

Proposition de citation :

Werner Gloor, certificat médical à géométrie variable et protection contre le licenciement ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 1C\_595/2023, Newsletter DroitDuTravail.ch mai 2024

Art. 336c Co



## Certificat médical à géométrie variable et protection contre le licenciement ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 1C\_595/2023

Werner Gloor, avocat, juge suppléant à la Cour de justice de Genève, président à la Chambre des prud'hommes

### I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt, publié sur son site web le 29 avril 2024, le Tribunal fédéral, entérine pour la première fois, et de façon *explicite*<sup>1</sup> – par le canal de sa 1<sup>re</sup> Cour de droit public – la théorie, apparue en Suisse en 2010<sup>2</sup>, de « l'incapacité de travail limitée à la place de travail ».

### II. Résumé de l'arrêt

#### A. Les faits

Officier de carrière, né en 1964, le recourant a exercé, en dernier lieu, une fonction au sein de l'Etat-major du Commandement de l'instruction (= employeur), avec le grade de lieutenant-colonel.

Le 21 janvier 2021, le recourant a indiqué à son employeur qu'il exerçait une activité accessoire en tant que membre du comité directeur de l'association de soutien, de gestion et de promotion de la Patrouille des Glaciers (ASPdG). Par ailleurs, il exerçait la fonction de syndic dans la commune valaisanne de N. Lors d'un entretien du 1<sup>er</sup> septembre 2021, le Chef du Commandement de l'instruction a annoncé au recourant qu'il envisageait de mettre fin au contrat de travail dans le délai de résiliation ordinaire, soit au 31 mars 2022, et de le suspendre avec effet immédiat : les informations erronées ou incomplètes fournies en lien avec l'activité accessoire en tant que membre du comité directeur de l'ASPdG ainsi que d'autres manquements avaient entraîné une détérioration irrémédiable de la relation de confiance.

---

<sup>1</sup> Dans un arrêt 4A\_391/2016 (i) du 8 novembre 2016, le Tribunal fédéral avait implicitement ratifié une décision tessinoise qui refusait au recourant la protection de l'art. 336c al. 1 let. b CO – arrêt commenté par GLOOR, *in* NewsletterDroitDuTravail.ch, février 2017.

<sup>2</sup> Cf. RUDOLPH/VON KAENEL, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit. Eine rechtliche Auslegung zu einem um sich greifenden Phänomen, *in* SJZ/RSJ 2010 p. 361 ss.

Selon des certificats médicaux établis dès le 25 août 2021, le recourant s'est trouvé en incapacité de travail, d'abord de 50 %, puis à 100 % dès le 2 septembre 2021. Cette incapacité de travail aura duré tout au long de la procédure.

Par décision du 22 mai 2022, l'employeur a résilié le contrat de travail du recourant avec effet au 30 novembre 2022 et l'a suspendu avec effet immédiat. Pour l'essentiel, il lui était reproché d'avoir, des années durant, de manière systématique et manifestement à dessein, fourni des informations erronées concernant son activité accessoire au sein du comité directeur de l'ASPdG. Celle-ci lui avait procuré, pour la période de 2015 à 2020, la somme totale de Fr. 169'348,75 à titre de salaire, d'indemnité et de bonus.

Par arrêt du 26 septembre 2023, le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours dirigé par le militaire contre cette décision<sup>3</sup>.

Le recourant y avait contesté, en substance, et entre autres<sup>4</sup>, la validité du congé. Ce congé serait nul, dès lors qu'il lui aurait été notifié durant une période de protection (art. 336c al. 1 let. b CO – disposition applicable par renvoi de l'art. 6 al. 2 LPers<sup>5</sup>). Il a soutenu que son incapacité de travail serait due au mobbing subi au travail.

Son recours a été rejeté, au motif notamment que son incapacité de travail était, à dire des médecins (médecin traitant, médecin-conseil), limitée au poste de travail. En effet, suite aux griefs formulés par l'employeur, le recourant a développé un syndrome fibromyalgique ainsi qu'une symptomatologie anxiodépressive.

Le Tribunal administratif fédéral a considéré que, dès lors qu'en l'espèce, l'on avait affaire à une incapacité de travail limitée à la place de travail, la protection contre le congé donné en temps inopportun selon les arts. 336 c al. 1 let. b CO et art. 31a al. 1 OPers<sup>6</sup> ne s'appliquaient pas. Il s'est référé à sa jurisprudence constante depuis 2017<sup>7</sup> ainsi qu'à des avis exprimés en doctrine<sup>8</sup>.

Dans son recours au Tribunal fédéral, le recourant a, à nouveau, et *inter alia*, soutenu que son congé lui aurait été notifié en temps inopportun au sens des art. 336c al. 1 let. b CO et des arts. 31a al. 1 OPers. En vain.

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

---

<sup>3</sup> TAF A-2821/2022 du 26 septembre 2023.

<sup>4</sup> Le recourant y avait également contesté la présence de motifs objectivement suffisants, soit une violation de son devoir de fidélité (art. 10 al. 3 let. a LPers), invoqués par l'employeur.

<sup>5</sup> Loi fédérale sur le personnel de la Confédération, LPers, RS 172.2020.1.

<sup>6</sup> Ordonnance sur le personnel de la Confédération OPers, RS 172.220.111.3.

<sup>7</sup> TAF A-2718/2016 du 16 mars 2017 cons. 9. 1. 3. 2 = ATAF 2017 I/1 ; TAF A-2950/2021 du 20 mars 2023, cons. 9.2. ; A-3758/2021 du 13 mai 2022, cons. 5.3.2.1 ; A-2360/2020 du 12 octobre 2020, cons. 5.3.1. ; A-275272019 du 15 avril 2020, cons. 6.3.1 ; A – 3627/2018 du 14 mars 2019, cons. 6. 2. 2.

<sup>8</sup> RUDOLPH/VON KAENEL, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit, SJZ/RSA 2010 p. 361 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Zurich, 2012, N. 8 ad art. 336c CO ; PORTMANN/RUDOLPH, Basler Kommentar, ORI, 2020, N. 6 ad art. 336c CO).

## B. Le droit

S'agissant de la question de savoir si une incapacité de travail limitée à la place de travail était ou non propre à entraîner la protection de l'art. 336c al. 1 let. b CO, le Tribunal fédéral a considéré ce qui suit :

**5.1** « A teneur de l'art. 31a al. 1 OPers, en cas d'incapacité de travail de travailleur pour cause de maladie ou d'accident, l'employeur peut, une fois la période d'essai écoulée, résilier les rapports de travail de manière ordinaire au plus tôt pour la fin d'une période d'incapacité de travail d'au moins deux ans. Cette disposition reprend les principes dégagés à l'art. 336c CO en cas de résiliation en temps inopportun du contrat de travail. Cette dernière 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 travail (Message du Conseil fédéral du 9 mai 1984, *in* FF 1984 II 628).

Cette disposition est inapplicable en cas de maladie dans la seule hypothèse où l'atteinte à la santé s'avère tellement insignifiante qu'elle ne peut en rien empêcher d'occuper un nouveau poste de travail (ATF 128 III 212, cons. 2c ; en dernier lieu arrêt 4A\_587/2020 du 28 mai 2021, cons. 3.1.1.), ce que la jurisprudence retient lorsque l'incapacité de travail est limitée au poste de travail (arrêt 4A\_391/2016 du 8 novembre 2018, cons. 5 ; STEPHANE PERRENOUD, *in* Commentaire romand CO, 3<sup>e</sup> éd., 2021, ad art. 336c CO N. 36 ; PORTMANN/RUDOLPH, *in* Basler Kommentar OR, 7<sup>e</sup> éd., 2020, ad art. 336c CO, N. 6). Cette jurisprudence est appliquée à la fonction publique sous la notion de « *arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit* » (arrêt 8C\_451/2013 du 20 novembre 2013, cons. 6.3). A teneur de l'art. 4 al. 2 let. g de la loi fédérale du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers ; RS 172.220.1), l'employeur emploie son personnel de façon adéquate, économique et responsable sur le plan social ; il met en œuvre les mesures notamment propres à assurer la protection de la personnalité et de la santé ainsi que de la sécurité au travail de son personnel. Le harcèlement psychologique constitue par exemple une violation du devoir d'assistance de l'employeur qui implique de protéger la personnalité du travailleur, selon l'art. 328 CO, disposition qui vaut également dans les relations de travail fondées sur le droit public (arrêt 8C\_732/2016 du 16 septembre 2017 cons. 6.2).

**5.2** En l'espèce, l'instance inférieure a renoncé à trancher la question de savoir si le recourant était déjà empêché de travailler en raison d'une maladie au moment où l'intimé lui a communiqué les manquements reprochés et son intention de résilier les rapports de travail. Elle a en effet retenu que l'incapacité de travail en question était intimement liée au poste de travail de l'intéressé auprès de l'intimé. Pour arriver à cette conclusion, elle s'est fondée sur les rapports médicaux versés au dossier qui font état de trouble anxieux et dépressif « déclenché par des situations problématiques sur son lieu de travail », de risque élevé de rechute dépressive « si le recourant se confrontait à nouveau à son ancien poste de travail » ; elle a aussi relevé que l'intéressé lui-même admettait souffrir d'un état dépressif en raison de sa situation auprès de son employeur » (...).

**5.3** *Omissis*. Le Tribunal fédéral écarte la thèse du mobbing.

**5.4** « Par conséquent, en l'absence de harcèlement psychologique l'encontre du recourant, l'intimé n'était pas tenu de prendre des mesures particulières pour protéger la personnalité ou la santé de son employé. Dans la mesure où le recourant dirige ses critiques exclusivement contre l'absence de mesures de protection de sa personnalité, mais ne remet pas en cause que son état de santé était intimement lié à son poste de travail, l'instance précédente pouvait retenir sans violer le droit que la période de protection de s'appliquait pas. Le grief de violation des art. 31a al.1 OPers et 4 al. 2 let. g LPers n'est donc pas fondé. Le recours doit être rejeté sur ces points ».

### III. Analyse

#### A. Le problème

La « théorie » de l'incapacité de travail limitée à la place de travail a fait irruption dans la jurisprudence suisse à partir de 2005, et notamment au travers de contentieux relevant de la fonction publique cantonale<sup>9</sup>. En doctrine, elle a reçu ces lettres de noblesse dans un article topique de RUDOLPH/VON KAENEL, coryphées en droit du travail, paru en 2010<sup>10</sup>, et en 2012, dans leur commentaire phare du contrat du travail suisse<sup>11</sup>. La « théorie » a convaincu une partie importante de la doctrine<sup>12</sup>, ainsi que la jurisprudence des tribunaux alémaniques<sup>13</sup>; elle n'aura pas, à ce jour, semble-t-il, obtenu l'adhésion des tribunaux romands<sup>14</sup>.

**a.** Le problème de départ que soulève cette théorie, c'est qu'elle n'a aucune assise légale et

---

<sup>9</sup> VerwGer ZH, 21. 12. 2005, PB.2005.00034 in vgerzh.ch/rechtsprechung; OG LU 24. 11. 2008 in JAR 2009 p. 525.

<sup>10</sup> RUDOLPH/VON KAENEL, « Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit. Eine rechtliche Auslegeordnung zu einem um sich greifenden Phänomen », in SJZ/RSJ 2010 p. 361 ss.

<sup>11</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Zurich, 2012, N. 6 ad art. 336c CO p. 1083 ss; et N. 12 ad art. 324 a/b CO p. 426 ss.

<sup>12</sup> *Pro*: PORTMANN/RUDOLPH, Basler Kommentar, 7<sup>e</sup> éd., 2020, N. 6 ad art. 336c CO; WITZIG, Droit du travail, Zurich, 2018, p. 257; WYLER/HEINZER, Droit du travail, Berne, 4<sup>e</sup> éd. 2019, p. 859; BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Bâle, 3<sup>e</sup> éd., 2014, N. 3 ad art. 336c CO; FER/SAJEC, Le droit du travail au quotidien, Genève, 2020, p. 576; PERRENOUD, Commentaire romand, CO I, 3<sup>e</sup> éd., 2021, N. 36 ad art. 336c CO; MERKER/WITTEW, Kündigung bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit, in AJP/PJA 9/2020, p. 1156 ss; et curieusement aussi le commentaire de l'Union Syndicale Suisse: BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, Commentaire du contrat de travail, Berne-Lausanne, 2019, N. 5 ad art. 336c CO.

*indécis*: REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2014, N. 3 ad art. 336c CO; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 2014, N. 8 ad art. 336c CO.

*contra*: GEISER, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Ein Gespenst im Arbeitsvertragsrecht, in FS Portmann, Zurich, 2020, p. 191 ss; GEISER, Was ist Arbeitsunfähigkeit? in ZBJV/RJB, 2019 p. 795 ss; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, Berne, 4<sup>e</sup> éd., 2019, p. 274; GEISER, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit, in AJP/PJA 2018 p. 226; HÄBERLI/HUSMANN, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Berne, 2015, p. 155; PÄRLI/PETRIK, Arbeit, Krankheit, Invalidität, Berne, 2<sup>e</sup> éd. 2024, p. 205; DUNAND, La fin du contrat de travail (causes d'extinction et protections contre les congés) in Dupont/Mahon (éd), La fin des rapports de travail Zurich, 2021, p. 50; DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, Droit du travail, Bâle, 2020, p. 301; GLOOR, L'incapacité de travail à « géométrie variable », in Liber Amicorum GABRIEL AUBERT, Zurich, 2015, p. 163 ss; GLOOR, L'incapacité de travail limitée à la place de travail. La relativisation de la protection contre le congé donné en temps inopportun (art. 336b al. 1 let. b CO); analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_391/2016 du 8 novembre 2016 in NewsletterDroitDuTravail, février 2017.

<sup>13</sup> *Pro multis*: OG BE, 26 novembre 2021 in JAR 2022 p. 556; ArGer ZH 19 septembre 2014 in JAR 2015 p. 671; ArGer ZH, 24 mai 2012 in Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich, 2012, No 16: TC LU, 24 novembre 2008 in JAR 2009 p. 562.

<sup>14</sup> Genève: CAPH/24/2017 du 13 février 2017, cons. 2.4.2 = JAR 2018 p. 496; CAPH/178/2020 du 9 octobre 2020, cons. 3; Vaud: TC VD, CACI, 13 avril 2016, cons. 3.2.2. in JAR 2017 p. 462.

se fonde sur la – récente – jurisprudence d’instances cantonales et l’avis d’auteurs en doctrine. Ainsi, ni l’art. 336c al. 1 let. b CO – entré en vigueur le 1er janvier 1989 – ni l’ancien art. 336e CO de 1972 ne contiennent un indice permettant de soutenir qu’en cas d’incapacité de travail limitée à la place de travail la protection conférée par ces dispositions ne jouerait pas. Par ailleurs, le passage du Message du Conseil fédéral du 9 mai 1984, souvent cité, ne permet pas non plus d’appuyer cette « théorie »<sup>15</sup>. Il est, à cet égard, curieux que la « théorie » ait mis 30, voire 40 ans, avant de faire surface.

Après avoir écarté la « théorie » dans un arrêt rendu en 2013<sup>16</sup>, le Tribunal fédéral l’avait, il est vrai, dans un arrêt ultérieur, rendu en italien, en novembre 2016, appliquée de façon implicite. Il s’agissait probablement d’un « galop d’essai » et d’observer la réaction de la doctrine<sup>17</sup>.

A vrai dire, l’art. 336c al. 1 let. b CO vise un empêchement, pour cause de maladie ou d’accident, à effectuer le travail contractuel<sup>18</sup> et non pas tant une impossibilité de chercher un autre emploi. L’affirmation selon laquelle le bénéficiaire de cette disposition supposerait une incapacité de travail générale ne trouve aucun appui dans le texte de la loi.

Le fait est que selon l’adage *Roma locuta, causa finita*, les praticiens et les tribunaux seront à présent tenus d’appliquer cette « théorie », et ce sans états d’âme.

Il reste à relever les conséquences de cette consécration. Et d’attirer l’attention sur les incohérences de cette « théorie ».

## **b. Les conséquences logiques**

1. La jurisprudence du Tribunal fédéral relativise dangereusement l’adage du droit romain : *Nemo audiatur propriam turpitudinem allegans*. En effet, quid des cas où l’incapacité de travail, « limitée à la place de travail » est due au fait que l’employeur lui-même, par action ou omission, est à l’origine du problème de santé du travailleur ? Peut-il se prévaloir de sa propre turpitude ? Il semble que oui ; l’employeur n’a pas à souffrir que le travailleur, victime de ses carences s’avise à vouloir profiter de la protection contre le congé donné en temps inopportun. Au travailleur de tenter de plaider le congé abusif au sens de l’art. 336 al. 1 let. a CO – encore que, dans ce cas, c’est à lui qu’incombera le *prouver* l’abus (art. 8 CC). Quant à la pénalité de l’art. 336a CO – de 6 salaires mensuels au maximum – les tribunaux appliquent rarement ce tarif maximum, et, le salaire (ou salaire-maladie, art. 324a CO) afférent à la

---

<sup>15</sup> Message du Conseil fédéral concernant l’initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations, du 9 mai 1984, in FF 1984 II 574, 628 : « La norme précise clairement que la protection contre les congés existe aussi bien lorsque l’empêchement de travail, dû à la maladie ou à l’accident, est complet que lorsqu’il est partiel. En fait, il s’agit uniquement de fixer dans la loi ce que la jurisprudence a déjà établi : *la protection contre les congés existe, non pas du fait que le travailleur ne peut chercher un emploi à cause de l’empêchement de travailler, mais parce qu’un engagement du travailleur 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* ».

<sup>16</sup> TF 8C\_451/2013 du 20 novembre 2013, cons. 6.3 = JAR 2014 p. 360.

<sup>17</sup> TF 4A\_391/2016 du 8 novembre 2016, cons. 3.

<sup>18</sup> Cf. GEISER, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – ein Gespenst im Arbeitsvertragsrecht, op. cit., p. 192.

période de protection de l'art. 336c al. 1 let. b CO eût probablement été plus « intéressant » que la pénalité.

2. La « théorie » créée, du reste, et précisément par rapport aux conditions d'application de l'art. 336b CO une grave incertitude : le travailleur qui entend se réserver le droit de plaider le licenciement abusif sera obligé de former opposition dans le délai de congé imparti par l'employeur, et de ne pas tabler sur la prolongation des rapports de travail fondée sur l'art. 336c al. 1 let. b CO<sup>19</sup>.

3. Les assureurs perte de gain se voient confirmés dans leur pratique, au demeurant fort discutable, amorcée dès 2010, et consistant à tirer prétexte de l'incapacité de travail limitée à la place de travail de l'assuré pour arrêter les prestations après un bref délai (2 -3) accordé à ce dernier pour se « réorienter professionnellement ». Ils se dépêcheront à spécifier cette restriction dans leurs Conditions générales d'assurance (CGA). Quitte, évidemment, à susciter, des litiges opposant le travailleur à l'employeur relatifs à l'équivalence de la solution d'assurance (art. 324 a al. 4 CO).

4. Le travailleur victime d'une incapacité de travail limitée à la place de travail – que ce soit du fait d'un mobbing, d'un stress ou conflit interpersonnel, ou du fait d'un accident professionnel le privant provisoirement ou définitivement d'effectuer le travail convenu – aura intérêt de se faire établir un certificat de travail lui attestant une incapacité de travail générale (i. e. *erga omnes*).

5. Dans la période qui suit son licenciement, le travailleur, victime d'une incapacité limitée à la place de travail, et qui, ce nonobstant, entend plaider le bénéfice de l'art. 336c al. 1 let. b CO, c'est-à-dire la prolongation des rapports de travail, a intérêt à ne pas s'inscrire au chômage et de vouloir toucher des indemnités AC. En effet, une telle démarche risque d'être interprétée comme aveu du caractère limité à la place de travail de son incapacité de travail, et de son aptitude au placement « ailleurs »<sup>20</sup>.

6. A qui de l'employeur ou du travailleur incombe à présent le fardeau de la preuve du caractère limitée à la place de travail de l'incapacité de travail ? Il est constant qu'il appartient au travailleur d'apporter la preuve de son incapacité de travail (art. 8 CC) ; il administre cette preuve par la production d'un certificat médical. A l'employeur ensuite, s'il s'y estime fondé, respectivement à l'assureur perte de gain, de faire subir au travailleur un passage chez le médecin-conseil pour un contre-examen. Le travailleur ne saurait vouloir s'y soustraire. Mais, cela signifie qu'il appartient à l'employeur, respectivement à son assureur perte de gain, débiteurs de prestations (salarie, indemnités journalières) d'administrer les éléments leur permettant de les refuser, ou de les abrégés dans leur durée. En d'autres termes, il paraît exorbitant que de vouloir infliger au travailleur le fardeau de la preuve du caractère limitée à la place de travail de l'incapacité de travail alléguée<sup>21</sup>. Dans un arrêt rendu en 2013, le Tribunal fédéral avait, à juste titre, considéré qu'il incombait à l'employeur d'apporter la preuve de l'insignifiance de l'incapacité de travail du travailleur, et partant, l'absence d'une protection

---

<sup>19</sup> Illustration : OG BE du 26 novembre 2021 in JAR 2022 p. 556.

<sup>20</sup> Exemple : TF 4A\_424/2019 du 31 octobre 2019 cons. 3.3. *in fine* = ARV/DTA 2020 p. 129.

<sup>21</sup> Ainsi pourtant : MATTER/WITTWER, op. cit. p. 1166.

contre le congé donné en temps inopportun<sup>22</sup> et de la possibilité, de ce dernier, de chercher un autre emploi.

7. Le risque existe à présent que les assureurs perte de gain s'ingénient à exclure linéairement, dans leurs Conditions générales d'assurance (CGA) la couverture en cas d'incapacité de travail limitée à la place de travail. Pour le moment, les tribunaux, y compris le Tribunal fédéral, paraissent vouloir freiner ces tentatives<sup>23</sup>. A l'employeur, preneur d'assurance, de veiller à ce que la solution d'assurance d'équivalence stipulée à l'art. 324 a al. 4 CO.

### c. Les incohérences et contradictions

8. La « théorie » requiert de l'employeur, dès lors qu'il entend s'en prévaloir, une prudence accrue. Il n'est pas à l'abri d'une surprise judiciaire : un tribunal peut parfaitement considérer, sur le vu des certificats et rapports médicaux, que le travailleur a été victime d'une incapacité de travail générale – en effet, les conséquences d'un mobbing, d'un stress ou d'un conflit à la place de travail peuvent avoir des conséquences *erga omnes*. Et donc que le juge puisse constater, plusieurs mois après la fin escomptée des rapports de travail, la nullité du licenciement. Pour parer à cette éventualité, l'employeur est bien conseillé de recourir, à temps, à une seconde résiliation, c'est-à-dire à une résiliation complémentaire, prononcée à toutes fins utiles<sup>24</sup>. Ce qui du coup requerra du travailleur de former à son tour, une opposition à « toutes fins utiles ».

9. Le Tribunal fédéral n'est pas exempt, dans ses récentes jurisprudences, de contradictions – en apparence du moins. Ainsi, dans un arrêt rendu en 2021<sup>25</sup>, il avait encore écarté l'applicabilité de la « théorie » de l'incapacité de travail limitée à la place de travail dans en considérant, dans un litige opposant le travailleur assuré à l'assurance perte de gain, que celle-ci devait prendre en charge le sinistre, alors même qu'il était « limité à la place de travail ».

Et, dans un arrêt rendu en 2022<sup>26</sup>, la Haute Cour avait confirmé un arrêt cantonal qui considérait comme abusif un congé donné après l'écoulement du délai de protection – le cas relevait d'un mobbing subi à la place de travail. Enfin, dans un arrêt tout récent<sup>27</sup>, destiné à la publication, rendu dans une affaire similaire impliquant un travailleur dont l'incapacité de travail était limitée à la place de travail, il a longuement examiné si l'employeur, en procédant au renvoi du travailleur à l'issue du délai de protection, avait commis un licenciement abusif. Il a répondu par la négative.

Dans ces deux derniers cas, le Tribunal fédéral n'avait examiné du tout la question de savoir si, du fait de l'incapacité de travail limitée à la place de travail, le travailleur pouvait bénéficier de la protection de l'art. 336c al. 1 let. b CO. Ce qui corrobore que le moyen tiré de l'incapacité

---

<sup>22</sup> Cf. TF 8C\_451/2013 du 20 novembre 2013, cons. 6.2. = JAR 2014 p. 360 ; WITZIG, op. cit.

<sup>23</sup> TF 4D\_7/2021 du 12 avril 2021 cons. 4.2 ; TC VD 13 avril 2016 cons. 3.2.2. in JAR 2017 p. 462 ; Genève : CAPH/178/2020 du 9 octobre 2020, cons. 3.

<sup>24</sup> « Ersatzkündigung » ; cf. HUMBERT/LERCH, Kündigungsschutz, in PORTMANN/VON KAENEL, Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zurich, 2018, p. 453.

<sup>25</sup> TF 4D\_7/2021 du 12 avril 2021.

<sup>26</sup> TF 4A\_215/2022 du 23 août 2022 *passim* = ARV/DTA 2022 p. 383.

<sup>27</sup> TF 4A\_396/20122 du 7 novembre 2023, *passim*.

de travail limitée à la place de travail relève des faits, et que ce point – sous réserve d’une appréciation arbitraire – est soustrait à l’examen du Tribunal fédéral.

10. Dès lors qu’il incombe à l’employeur d’objecter le caractère limité à la place de travail de l’incapacité de travail, et non pas au juge d’examiner ce point d’office, la question se pose à quel moment ce moyen doit être avancé. A notre avis, l’employeur ne saurait tarder à le faire valoir. S’il s’estime confronté à une incapacité de travail limitée à la place de travail, l’employeur doit le faire savoir au travailleur sans délai, sous peine de péremption. Le travailleur, dont il lui incombe de protéger la personnalité (art. 328 CO), a le droit d’être informé à temps de l’appréciation patronale de la situation, de sorte qu’il puisse prendre ses dispositions.

## **B. Dans le cas d’espèce**

Dans le cas d’espèce, tout porte à penser que, compte tenu des graves manquements à son devoir de fidélité (art. 321a CO) commis par l’officier de carrière, son employeur et les instances judiciaires (TAF, TF) n’étaient pas enclins à lui accorder le « bénéfice » de l’art. 31a al. 1 OPers. La disposition prévoit qu’en cas d’incapacité de travailler pour cause de maladie ou d’accident, l’employeur peut, une fois la période d’essai écoulée résilier les rapports de travail de manière ordinaire au plus tôt pour la fin d’une période d’incapacité de travail de deux ans<sup>28</sup>. C’est du reste sans surprise que, dans sa demande, le recourant avait conclu, à la nullité de la décision de résiliation et à sa réintégration, ainsi qu’au paiement, par l’employeur, d’un salaire afférent à deux ans de service, motif pris dans cette disposition. Il avait également conclu à l’allocation d’une indemnité pour licenciement abusif.

Au lieu d’obvier ce problème financier par l’application de la « théorie » de l’incapacité de travail « limitée à la place de travail », soit donc par le refus de mettre le recourant au bénéfice du délai de protection de l’art. 31a al. 1 OPers, il eût suffi à l’administration de congédier ce dernier avec effet immédiat, pour justes motifs (cf. art. 10 al. 4 LPers), ou à tout le moins, tout bonnement, écarter la thèse d’une incapacité de travail.

En effet, la violation, par l’intéressé, de ses obligations légales et contractuelles importantes (art. 10 al. 3 let. a LPers) était patente. Par ailleurs, le recourant, fort culotté, avait d’emblée, par comportement concluant, rendu invraisemblable l’existence d’une incapacité de travail et assumant, *pendente contractu*, quasiment à plein temps, une fonction de syndic de sa commune et en fondant une entreprise individuelle, dont il assumait la direction et la gestion<sup>29</sup>. Le réel et sérieux du « syndrome de fibromyalgie » et la « symptomatologie anxiodépressive », prétendument liés à son ancien poste de travail, ne pouvaient emporter la conviction des juges qui, à juste titre, auront qualifié les certificats médicaux produits de certificats de complaisance<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Sur le mécanisme de ce système de protection bien particulière : WYLER/BRIGUET, La fin des rapports de travail dans la fonction publique. Principe généraux, LPers-CH, LPers-VD, Berne, 2017, p. 61.

<sup>29</sup> Cf. TAF A-2821/2022 du 26 septembre 2023, cons. 6.1.5.

<sup>30</sup> *Ibid.*, cons. 6.1.1.