cause un certificat ou assortissent cette possibilité à des conditions à ce point restrictives qu'elles reviennent en réalité à considérer que la production par le travailleur d'un certificat médical constitue un renversement du fardeau de la preuve en sa faveur, voire parfois une présomption irréfragable de sa maladie<sup>19</sup>.

### a) Doctrine

Si tous les auteurs envisagent la possibilité pour l'employeur de contester un certificat médical, tous ne le font pas aux mêmes conditions. Pour certains, en cas de doute sérieux, l'employeur doit immédiatement demander au travailleur de se soumettre à un examen effectué par un médecin rattaché directement ou indirectement à l'entreprise ou par un autre médecin<sup>20</sup>. D'autres estiment qu'un certificat médical établi conformément aux règles élémentaires emporte la présomption de son exactitude<sup>21</sup>. Rares sont ceux qui admettent qu'un certificat médical ne jouit pas *a priori* d'une valeur probante particulièrement élevée<sup>22</sup>.

### b) Jurisprudence cantonale

Les tribunaux cantonaux consacrent en principe la possibilité pour l'employeur de faire vérifier par son médecin conseil l'appréciation médicale du médecin

19 Le droit jurassien rappelle que même s'agissant d'une présomption légale, la preuve du contraire est admise, à moins qu'elle ne soit exclue par la loi (art. 218 CPC/JU), ce qui n'est clairement pas le cas en matière de certificat médical.

20 CHRISTIANE BRUNNER, JEAN-MICHEL BÜHLER, JEAN-BERNARD WAEBER ET CHRISTIAN BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3<sup>e</sup> éd., Lausanne, 2004, n° 3 ad 324a; THOMAS GEISER et ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz: Unterlagen zum Selbststudium mit Fragensammlung, Berne 2005, n° 301; sur l'ensemble de la question, voir ULLIN STREIFF et ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, Zurich 2006 (6<sup>e</sup> éd.) n° 12 ad 324a/b.

21 RÉMI WYLER, Droit du travail, Berne 2002 (avec la collaboration de R. Tatti), p. 162 et les références.

22 SCHÖNENBERGER (note 17); M. REHBINDER, Die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, in: Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht: Festschrift für Oscar Vogel, Fribourg, 1991, pp. 183–200 (cité: REHBINDER, Festschrift). Ces auteurs sont du reste les seuls parmi ceux que nous avons cités qui expliquent leurs positions, les autres auteurs se contentant d'affirmer des généralités ou de citer la jurisprudence.

traitant de l'employé. Pour la Chambre d'appel des Prud'hommes de Genève, «*l'on peut même considérer que sans règlement, l'employeur est toujours en droit de faire contrôler la maladie d'un employé qui n'a fourni qu'un certificat médical non motivé*»<sup>23</sup>. Cette même cour a estimé qu'un certificat constatant après coup l'existence d'une incapacité ne suffit en principe pas à établir le début de celle-ci et que dans l'éventualité de certificats divergents, le juge se fondera normalement sur l'attestation émanant du médecin le plus qualifié<sup>24</sup>. Le Tribunal des prud'hommes de Bâle-ville a estimé que le médecin qui voit son patient, lui prescrit un arrêt de travail de 14 jours, n'a plus de nouvelles de lui pendant plusieurs semaines mais, le jour où il le revoit, atteste d'un arrêt de travail ininterrompu jusqu'au jour de la nouvelle consultation au cours de laquelle le patient apparaît guéri, ne prend pas son rôle au sérieux mais n'est que le porte parole de son patient, de sorte que son certificat n'a pas de valeur<sup>25</sup>. Ce même tribunal a affirmé qu'une personne capable d'effectuer un trajet en camion Hanovre retour malgré un prétendu mal de dos n'était pas en incapacité de travail<sup>26</sup>, pas plus que celui qui après avoir pris des vacances contre l'avis de son employeur s'était rétroactivement prétendu en maladie<sup>27</sup>. Le Tribunal supérieur du canton de Zurich est d'avis que «l'examen d'un travailleur par un médecin de confiance (deuxième médecin) ne viole pas sa personnalité, les motifs propres à l'entreprise rendent nécessaire qu'un employeur puisse faire examiner son travailleur par un médecin de confiance. Si un travailleur affirme être malade et qu'il entend le prouver avec un certificat d'un médecin choisi par ses soins, l'employeur doit avoir le droit de demander qu'il se fasse également examiner par son médecin de confiance»<sup>28</sup>. Enfin, pour le tribunal administratif de St-Gall<sup>29</sup>, le principe de libre appréciation des preuves permet au juge de s'écarter d'un certificat médical peu convaincant, en l'espèce établi deux semaines après le début de la maladie<sup>30</sup>.

### *c) Jurisprudence fédérale*

Etonnamment, on ne trouve que très peu d'arrêts de principe du Tribunal fédéral sur la force probante du certificat médical en droit du travail, et en particulier pas d'arrêt publié aux ATF. Dans un arrêt de 1995, la Haute Cour avait admis la pos-

---

23 JAR 1982 p. 113.

24 Arrêt C/12076/1999 du 7.11.2001.

25 JAR 1984 p. 134.

26 JAR 1980 p. 209.

27 JAR 1983 p. 118.

28 JAP 1990, p. 903.

29 Arrêt du 14 septembre 2004 (K 2004/3) disponible sur <http://www.gerichte.sg.ch/> (le résumé à la ZBI 2004 p. 680 est par trop laconique), consid. 3.

30 Sur la question de la libre appréciation des preuves (et favorables à une telle appréciation libre): SCHÖNENBERGER (note 17), p. 86; voir également PETER SCHLUEP, *Der Urkundenbeweis im aargauischen Zivilprozess*, thèse Zürich 1971.



sibilité pour le juge de s'écarter d'un certificat médical notamment lorsque le comportement du travailleur était en contradiction avec le certificat en cause<sup>31</sup> et l'a confirmée pour un certificat médical qui n'était pas précis<sup>32</sup>. Pour le surplus, les rares jurisprudences en la matière invitent plutôt le juge à se montrer très prudent pour contester un certificat produit, même s'agissant d'un certificat médical dont il fallait «*sérieusement s'interroger sur la force probante*»<sup>33</sup>. Ainsi, pour le Tribunal fédéral des assurances, «*si la force probante d'un certificat médical n'est pas absolue, la mise en doute de sa véracité suppose, néanmoins, des raisons sérieuses* (cf. STAEHELIN, Commentaire zurichois, n° 10 ad art. 324a CO; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, Commentaire du contrat de travail, 2<sup>e</sup> éd., note 3 ad art. 324a CO)»<sup>34</sup>.

Ce peu d'empressement à contester le certificat médical émanant du médecin traitant contraste très nettement avec la méfiance dont la Haute Cour fait preuve à l'égard du médecin traitant dans d'autres domaines du droit en raison de sa trop grande proximité avec le patient; ainsi en droit de la famille<sup>35</sup>, en droit administratif<sup>36</sup>, en droit pénal<sup>37</sup> ou en assurances sociales<sup>38</sup>.

#### d) Discussion

Pourquoi dès lors une position aussi rigide sur la force probante du certificat en droit du travail? La spécificité de la matière exigerait-elle d'accorder à ce moyen

---

31 JAR 1997 p. 132.

32 Arrêt 4P.101/2005 s'agissant d'un certificat médical fourni «pour une durée prévisible» mais non confirmé par la suite alors que le travailleur, durant cette période, avait d'une part travaillé un jour entier et d'autre part ne s'était ensuite prévalu de sa maladie qu'après avoir consulté un avocat.

33 Arrêt 4P.40/2006.

34 Arrêt C 322/01.

35 «Enfin, la Cour de justice pouvait, sans arbitraire (...), s'écarter des déclarations du médecin traitant de la recourante, recueillies près de dix ans après la signature du contrat de séparation de biens, pour le motif qu'elles comportaient des imprécisions quant aux dates et ne se rapportaient ni à l'acte litigieux, ni au moment de la conclusion de celui-ci, mais qu'elles présentaient, comme le certificat du 24 août 1987, un caractère purement général» (arrêt 5P.189/2005).

36 »Cette attestation médicale est certes plus explicite, mais le Dr Y. n'est intervenu que plus tard – sans qu'il soit d'ailleurs possible de savoir exactement à partir de quand –, ce qui réduit considérablement la force probante de son témoignage» (arrêt 2A.201/2005, incapacité médicale de se présenter à un examen).

37 »La force probante du certificat médical du 22 juin 2004 n'est guère élevée. Médecin généraliste, son auteur a certes vu la recourante le 1<sup>er</sup> juillet 2002, mais il n'a ensuite plus été consulté jusqu'au 15 mai 2004, soit plus de six mois après la séparation» (arrêt 1P.24/2005; voir également arrêt 1P.89/2002).

38 »Il faut accorder plus de poids aux constatations d'un spécialiste qu'à l'appréciation de l'incapacité de travail par le médecin de famille qui, dans le doute, est plutôt favorable au patient, étant donné les liens de confiance qui existent entre eux» (arrêt I 221/04 avec référence à l'ATF 125 V 351 consid. 3 b/cc et les références).

de preuve une force probante différente de celle conférée aux certificats médicaux dans les autres domaines du droit? A défaut de certitudes, on peut formuler en tout cas quelques hypothèses qui doivent à notre avis toutes être réfutées.

- a) En premier lieu, le travailleur étant la partie faible au contrat, il s'agirait de *mieux le protéger*. Bien que compréhensible dans son but, une telle justification ne correspond à notre sens pas à la volonté du législateur: le droit matériel du travail contient déjà nombre de normes spéciales dérogeant aux règles générales du droit des obligations, mais non un principe général selon lequel il faudrait en cas de doute donner raison au travailleur. Faute d'une telle disposition, il n'appartient pas au juge de combler les difficultés de preuve résultant de l'art. 8 CC: à moins d'une lacune à proprement parler qu'il n'est pas possible de supputer en l'espèce, l'art. 3 CC ne permet pas au juge de corriger les éventuelles incohérences du législateur<sup>39</sup>.
- b) En second lieu, le juge peut se trouver *démuni* face au certificat médical. Le juge n'étant pas médecin, il ne peut souvent pas porter d'appréciation médicale sur un fait, surtout lorsque le certificat ne contient pas de diagnostic (comme le veut la doctrine majoritaire eu égard au secret médical<sup>40</sup>). Cette circonstance n'est toutefois pas non plus suffisante pour justifier l'admission sans réserve d'un certificat: à tout le moins appartient-il au juge d'ordonner cas échéant une contre-expertise. Savoir si une telle expertise peut facilement être ordonnée ne devrait pas avoir d'incidence sur l'appréciation d'une preuve.

On relèvera de ce point de vue que la jurisprudence n'a pas hésité, dans d'autres domaines du droit du travail, à aménager le fardeau de la preuve lorsque cette dernière était systématiquement trop difficile à rapporter pour une partie; ainsi s'agissant de prouver le caractère abusif d'un congé, par exemple<sup>41</sup>. Nous en déduisons en tout cas qu'il n'existe pas de motif de principe pour s'opposer à l'administration de preuves même difficiles à mettre en œuvre pour établir qu'un certificat médical ne refléterait pas la réalité, ce d'autant plus que le fardeau de la preuve de la réalité d'un empêchement de

---

39 ATF 129 III 656.

40 STREIFF/VON KAENEL (note 20), n° 12 ad 324a/b et les références; WYLER (note 21), p 163 et les références; JÜRIG BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Berne – Stuttgart – Wien 1996, n° 9b ad 324a et les références.

41 «Conformément à l'article 8 CC, la preuve du caractère abusif du licenciement incombe à la partie qui a reçu son congé. La jurisprudence a tenu compte des difficultés qu'il pouvait y avoir à apporter la preuve du motif réel de celui qui a donné le congé. Le juge peut donc présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. De son côté, l'employeur ne peut rester inactif: il sera tenu de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif de congé» (ATF 130 III 699 consid. 4.1 et les références citées).

travailler incombe à celui qui s'en prévaut – le travailleur – et non à celui qui le conteste – l'employeur.

- c) On notera du reste que le refus de mettre en cause un certificat médical sauf «motif sérieux» revient à une violation de l'égalité entre parties: le juge admettrait sans réserve la pièce non qualifiée d'une partie en lui accordant une portée plus élevée que celle conférée à l'expertise judiciaire, laquelle peut toujours faire l'objet d'une demande de complément ou de contre-expertise<sup>42</sup>. C'est d'autant moins compréhensible que selon la doctrine, même en présence d'une réglementation n'imposant un certificat médical qu'à partir d'une absence d'une certaine durée, l'employeur conserve le droit d'exiger en tel ou tel cas un certificat dès le premier jour, puisque des règles conventionnelles pratiques ne doivent pas faire obstacle à l'art. 8 CC<sup>43</sup>.
- d) Enfin – et c'est peut-être là que se pose le problème le plus ardu – considérer qu'un certificat médical n'a pas pleine force probante, c'est d'une certaine manière *douter a priori de la probité de l'ensemble du corps médical*. A ce titre, on comprend les hésitations des tribunaux. Mais une fois encore, cela ne nous paraît pas constituer une raison suffisante<sup>44</sup>. D'une part, le médecin traitant n'intervient pas directement dans la procédure, alors que tout témoin, en présence du juge, est invité formellement à dire la vérité<sup>45</sup>. D'autre part, quand bien même le médecin qui rédige un faux certificat sait qu'il s'expose à des sanctions pénales (faux certificat médical, art. 318 CP, passible de 3 ans d'emprisonnement), il court moins de risque que le témoin lambda dont le faux témoignage peut valoir 5 ans d'emprisonnement (art. 307 CP). Le juge a toute liberté – voire a le devoir – d'apprécier, cas échéant d'écarter un témoignage. Il n'y a pas de raison que son pouvoir d'appréciation soit moins grand pour l'écrit d'un tiers aux conséquences pénales moins lourdes que pour les déclarations en procédure d'un témoin à qui il aura cas échéant rappelé expressément la sanction pénale en cas de faux témoignage. Enfin, comme nous l'avons exposé ci-dessus, le diagnostic du médecin est souvent fonction des déclarations du patient, que le médecin n'est pas à même de vérifier, et on ne saurait rendre intangible les déclarations d'une partie au seul motif qu'elles sont reprises par écrit par un tiers.

En résumé, nous estimons avec SCHÖNENBERGER<sup>46</sup> qu'aucun motif de procédure ou de fond n'impose d'accorder une valeur probante particulièrement élevée à

---

42 Voir par exemple art. 259 CPC/FR; art. 179 et 180 CPC/VS.

43 Voir JEAN-LOUIS DUC et OLIVIER SUBILIA, Commentaire du contrat individuel de travail, IRAL, Lausanne 1998, n° 48 ad 324a; WYLER (note 21), pp 162–164; BRÜHWILER (note 40), n° 9 ad 324a.

44 En Allemagne par endroits, la masse des certificats de complaisance est devenue telle que les tribunaux de manière générale mettent en doute les certificats médicaux (REHBINDER, Festschrift [note 22], pp. 112–113).

45 En ce sens SCHÖNENBERGER (note 17), p. 86 et les références.

un certificat médical; à tout le moins le juge devrait-il systématiquement entendre le médecin comme témoin avant de forger son appréciation.

## IV. Quelle appréciation par le juge?

### 1. La marge d'appréciation du juge

Nous l'avons indiqué, jurisprudence et doctrine admettent la possibilité pour le juge de remettre en cause un certificat lorsque celui-ci atteste de faits manifestement contraires aux autres éléments du dossier ou lorsque le certificat médical n'est pas motivé et qu'il est impossible d'obtenir du médecin des précisions. En dehors de ces cas, le certificat médical est généralement admis sans discussion.

A notre avis, la pratique est aujourd'hui bien trop restrictive en ce qui concerne les possibilités pour le juge de remettre en question un certificat médical. Nous l'avons vu, la portée d'un tel écrit est inférieure à celle d'une expertise; or même dans ce cas particulier, le juge est autorisé à s'écarter des conclusions de l'expert eu égard au principe de libre appréciation des preuves<sup>47</sup>. Deux droits le prévoient du reste expressément en matière d'expertise: le juge vaudois peut s'écarter d'un rapport à la seule condition qu'il motive sa position<sup>48</sup>; quant au juge neuchâtelois, il n'est expressément pas lié par le rapport d'expertise<sup>49</sup>.

Nous estimons dès lors que le certificat médical doit plus largement pouvoir être remis en question par le juge, qui doit pouvoir apprécier un tel certificat comme n'importe quel autre moyen de preuve. Cette appréciation ne doit cependant pas conduire à l'arbitraire du juge; nous indiquons ci-après quelques pistes de réflexion pour guider une telle appréciation<sup>50</sup>.

---

46 Voir en particulier sa conclusion p. 195.

47 Art. 217 CPC/JU; art. 150 CPC/VS; art. 196 LPC/GE; art. 203 CPC/FR.

48 Art. 243 CPC/VD.

49 Art. 281 CPC/NE.

50 Dans un registre quelque peu différent, on lira GABRIEL AUBERT, Le pouvoir d'appréciation du juge en droit du travail, *in*: Pour un droit pluriel: études offertes au professeur Jean-François Perrin, Genève, Faculté de droit, 2002. Cet auteur plaide pour restituer aux juges le pouvoir d'appréciation au sens de l'art. 4 CC que la jurisprudence du Tribunal paraît leur ôter au moins partiellement. Ce qu'il affirme en relation avec le pouvoir d'appréciation juridique, découlant du droit fédéral, nous paraît devoir s'appliquer à plus forte raison à la liberté d'apprécier les faits qui relève du droit cantonal.

## 2. Les éléments devant permettre au juge de former sa conviction

### a) Le caractère rétroactif du certificat médical.

On ne saurait poser en soi qu'un certificat de travail rétroactif<sup>51</sup> doit être considéré comme douteux. Sur un plan scientifique, il est généralement possible au médecin de déterminer, surtout s'il s'agit de son propre patient, que trois ou quatre jours avant, voire plus selon les circonstances et la pathologie constatée, le travailleur était dans l'incapacité de fournir sa prestation<sup>52</sup>.

Le caractère rétroactif doit cependant inciter le juge à la prudence. En matière accidentelle, sous réserve de la preuve du moment exact de l'événement déclencheur, il est assez facile de déterminer *a posteriori* l'évolution de l'incapacité. En revanche, s'agissant de maladies notamment d'origine psychique, la précision avec laquelle il est possible de déterminer le moment exact où débute l'incapacité de travail décroît rapidement avec l'écoulement du temps, surtout lorsque seules les déclarations du patient fondent le diagnostic du médecin.

Le juge doit faire preuve de davantage encore de circonspection s'agissant d'une maladie survenant à proximité d'un licenciement<sup>53</sup>, dès lors que de l'existence d'une maladie dépend l'éventuelle nullité du congé: en l'état de la jurisprudence, le Tribunal fédéral n'admet pas qu'un congé donné pendant une période de maladie puisse être censé avoir été donné à la première date utile sans nouvelle notification<sup>54</sup>, même si les tribunaux cantonaux ont tendance à appliquer la théorie de la conversion, notamment lorsque la volonté de rupture de l'employeur est manifeste, auquel cas le congé momentanément inefficace est censé déployer ses effets dès le premier jour utile<sup>55</sup>. Savoir si la maladie est consécutive ou préexistante au licenciement a des effets de droit civil majeurs lorsque l'employeur n'est pas en mesure de renouveler le congé à l'expiration de la période de protection ou ne peut le faire entre l'expiration de cette période et la fin du mois; il est donc important de se montrer strict quant à l'admission de l'existence d'un empêchement de travailler rendant le congé de nul effet<sup>56</sup>.

---

51 Nous entendons par là le cas où un certificat est délivré pour une période au cours de laquelle il n'y a même pas eu de consultation téléphonique entre le patient et le médecin.

52 JEAN-MARC GUINCHARD, Le certificat médical d'arrêt de travail, in: Revue médicale suisse 2005, n° 30, pp. 1985–1989.

53 Voir WYLER (note 21), p. 162.

54 ATF 128 III 212 consid. 3 a.

55 CHRISTIAN FAVRE, CHARLES MUNOZ et ROLF A. TOBLER, n° 2.2 ad art. 336c CO.

56 Le problème se pose notamment dans le cas suivant. Travailleur dans sa première année de service et bénéficiant d'une période de protection contre les congés de 30 jours. Licenciement le 29 juin et maladie immédiatement consécutive durant jusqu'à fin août. Si le congé est donné valablement le 29 juin, le délai de congé est suspendu pendant 30 jours et le délai de congé est reporté au 31 août. En revanche, si le congé du 29 juin est nul, il devra être renouvelé dès le 29 juillet. Or le congé étant un acte sou-

Deux problèmes particuliers se posent à cet égard.

En premier lieu, l'on ne saurait selon nous admettre qu'un diagnostic avec effet rétroactif puisse attester de la nullité d'un licenciement. Lorsque l'attestation est établie quelques jours plus tard, elle est forcément imprécise en ce qui concerne le moment exact de son début. Il est rappelé que c'est le travailleur qui supporte le fardeau de la preuve qu'une incapacité de travail rend nul un congé en principe valable (art. 8 CC en relation avec l'art. 336c CO); dans le doute, la nullité du congé doit être niée, seule la prolongation du congé en relation avec l'incapacité de travail entrant en ligne de compte.

En deuxième lieu, s'agissant par hypothèse d'un arrêt de travail réactionnel par rapport à un congé reçu, le travailleur est par définition en mesure de travailler lorsqu'il reçoit le congé. L'art. 336c ne prévoit la nullité du congé que lorsque celui-ci est signifié pendant une incapacité de travail. Une telle incapacité ne saurait être définie que comme l'impossibilité non fautive d'exercer son emploi au sens de l'art. 324a et non comme un mal-être même important<sup>57</sup>. Ainsi, lorsque le congé est reçu (par exemple sur le lieu de travail) pendant que le travailleur était en train de travailler, un certificat rétroactif ne saurait attester d'une incapacité de travail existant au moment de la réception du congé. Plus généralement, un certificat établi pour une période pendant laquelle le travailleur a effectivement travaillé doit être à notre sens écarté comme sans valeur par le tribunal car contraire aux faits: dans le meilleur des cas, le tribunal devra constater que le médecin a été abusé par son patient<sup>58</sup> et n'est ainsi pas en mesure de poser un diagnostic objectif; dans le pire des cas, il ne pourra que prendre acte d'un certificat de complaisance<sup>59</sup>.

En résumé, nous estimons que sauf cas exceptionnel, le tribunal ne devrait pas attacher de valeur à un certificat rétroactif faisant état d'une incapacité pour cause de maladie lorsque que d'une date déterminée d'incapacité de travail non constatée *de visu* par le médecin dépend un effet de droit civil spécifique favorable au travailleur, s'agissant de la partie supportant le fardeau de la preuve.

---

mis à réception, un congé expédié le 29 juillet ne sera pas forcément réceptionné le lendemain. Si le congé est réceptionné le 1<sup>er</sup> août, ses effets tombent le 30 septembre, soit un mois supplémentaire.

57 Si les textes français des articles 324a et 336c diffèrent, les textes allemands (*ist an der Arbeitsleistung verhindert*) et italiens (*è impedito di lavorare*) des deux articles sont identiques. De plus, le texte allemand est plus précis: le travailleur doit être «empêché de fournir sa prestation de travail», non «au bénéfice d'un certificat médical». Un travailleur qui a effectivement fourni sa prestation de travail n'en était objectivement pas empêché.

58 Sur cette question SCHÖNENBERGER (note 17), pp. 97 ss.

59 Il nous est pour ce motif impossible de souscrire à la solution adoptée par l'Arbeitsgericht de Zürich (Plädoyer 6/95 p. 57) qui, dans un cas douteux où la maladie du travailleur avait été temporairement interrompue avant d'être attestée, rétroactivement, à temps partiel, a considéré dans le doute que le congé donné durant cette période était nul, «Demgegenüber ist das Indiz des Arbeitsquantums bei weitem zu schwach».

*b) Le diagnostic posé par un médecin hors de son domaine de spécialisation*

Le problème se pose essentiellement en ce qui concerne les maladies psychiques ou dont les éléments ne sont pas objectivables<sup>60</sup>. Tout médecin dispose d'une formation de base lui permettant à tout le moins une première prise en charge. En revanche, lorsqu'un empêchement de travailler d'origine psychique dure plus de quelques jours, nous estimons que l'arrêt décerné par le médecin de famille qui n'adresse pas son patient à un spécialiste n'est pas crédible<sup>61</sup>. De ce point de vue, notre position est en accord avec la jurisprudence constante du Tribunal fédéral des assurances s'agissant des troubles d'origine psychique dans le domaine de l'invalidité<sup>62</sup>: si la Haute Cour n'admet pas qu'un administré puisse se prévaloir de l'avis d'un non-spécialiste pour obtenir des prestations de l'Etat, il n'y a pas de raison qu'une personne privée doive se voir opposer un tel avis.

*c) Le certificat «à géométrie variable»*

Il arrive régulièrement qu'un médecin atteste d'un état interdisant au travailleur de poursuivre son activité auprès de son employeur actuel tout en le déclarant apte à exercer toute autre activité. A notre point de vue, le juge doit écarter un tel certificat par principe.

Certes, il est parfois loisible à un médecin d'attester que certains travaux sont irréalisables tandis que d'autres ne le sont pas. C'est notamment le cas de nombre de maladies professionnelles au sens de l'art. 9 LAA (interdiction de contact avec certains produits allergisants par exemple). La différence majeure réside toutefois dans le fait que le médecin atteste un élément objectif (travaux impossibles, produits nocifs) alors que l'auteur d'un certificat médical constatant que l'ambiance de travail au sein de l'entreprise x empêche la poursuite des rapports de travail atteste d'un élément tout à fait subjectif.

Il n'est certes pas exclu que l'attitude de l'employeur soit constitutive de harcèlement psychologique. Mais ce n'est pas au médecin de l'indiquer. Le praticien qui, sans avoir enquêté auprès de l'employeur, affirme que le comportement de ce dernier rend la poursuite des rapports de travail impossible adopte une attitude doublement inadmissible: il dit le droit au lieu d'établir un fait et atteste

---

60 Le tribunal administratif de St-Gall a en particulier admis que le certificat qui se fondait exclusivement sur les déclarations du patient sans éléments objectivables n'était pas susceptible de constituer un moyen de preuve valable (ZBI 2004, p. 680, cité en note 29).

61 REHBINDER, Festschrift (note 22), pp 186–187, observe que le Tribunal fédéral du travail allemand, quand bien même il tend – contrairement aux tribunaux des Länder – à accorder un crédit particulier aux certificats médicaux, paraît estimer que seul un spécialiste est capable d'évaluer les conséquences d'une maladie.

62 Voir ATF 130 V 352 et les références; arrêt I 596/03 du 19 août 2004.

comme établi un comportement qu'il n'a pas observé lui-même mais qui relève uniquement des déclarations de son patient.

Pour ces raisons, nous estimons que le juge doit par principe écarter comme dépourvu de valeur un tel certificat. Il doit en aller de même, plus généralement, lorsque le certificat atteste de faits qui ne relèvent pas de la sphère médicale: la valeur probante attachée au certificat médical ne découle que de l'expérience professionnelle de celui qui en atteste. Si le médecin se prononce en dehors de son domaine propre, ses déclarations n'ont pas plus de valeur qu'une mise par écrit des déclarations de son patient.

#### *d) La proximité avec le licenciement*

Comme nous l'indiquions au début de cet article, un licenciement peut objectivement porter un coup au travailleur et engendrer une incapacité de travail. Telle ne devrait toutefois pas être la règle. Dès lors, au vu des trop nombreuses situations dans lesquelles une incapacité de travail tombe à point pour faire échec temporairement à un licenciement, le juge doit se montrer prudent lorsque la maladie est purement psychique.

## **V. Vers un recours systématique à un organisme externe officiel?**

Si les éléments ci-dessus indiqués devraient permettre au juge d'apprécier raisonnablement la plupart des cas qui lui sont soumis, il n'en demeure pas moins qu'ils contraignent le juge, juriste sans connaissances médicales, à apprécier voire à contrer le travail d'un médecin. Ce n'est pas satisfaisant, même si ce n'est pas plus absurde que de formuler des propositions juridiques lorsque l'on est médecin, ce que l'on voit parfois<sup>63</sup>.

Ne faudrait-il pas alors recourir systématiquement à l'expertise médicale – lorsque le temps écoulé le permet encore – et confier systématiquement une telle expertise à un organisme étatique<sup>64</sup>? On peut bien sûr estimer qu'une telle solution serait trop lourde, surtout s'agissant d'une procédure devant être simple et rapide en raison du droit fédéral; deux arguments plaident toutefois en faveur d'une telle solution.

---

63 Vu dans un certificat médical: «Le travailleur ne peut pas reprendre son travail parce que le lien de confiance est rompu».

64 Voir en ce sens GEISER/MÜLLER (note 20), n° 303, s'agissant en tout cas de certificats médicaux contradictoires.



- a) En attendant le nouveau code de procédure civile fédéral<sup>65</sup>, la majorité sinon la totalité des lois de procédure cantonale distinguent entre le fait de nature technique et le fait constaté; si le second peut être apprécié par tout un chacun, le premier ne peut faire l'objet que d'une expertise<sup>66</sup>. En droit vaudois notamment, le témoignage est interdit sur un fait de nature technique<sup>67</sup>. Dès lors soit on admet que le juge peut librement apprécier le caractère invalidant d'une maladie, ce qui paraît aller trop loin, soit on admet la nature technique de l'incapacité de travail et ainsi la nécessité d'une expertise pour établir ou infirmer son existence.
- b) Cette solution est celle qui prévaut en assurances sociales et en particulier dans le domaine de l'assurance-invalidité: il existe des centres médicaux régionaux exploités par la CNA et les offices AI ayant pour mission d'intervenir systématiquement, notamment en matière d'expertise pluri-disciplinaire. La gratuité de la procédure en matière d'assurances sociales, au stade de la première instance en tout cas, n'y a jamais fait obstacle.

La mise en place d'une autorité d'expertise aurait en outre l'avantage de supprimer le soupçon de partialité du médecin, qu'il s'agisse du médecin traitant trop proche de l'employé ou du médecin-conseil agissant pour l'employeur. Une telle autorité devrait alors pouvoir être saisie par l'une ou l'autre des parties immédiatement à titre de preuve à futur lorsque la maladie est en cours, ce qui éviterait au juge de se retrouver en présence d'un diagnostic dont l'écoulement du temps a rendu la vérification impossible.

## VI. Conclusion

Nous estimons que la pratique, partant d'une idée louable de confier l'établissement des faits à des spécialistes, a peu à peu glissé vers une situation où le médecin dit le droit sans recours possible. Cette solution n'est pas conforme aux articles 4 et 8 CC.

Dès lors que tous les codes romands de procédure le prévoient, il appartient au juge d'apprécier les preuves et de cesser de donner à l'une d'entre elles un ca-

---

65 Ce code contient sur ce point plusieurs nouveautés par rapport aux droits romands. D'une part, le mandat de l'expert n'est pas expressément limité aux questions de nature technique ou nécessitant des connaissances spéciales (art. 180 al. 1 Projet-CPC). D'autre part, les juges eux-mêmes peuvent, à certaines conditions, fonctionner comme experts (art. 180 al. 3 Projet-CPC). Enfin, le projet introduit la notion de témoignage-expertise permettant de confier une sorte d'expertise-minute à un témoin lorsqu'il possède des connaissances spéciales (art. 172 Projet-CPC).

66 Art. 220 CPC/VD; art. 268 CPC/NE; art. 249 CPC/FR; art. 255 CPC/GE; art. 172 CPC/VS; art. 262 CPC/JU.

67 JT 1928 III 2; 1962 III 28.

ractère absolu que ni le droit de fond, ni celui de procédure ne justifient. Le droit de procédure confère au juge les instruments juridiques nécessaires pour apprécier les problèmes médicaux; il n'appartient qu'au magistrat d'en faire usage afin de n'être plus un pêcheur sans filet.