

Le certificat médical en droit du travail

Parmi les préoccupations du chef d'entreprise, l'absentéisme occupe une place importante. Les absences provoquent une désorganisation du travail et nécessitent en général le remplacement provisoire du travailleur (heures supplémentaires, travail temporaire, travail sur appel).

Des absences liées au service militaire ou à un accident ne prêtent en principe guère à discussion car les causes sont précises et vérifiables. Il n'en va pas de même avec les absences liées à la maladie (surtout atteinte à la santé physique ou psychique), car cette notion est vague et relative. Avec les mêmes symptômes, un travailleur peut être en incapacité de travailler à 100 %, un autre à 50 % et un troisième apte au travail.

En 1994, dans une campagne de lutte contre l'emballlement des coûts de la santé publique, la SUVA (à l'époque, la CNA) et la Fédération des médecins suisses (FMH) relevaient qu'en matière d'accident seulement, « si la durée de l'incapacité de travail après accident n'était réduite que d'un seul jour, l'ensemble de la santé publique suisse pourrait économiser 100 millions de francs par an ». Comme première mesure, l'assureur et la FMH demandaient aux médecins de perdre l'habitude de « renvoyer au travail » le travailleur le lundi de la semaine suivante et de prescrire le retour au travail dès que possible, même au milieu de la semaine.

Le certificat médical peut être vu sous divers angles : celui du médecin, celui du travailleur et celui de l'employeur. Les intérêts de chacun ne sont pas les mêmes.

Le certificat médical vu par le médecin

Le certificat médical est un document signé par le médecin attestant une incapacité de travail à un poste déterminé, pour une durée déterminée ou indéterminée. Ce document engage la responsabilité du médecin. Il signifie que le médecin a « pris en charge » la personne subissant une atteinte à sa santé et qu'il la soigne. L'affection peut ne pas être évidente. Pour établir un diagnostic, le médecin doit écouter son patient et lui faire confiance. Le diagnostic est plus difficile à établir si le passé médical du patient n'est pas connu. Le médecin ne peut pas courir le risque de mettre en doute les affirmations de son patient : en cas d'aggravation du mal, il assumerait une lourde responsabilité s'il n'avait pas pris au sérieux les déclarations sur les maux du travailleur. Le médecin ne doit pas non plus immédiatement prendre des mesures disproportionnées ; son art est une question de jugement, de mesure et d'expérience.

Secret professionnel

Le médecin engage sa responsabilité pénale s'il ne respecte pas le secret professionnel ; en effet, selon l'article 321 du Code pénal, les « ...médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes ainsi que leurs auxiliaires qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis de... ». La révélation n'est toutefois pas punissable s'il y a eu consentement (éclairé) de l'intéressé, s'il y a eu autorisation de l'autorité de surveillance ou s'il y avait obligation légale de renseigner (par exemple dans le cas d'une épidémie).

Faux certificat

Le médecin engage aussi sa responsabilité pénale s'il dresse volontairement ou par négligence un certificat contraire à la vérité de nature à léser les intérêts légitimes de tierces personnes (article 318 du Code pénal).

Qui peut établir un certificat ?

Comme l'a précisé le professeur Olivier Guillod, directeur de l'Institut de droit de la santé de Neuchâtel, dans une émission radiophonique, « un certificat médical doit logiquement être établi par un médecin. Cela ne signifie en revanche pas qu'un certificat d'incapacité de travailler, qui n'est qu'un moyen pour le travailleur de prouver à son employeur qu'il est incapable de fournir sa prestation, ne puisse jamais être délivré par un autre professionnel de la santé. Il est envisageable qu'un psychologue ou un chiropraticien, par exemple, atteste d'une incapacité de travailler si celle-ci ne résulte pas d'un événement pathologique dont le diagnostic est réservé aux seuls médecins. »

Les recommandations de la Fédération des médecins suisses

La FMH s'est exprimée à plusieurs reprises sur la question du certificat médical. Ainsi, dans ses bulletins n° 48 (décembre 1976) et n° 71 (avril 1990), la FMH rappelle à ses membres quelques principes à respecter.

L'appréciation raisonnable de la durée de l'incapacité de travail répond non seulement à une nécessité économique, mais constitue une obligation ancrée dans nos règles de déontologie que stipulent au paragraphe 9 : « En établissant des expertises, certificats et attestations, le médecin doit toujours avoir présente à l'esprit la portée de ces documents ; il ne les délivrera que sur la base d'un examen scientifique sérieux et après mûre réflexion. L'établissement de certificats de complaisance est contraire à la déontologie ».

- **Certificat médical établi subséquentement**

A l'encontre d'une opinion très répandue auprès des employeurs, il n'est pas interdit d'établir des certificats à propos d'incapacités antérieurement survenues, à plus forte raison lorsqu'une entreprise n'exige une attestation qu'après le 3^{ème} ou le 4^{ème} jour de maladie.

Il y a lieu toutefois d'y préciser clairement :

- la date du certificat,
- la date du premier traitement ou de la première consultation,
- la date du début de l'incapacité de travail.

- **Certificats d'incapacité de travail demandés par téléphone**

Un certificat d'incapacité de travail étant une attestation basée sur des examens entrepris par le médecin lui-même, il s'agit de faire preuve d'une grande prudence en établissant des certificats demandés par téléphone (...); de tels certificats devraient être exceptionnels, être limités à une brève incapacité de travail et n'être établis que par le médecin habituel.

Les certificats médicaux doivent être signés par le médecin lui-même. Des fac-similés de signature ne sont pas admis sur les certificats médicaux (pas plus que sur les ordonnances).

- La prudence est de rigueur lorsque le contrat de travail a été dénoncé. Bien qu'il n'appartienne pas au médecin d'élucider si les rapports de service d'un salarié subsistent ou non, il se peut néanmoins que le patient l'en informe. Il arrive aussi que des patients tentent d'obtenir un certificat d'incapacité de travail à cause de l'interdiction d'une résiliation en temps inopportun introduite par la révision du contrat de travail et en vertu de laquelle un congé peut être annulé et le contrat de travail prolongé grâce au certificat médical.

Le certificat médical vu par le travailleur

L'employé empêché de travailler doit, selon l'article 8 CC, établir le fait dont il se prévaut. Le certificat constitue son moyen de preuve.

Le travailleur bénéficie du secret médical imposé au médecin et de la protection des données sur sa santé ; celle-ci fait partie de sa personnalité et de sa sphère privée. Selon l'art. 28 al. 1 CC, « celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe » ; cette garantie est complétée par l'article 28 alinéa 2 CC qui exclut le caractère illicite de l'atteinte lorsque celle-ci est justifiée « par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public ou par la loi ». C'est ce qui explique que des informations concernant la santé d'un travailleur, qui sont constitutives de la personnalité, peuvent malgré tout être divulguées, à certaines conditions. Le consentement donné à l'avance par le travailleur à son employeur peut toutefois être nul sur la base des art. 27 CC et 20 CO. Par ailleurs, selon l'art. 328 CO l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur. Le nouvel article 328b CO prescrit de son côté que « l'employeur ne peut traiter des données que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail ». Ainsi, seules des données directement liées au travail peuvent être communiquées. Le certificat doit donc se limiter à établir s'il s'agit d'une maladie, d'une grossesse (l'employeur a des obligations particulières en cas de grossesse), d'un accident, le degré d'incapacité, la durée de l'absence. Le médecin peut éventuellement aussi être appelé à déterminer l'aptitude du travailleur à remplir l'emploi considéré (par exemple travail de nuit, port de lourdes charges, séropositivité pour du personnel médical ou risque éventuel de contagion).

Le certificat médical vu par l'employeur

Le devoir de renseigner et de fournir un certificat

En cas d'absence d'un travailleur, l'employeur doit être rapidement renseigné sur l'absence elle-même et ses causes. S'il s'agit d'un accident, il faut d'urgence en informer l'employeur et l'assurance (art. 45 LAA). Le devoir d'informer découle aussi de l'article 321a CO (devoir de diligence du travailleur).

En cas d'absence, il incombe au travailleur d'établir le fait dont il se prévaut ; selon l'article 8 CC « chaque partie doit, si la loi ne prescrit pas le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire un droit ». Il s'agit de justifier l'absence, ce qui ouvrira notamment le droit à la continuation du paiement du salaire.

Un certificat médical doit, selon l'usage, être présenté dès le troisième jour d'absence. On part de l'idée que, comme les rapports de travail sont fondés sur la confiance entre les parties, il n'est pas nécessaire de justifier par certificat médical les absences de très courte durée. L'employeur peut toutefois, dans ces cas particuliers, exiger un certificat pour toute absence ; ainsi, s'il observe qu'un travailleur est régulièrement malade le lundi ou le deuxième jeudi de chaque mois (jour de lessive dans l'immeuble), il demandera, par écrit, au travailleur de justifier à l'avenir, et pour un certain temps, toute absence par un certificat médical.

Le degré de l'incapacité

Dès lors que cela est déterminant pour le paiement du salaire, l'employeur doit savoir si l'incapacité de travailler est totale ou partielle. Pour fixer le niveau de l'incapacité, il peut être utile d'informer le médecin sur le poste occupé par le travailleur. Une téléphoniste peut en effet continuer de travailler avec une jambe dans le plâtre, pas un balayeur. Lorsque le certificat indique une incapacité de 50 %, il s'agit de savoir si le travail est à mi-temps avec une cadence normale ou à plein temps avec une activité réduite. Pour résoudre cette question, il convient avant tout d'examiner les données pratiques. Une téléphoniste ne peut de toute évidence pas se limiter à traiter un appel sur deux : pour elle, 50 % signifie le mi-temps et un travail normal. La SUVA prescrit à ce propos sur sa « feuille-accident LAA » que lorsque l'incapacité n'est que partielle, il faut observer l'horaire de travail complet, sauf si le médecin en prescrit un autre pour des raisons médicales. Lorsque, dans des cas particuliers, il n'y a ni la possibilité de réduire la durée de travail, ni la possibilité d'alléger le travail lui-même (le port d'une charge reste indispensable), l'employeur doit s'en ouvrir au médecin, qui peut éventuellement modifier le certificat médical ; dans un tel cas, celui-ci peut, par exemple, prononcer une incapacité totale de travail.

La durée de l'incapacité

L'employeur peut exiger du travailleur ou du médecin des certificats indiquant la durée probable de l'incapacité ou des certificats réguliers (par exemple une fois par mois) ; il est bien évident que, dans certains cas, le médecin ne peut pas d'emblée s'exprimer sur la durée de l'incapacité. Le médecin ne doit toutefois pas se limiter à annoncer une absence pour une durée indéterminée. Sur ce point, le docteur Jean Martin, médecin cantonal vaudois, précise dans le *Courrier de la Société vaudoise de médecine* de septembre 1999 : « nous devons rappeler les nombreuses prises de position, au cours de ces dernières années, de la Société vaudoise de médecine et d'autres instances à propos du fait qu'il est tout à fait indésirable, et discutable sur le plan déontologique, d'établir des certificats de durée indéterminée. Il convient en pratique d'y renoncer... La règle est d'établir un premier certificat, pour une durée correspondant aussi précisément que possible à ce qu'on peut penser au vu des données scientifiques et de la connaissance du patient, en fixant une date raisonnable. S'il s'avère que la situation pathologique perdure, on établira de manière itérative des certificats successifs pertinents ».

L'expertise par un autre médecin

Il peut y avoir doute sur le bien-fondé d'un certificat médical (taux d'incapacité, durée) ; ainsi un travailleur déclaré en incapacité totale participant à un match de football...L'employeur pourra vérifier le bien-fondé du certificat (le médecin a été trompé par son patient) et exiger du travailleur qu'il se présente auprès du médecin d'entreprise et d'un autre médecin.

Le « droit au contrôle » en faveur de l'employeur

On peut l'illustrer par deux arrêts qui gardent toute leur actualité :

- **Maladie pendant le délai de congé attestée par certificat. Fondé sur une disposition du règlement d'entreprise, l'employeur demande à la travailleuse de se présenter auprès du médecin d'entreprise. Refus. Le premier juge donne raison à l'employeur ; en 2^{ème} instance la Chambre d'appel précise : « 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 » (Chambre d'appel du canton du Genève, JAR 1982 p. 113).**
- **« 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 » (Tribunal supérieur du canton de Zurich, 15 mai 1981, JAP 25 octobre 1990, p. 903).**

L'incapacité de « travailler » survenant pendant les vacances

Le but des vacances est de permettre au travailleur de se reposer, de récupérer ses forces physiques et morales, de se « refaire une santé » sans perte de gain. Dans ce sens, la jurisprudence indique que les vacances sont suspendues durant le temps d'une maladie ou d'une incapacité consécutive à un accident, du moins si l'incapacité dépasse un ou deux jours et qu'elle est dûment établie. Certaines incapacités de minime importance n'empêchent toutefois pas le but des vacances d'être atteint et les vacances continuent alors à courir.

La fixation des vacances alors qu'il y a une incapacité de travailler

Il incombe à l'employeur de fixer la date des vacances ; celui-ci doit toutefois mettre en balance les vœux du travailleur et les impératifs de l'entreprise. En période d'incapacité, le but des vacances ne peut en principe plus être atteint. Ainsi, l'employeur doit attendre que le travailleur soit rétabli pour fixer la date des vacances.

Il arrive parfois que le travailleur, bien qu'en incapacité de travail, exige le maintien de la date initialement fixée ou souhaite profiter de cette période où il ne travaille pas pour partir en vacances. L'employeur peut exceptionnellement accepter s'il y a accord du médecin; l'employeur fera toutefois bien de préciser que les jours de vacances comptent comme jours entiers quel que soit le degré d'incapacité et qu'il n'y aura pas de prolongation de la durée des vacances.

Durant cette période de vacances, le travailleur est payé par l'employeur au titre des vacances. Il convient donc, le cas échéant, de faire suspendre l'indemnisation par une assurance perte de gain.