

Françoise Martin Antipas, La mention des absences et de leur cause dans le certificat de travail, le cas de la grossesse et de la maternité – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_134/2018, Newsletter DroitDuTravail.ch octobre 2018

**Art. 6 al. 2 LPers
et 330a CO**

La mention des absences et de leur cause dans le certificat de travail, le cas de la grossesse et de la maternité – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_134/2018

Françoise Martin Antipas, docteur en droit, avocate, spécialiste FSA droit du travail

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt, dont la publication aux ATF est prévue, traite du cas d'un licenciement d'une greffière du Tribunal administratif fédéral.

II. Résumé de l'arrêt

A. Faits

La recourante, née en 1979, a travaillé pour le Tribunal administratif fédéral en qualité de greffière depuis le 1^{er} mars 2014. Elle fut absente de son travail en raison d'incapacités (maternité et maladie) du 30 avril au 1^{er} octobre 2014, puis du 2 juillet au 31 août 2015 ainsi que depuis le 12 novembre 2015 jusqu'à la fin des rapports de travail.

En avril 2016, le Tribunal administratif fédéral exigea de l'employée qu'elle reprenne son travail, ce qu'elle refusa. Par décision du 25 mai 2016, le Tribunal administratif fédéral résilia avec effet immédiat les rapports de travail.

Sur recours, la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral reconnut à l'employée le droit au paiement de son salaire hypothétique jusqu'au terme ordinaire du contrat, à une indemnité de sept mois de salaire brut et à la délivrance d'un certificat de travail modifié.

L'employée exerce un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral pour obtenir la modification du jugement dans le sens de l'allocation d'une indemnité de dix mois de salaire et la modification du certificat de travail.

B. Droit

1. Spécificités de la procédure

Le Tribunal fédéral est amené en l'espèce à revoir un arrêt de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral. En effet, conformément à l'article 36 al. 4 LPers, le Tribunal pénal fédéral est

compétent pour juger des recours contre les décisions qui concernent les rapports de travail au sein du Tribunal administratif fédéral.

Sous l'angle de la recevabilité et de la valeur litigieuse, le Tribunal fédéral rappelle sa jurisprudence selon laquelle la modification du certificat de travail constitue une contestation de nature pécuniaire. Compte tenu de l'autre conclusion de nature pécuniaire en paiement d'une indemnité prise en l'espèce, ouvrant pour elle-même la voie du recours au Tribunal fédéral, ce dernier laisse ouverte la question de la valeur litigieuse liée à la formulation du certificat de travail¹.

2. Droit d'être entendu

Dans le cadre de l'examen du caractère abusif du licenciement, le Tribunal fédéral vérifie, d'un point de vue formel, le respect du droit d'être entendu de la recourante². Celle-ci voyait une violation de son droit dans le caviardage d'emails qui auraient pu selon elle donner des indices importants pour juger de son licenciement.

Le Tribunal fédéral rappelle les faits retenus par l'instance inférieure, à savoir que le caviardage visait à éliminer les éléments relevant de la formation de l'opinion et internes à l'administration, établis par écrit en raison de la procédure particulière de décision par circulation intervenue dans l'urgence. Le Tribunal fédéral retient donc, comme l'instance inférieure, que le caviardage n'a pas violé le droit d'être entendu de la recourante.

3. Résiliation

Au considérant 4, le Tribunal fédéral examine les positions respectives de l'instance précédente et de la recourante quant à la résiliation et à son éventuel caractère abusif.

Il retient, comme l'autorité inférieure et sur la base des faits établis par celle-ci, que le congé n'était pas intervenu en lien avec la procédure en discrimination pendante, initiée par la recourante, mais qu'il faisait suite aux doutes de l'employeur quant à la véracité de l'incapacité de son employée, après qu'il avait appris que cette dernière avait passé son examen d'avocat en mars 2016 nonobstant un certificat médical d'incapacité. Notre Haute Cour confirme ainsi le jugement entrepris, tant sur l'absence de licenciement abusif que sur l'indemnité de sept mois de salaire allouée pour résiliation immédiate injustifiée.

4. Certificat de travail

Le Tribunal fédéral examine finalement, au considérant 5, si l'instance inférieure a valablement rejeté les modifications du certificat de travail demandées par la recourante, laquelle contestait la mention de la durée de ses absences avec l'indication « maternité/maladie ».

Les absences de l'employée représentaient la moitié de la durée des rapports de travail, à savoir quatorze mois d'absence durant la période du 1^{er} mars 2014 au 26 mai 2016, respectivement au 31 août 2016 en raison de la résiliation immédiate jugée injustifiée.

¹ Considérant 1.2.

² Considérant 3.3.

Sur cette base, le Tribunal fédéral reconnaît le bien-fondé de la mention des dates des absences dans le certificat de travail. Il admet également que le certificat fasse état de la maladie et de la maternité comme motifs des absences. Il retient que la violation des dispositions de la LEg n'est pas établie, considérant qu'une telle violation ne peut se déduire de la seule mention de la maternité dans un certificat de travail. Notre Haute Cour confirme enfin le refus des autres modifications voulues par l'employée, se fondant essentiellement sur le principe que l'employeur est maître de la formulation du certificat de travail.

III. Analyse

Au moment de la finalisation de ce commentaire, l'arrêt de l'instance inférieure, soit du Tribunal pénal fédéral, n'était malheureusement pas encore disponible ni publié, si bien que la présente analyse se base sur les faits et considérants du jugement antérieur résumés succinctement dans l'arrêt ici commenté, et sans le texte du certificat modifié sur recours par le Tribunal pénal fédéral.

Indépendamment de cela et du rappel de quelques généralités en lien avec l'article 330a CO, cet arrêt présente de l'intérêt en relation avec certains aspects délicats de la rédaction du certificat de travail. Il confirme une jurisprudence peu abondante rendue dans les rapports de travail soumis au droit privé, selon laquelle le certificat de travail peut mentionner les dates des absences du travailleur. Il contient également des développements concernant la question encore plus sensible de l'indication des motifs des absences, en particulier liées à une grossesse et à une maternité.

1. Rappels relatifs à l'article 330a CO

A titre liminaire, le Tribunal fédéral précise que l'article 330a CO s'applique à la fonction publique fédérale, par le renvoi de l'article 6 al. 2 LPers. Il relève également que le certificat complet, portant non seulement sur la nature et la durée des rapports de travail mais aussi sur la qualité du travail et la conduite du travailleur, doit, d'une part, favoriser l'avenir économique du travailleur et, d'autre part, donner une image fidèle de l'activité, des prestations et du comportement.

Le certificat de travail doit contenir des mentions négatives si celles-ci sont essentielles à l'appréciation globale. Il doit faire état d'une maladie, soit en tant que mention négative nécessaire car nuisant à l'activité ou au comportement du travailleur, soit en raison de son importance par rapport à la durée des rapports de travail, autrement dit lorsqu'un silence quant à une absence donnerait une fausse impression de l'expérience professionnelle acquise³. La mention du motif de l'absence – maladie, service militaire, congé non payé, etc. – contre la volonté de l'employé suppose qu'elle se justifie dans la pesée de tous les intérêts en présence, y compris ceux de tiers⁴.

Enfin, le choix de la formulation appartient à l'employeur, qui n'est généralement pas obligé de reprendre les formulations souhaitées par l'employé⁵. En l'espèce, le Tribunal fédéral rejette certaines modifications sollicitées par l'employée, refusant en particulier de considérer

³ Considérant 5.2.1.

⁴ Considérant 5.2.2.

⁵ Considérant 5.2.3.

qu'une phrase distincte relative à la date de départ donnerait l'impression que des circonstances étranges ont entouré la fin des rapports de travail⁶.

2. Mention de la durée des absences

Selon cet arrêt, il ne fait pas de doute que face à des absences (de quatorze mois) totalisant la moitié de la durée des rapports de travail, l'employeur doit en faire état dans le certificat de travail⁷. La solution va dans le sens de la précédente jurisprudence rendue dans les rapports soumis au droit privé⁸. Est sans pertinence le fait de savoir que les absences ont été interrompues ; c'est le rapport entre la durée du travail effectivement fourni et celle de l'absence qui est décisif.

On peut à notre sens déduire de cette dernière affirmation une référence aux principes applicables au certificat de travail. Concrètement, pour déterminer si des absences du travailleur doivent être mentionnées, il convient de mettre en balance le principe de vérité et celui de bienveillance ; le second s'efface en principe lorsque l'absence ou les absences sont matériellement importantes, spécialement quant à leur durée, mais toutes les circonstances du cas d'espèce doivent être prises en compte : moments des absences et proximité avec la fin des rapports de travail, motif et origines, incidences sur l'activité, etc. La situation en l'espèce semblait évidente au regard de la relativement brève durée totale des rapports de travail, ainsi que de la longueur et de la fréquence des absences, dont la dernière au moment de la résiliation.

3. Mention des motifs des absences

Pour la I^{re} Cour de droit social du Tribunal fédéral, si des interruptions de travail doivent être mentionnées pour éviter de donner une image fausse de l'expérience professionnelle acquise, le principe d'intégralité et l'impératif de la clarté exigent que les motifs de ces interruptions soient indiqués. En outre, toutes les absences, telles que celles pour service militaire, congé-maternité, congé non payé et libération de l'obligation de travailler, peuvent être traitées de la même manière que la maladie quant à leur mention dans le certificat de travail ; le fait que l'incapacité soit liée au poste de travail n'est en revanche pas pertinent dans la mention d'une maladie⁹.

A notre avis, ces affirmations constituent des nouveautés importantes.

La solution consistant à mentionner le motif de l'absence fait sens dans une approche pratique, pour un lecteur d'un certificat de travail et employeur potentiel, afin d'éviter les suspicions que la seule mention de l'existence d'absences ou de leurs dates pourrait susciter¹⁰. Appliquée sans égard aux circonstances du cas d'espèce, elle nous semble cependant être susceptible de porter atteinte à la protection de la personnalité des employés¹¹ : des absences

⁶ Considérant 5.3.4.

⁷ Considérant 5.3.1.

⁸ ATF 136 III 510, c. 4.4, JdT 2010 I 437 (plus d'un an et demi d'absence). Une mention ne serait en revanche pas possible pour une absence de six mois pour des rapports de service de vingt-cinq mois en tout : STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag : Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7^e édition, Zurich/Bâle/Genève 2012, N 3e ad art. 330a CO.

⁹ Considérant 5.3.3 i.i.

¹⁰ Voir également JANSSEN SUSANNE, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, thèse, Berne 1996, p. 126.

¹¹ Art. 4 al. 2 lit. g LPers et 9 OPers, et art. 328 CO dans les rapports de droit privé.

peuvent matériellement être importantes par rapport aux rapports de travail attestés, spécialement quant à leur durée, ce qui ne signifie pas pour autant que la mention de ces absences s'impose ou qu'elle est nécessaire à l'évaluation des aptitudes au travail de l'employé¹². Une seconde pesée des intérêts en présence devrait selon nous intervenir au moment d'indiquer les motifs des absences, qui ne peuvent pas tous être traités de la même manière : la mention d'une absence liée à une libération de l'obligation de travailler, à un congé sabbatique ou à un service militaire est moins sensible et ne touche pas la personnalité du travailleur de la même manière que la mention d'une absence consécutive à une maladie, un accident ou une grossesse.

4. Mention de la maternité en particulier

Le Tribunal fédéral s'attarde sur la question de la mention, dans le certificat de travail, de l'absence liée à la maternité.

Dans une partie de ses développements, il examine la portée du certificat de travail dans une postulation¹³. Il refuse de considérer un lien entre le contenu possible du certificat de travail et les questions auxquelles un candidat peut être amené à répondre et auxquelles il a le cas échéant le droit de ne pas répondre voire de mentir¹⁴, contrairement à ce que la recourante faisait valoir ; d'après cet arrêt, ce qui peut être dit et tu au cours d'un entretien ne constitue pas l'objet du certificat de travail. Si une telle solution convainc quant à son résultat pratique, qui évite de trop complexifier l'exercice déjà difficile de la rédaction du certificat de travail, il eût été intéressant que le Tribunal fédéral la confronte aux conditions posées par la doctrine à l'admissibilité des renseignements pris et des questions posées à l'embauche. En effet, les dispositions relatives à la protection de la personnalité (et des données) fixent les contours des questions admissibles, tout comme elles précisent les conditions du traitement par l'employeur des données de ses employés et, par voie de conséquence, de la mention d'éléments relatifs à la santé dans un certificat destiné à être remis à des tiers.

S'agissant de la mention du congé-maternité, le Tribunal fédéral relève que la recourante n'établit pas en quoi la mention aurait des effets défavorables sur son avenir économique et constituerait une discrimination liée au sexe¹⁵. Pour le Tribunal fédéral, qui considère que des questions relatives à des projets de famille ne seraient généralement pas posées lors des entretiens d'embauche, l'expérience acquise par la maternité pourrait avantager une candidate – tout comme un candidat, par la paternité ; la mention de la maternité – et de la paternité dans une mesure moins importante en pratique – dans le certificat de travail pourrait aussi avoir pour effet de désavantager la personne concernée en raison de la crainte d'un employeur potentiel d'absences liées à la garde d'enfants malades.

Cela étant, pour notre Haute Cour, la mention d'une maternité dans un certificat de travail ne serait en définitive que peu sensible pour une femme en âge d'avoir des enfants : au regard de cette circonstance biologique conditionnelle, qui concerne toute femme en âge de

¹² Voir également, s'agissant du traitement des données, art. 27 ss LPers et art. 328b CO dans les rapports de droit privé ; à ce sujet, MARTIN ANTIPAS FRANÇOISE, Les certificats de travail, in : Les certificats dans les relations de travail, Collection CERT, Genève/Zurich 2018, p. 22 et les références citées.

¹³ Considérant 5.3.3 i.m.

¹⁴ A ce sujet, WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 3^e édition, pp. 325 s. Voir également WITZIG AURÉLIEN, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, N 335 ss, s'agissant de la prise de renseignements.

¹⁵ Considérant 5.3.3 i.f.

procréer (« *im gebärfähigen Alter* »), la mention d'une grossesse ou d'une maternité dans le certificat aurait peu de poids, et pourrait même avoir des effets positifs. Aussi le Tribunal fédéral retient-il qu'une violation des dispositions de la LEg n'est en l'espèce pas établie.

Indépendamment de toute autre considération que la lecture de ce considérant peut susciter, la solution retenue par le Tribunal fédéral ne saurait d'après nous être généralisée sous l'angle de la protection de la personnalité des employées : une mention faite dans un certificat de travail devrait en respecter les conditions. On ne peut partir des prémisses qu'une absence pour grossesse et maternité serait en soi importante et qu'elle serait liée à l'exécution du travail voire qu'elle aurait trait aux aptitudes à remplir l'emploi. Le certificat de travail n'est pas destiné à constituer un document informatif général du parcours de vie d'un collaborateur au service d'un employeur, ni n'a pour vocation de renseigner un employeur potentiel sur le statut familial (d'une femme), mais il a pour objet d'attester de rapports de travail déterminés. En ce sens, même dans le cas de longues absences, et à défaut d'un accord du travailleur avec une mention, nous pensons qu'il convient de déterminer au cas par cas la nature de l'absence et ses incidences sur les rapports de travail en cause. Il nous paraît inopportun de retenir que la mention du motif de l'absence dans le certificat se justifierait *de facto* en cas d'absence significative, contrairement à ce que cet arrêt semble retenir à tout le moins pour des rapports relevant de la fonction publique fédérale en application de l'article 330a CO à titre de droit public supplétif.