
Sonderdruck

Festschrift

**Zur Emeritierung von
Jean-Fritz Stöckli**

Herausgegeben von
Eva-Maria Bäni und Angela Obrist



Dike Verlag AG, Zürich / St. Gallen 2014
ISBN 978-3-03751-630-0

«Personne de confiance» et prévention des conflits au travail

Perspectives ouvertes par l'arrêt du TF 2C_462/2011

JEAN-PHILIPPE DUNAND/SANDRINE TORNARE

Table des matières

I.	Introduction	151
II.	Arrêt du TF 2C_462/2011 du 9 mai 2012	152
	1. Etat de faits	152
	2. Principaux considérants	153
	a) Objet du litige	153
	b) Base légale	154
	c) Proportionnalité	155
	d) Egalité de traitement	156
	3. Portée de l'arrêt	156
III.	Personne de confiance: notion, rôle et statut juridique	159
	1. Notion	159
	2. Rôle de la personne de confiance	160
	a) Tâches de la personne de confiance	161
	b) Personne de confiance et médiateur	163
	c) Personne de confiance et enquêteur	165
	3. Statut juridique de la personne de confiance	166
	a) Relation juridique entre la personne de confiance et l'employeur	166
	b) Relation juridique entre la personne de confiance et les employés	167
IV.	Garanties indispensables: indépendance et confidentialité	168
	1. Indépendance de la personne de confiance	169
	2. Rapport de confidentialité	170
	3. Personne de confiance et médiateur	172
	4. Personne de confiance et enquêteur	174
V.	Conclusion	176

I. Introduction

Selon l'article 328 al. 1 CO, l'employeur doit protéger et respecter, dans les rapports de travail, la personnalité de ses employés et manifester les égards voulus pour leur santé. Cette obligation comprend le devoir de prévenir et de

mettre fin aux conflits de travail. Dans un arrêt rendu le 9 mai 2012 (cause 2C_462/2011), le Tribunal fédéral a précisé que, sur la base de l'article 6 LTr, une autorité cantonale chargée de l'exécution de la législation sur le travail (cf. art. 41 LTr) pouvait parfaitement imposer à une entreprise «*la désignation d'une personne de confiance dans le but de prévenir les conflits internes pouvant survenir en son sein*» (c. 4.3).

Cet arrêt, qui a été largement diffusé bien qu'il n'ait pas été publié aux ATF, soulève de nombreuses questions. Dans notre modeste contribution rédigée en hommage à notre éminent collègue JEAN-FRITZ STÖCKLI, nous souhaitons proposer quelques pistes de réflexion sur l'intervention d'une personne de confiance pour prévenir les conflits au travail. Après une présentation synthétique des principaux considérants et de la portée de l'arrêt susmentionné (**chapitre II**), nous tenterons de préciser la notion, le rôle et le statut juridique de la personne de confiance (**chapitre III**), puis examinerons les deux garanties indispensables à son activité, à savoir l'indépendance et la confidentialité (**chapitre IV**).

II. Arrêt du TF 2C_462/2011 du 9 mai 2012

L'arrêt du Tribunal fédéral 2C_462/2011 du 9 mai 2012 constitue le point de départ de nos réflexions. Après un bref résumé de l'état de faits (**section 1**), nous rappellerons les principaux considérants de l'arrêt (**section 2**) et en analyserons la portée (**section 3**).

1. Etat de faits

Un grave conflit de travail est survenu au sein d'une entreprise genevoise entre une employée et son supérieur hiérarchique direct, bras droit de l'administrateur unique de la société. Incapable de travailler pendant plusieurs mois pour cause de maladie, l'employée a ensuite été admise aux urgences psychiatriques d'un hôpital. Suite à une plainte déposée par l'employée, l'Office cantonal genevois de l'inspection et des relations du travail (ci-après: l'Office cantonal) a ouvert une enquête. Après une longue instruction, l'Office cantonal a intimé l'ordre à l'employeur de concevoir et de rédiger des règles d'intervention

de personnes de confiance hors hiérarchie auxquelles le personnel pouvait s'adresser en cas de conflit pour des conseils et un soutien en vue de trouver une solution au problème, ainsi qu'à en informer les travailleurs. L'employeur s'est opposé à cette décision. Suite au rejet de son recours par la Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève (ci-après: Cour cantonale), il a formé un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral.

2. Principaux considérants

La société recourante a principalement invoqué quatre moyens à l'appui de son recours. Elle alléguait tout d'abord une violation du droit d'être entendu, ce qui a amené le Tribunal fédéral à préciser l'objet du litige (**sous-section a**). Sur le fond, la recourante soutenait en substance que l'exigence de nommer une personne de confiance hors hiérarchie ne reposait sur aucune base légale (**sous-section b**). Elle invoquait aussi, à titre subsidiaire, une violation de la proportionnalité (**sous-section c**) et de l'égalité de traitement (**sous-section d**). Le Tribunal fédéral a écarté tous ces moyens et rejeté le recours en matière de droit public.

a) Objet du litige

La recourante soutenait qu'en refusant d'auditionner les témoins qu'elle avait requis, afin notamment d'établir que l'employée n'avait pas été victime de mobbing ou insultée, la Cour cantonale avait violé son droit d'être entendue et refusé de tenir compte de faits pertinents. Le Tribunal fédéral a relevé que pour déterminer si les faits à propos desquels la recourante avait sollicité en vain des offres de preuves étaient pertinents, il fallait cerner l'objet de la procédure: celui-ci portait sur le bien-fondé d'une mesure imposée à l'employeur en vue de protéger la santé de son personnel. La décision contestée trouvait son origine non pas dans le conflit entre l'employée et son supérieur hiérarchique, qui n'avait été que l'élément déclencheur de l'enquête menée par l'Office cantonal, mais dans le refus de la recourante de proposer un système de résolution des conflits faisant intervenir une personne de confiance hors hiérarchie dans l'entreprise. L'objet du litige était donc indépendant de la

question de savoir si l'employée avait ou non été victime de mobbing (c. 3.3). Les juges cantonaux n'avaient donc pas violé le droit d'être entendu de la recourante en refusant de donner suite aux offres de preuve portant sur l'affaire concernant cette employée (c. 3.4).

b) Base légale

L'article 6 LTr prévoit que, pour protéger la santé des travailleurs, l'employeur est tenu de prendre toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise. Selon le Tribunal fédéral, cette disposition constitue une base légale suffisante pour imposer «à une entreprise la désignation d'une personne de confiance dans le but de prévenir les conflits internes pouvant survenir en son sein» (c. 4.3). La personne de confiance doit garantir «la confidentialité des entretiens qu'elle aura avec les salariés de l'entreprise et, si elle se trouve dans une structure interne déjà existante, qu'elle n'ait pas de rapports hiérarchiques avec les employés concernés» (c. 4.3).

Le Tribunal fédéral a fondé son raisonnement sur quatre sources complémentaires. Premièrement, dans son Message concernant la révision de la LTr de février 1994, le Conseil fédéral précisait que la réglementation prévue à l'article 6 LTr avait la prévention comme objet et qu'un bon climat de travail constituait la meilleure prévention. D'autres facteurs étaient aussi importants, tels qu'une bonne information et la possibilité pour les personnes concernées de trouver conseil et soutien auprès d'une personne de confiance (c. 4.1)¹. Deuxièmement, lors de la révision de la LTr de 1998, entrée en vigueur le 1^{er} août 2000², le législateur avait instauré à l'art. 6 LTr une base légale pour prendre toutes les mesures nécessaires garantissant la protection de l'intégrité de la personne. Ainsi, l'art. 2 al. 1 OLT 3 imposait déjà à l'employeur de prendre toutes les mesures nécessaires afin notamment de garantir la santé physique et psychique des travailleurs. Troisièmement, pour déterminer de manière concrète quelles mesures doit prendre l'employeur, il faut examiner non seulement les ordonnances, mais aussi les différentes recommandations et

¹ Cf. CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la modification de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail) du 2 février 1994, FF 1994 II, p. 177–178.

² RO 2000, p. 1580.

normes techniques correspondant aux standards de protection à prendre en considération. Dans son Commentaire de l'OLT 3, qui a valeur de directive, le SECO a mis l'accent sur la prévention des risques psychosociaux au travail. Cette autorité préconise notamment la désignation d'une personne interne ou externe de l'entreprise à laquelle les employés concernés peuvent s'adresser en cas de conflit; la personne de confiance doit disposer de la formation nécessaire et avoir un rapport de confiance avec les personnes qui demandent son conseil (obligation de garder le secret; absence de lien hiérarchique) (c. 4.2)³. Enfin, quatrièmement, la désignation d'une personne de confiance est une mesure qui est aussi préconisée par la doctrine comme moyen de prévention du mobbing ou du harcèlement dans l'entreprise (c. 4.2)⁴.

c) Proportionnalité

Dans un second moyen, la recourante considérait que, pour une entreprise de moins de dix personnes, il était disproportionné d'imposer la mise en place de règles de conflit faisant appel à une personne de confiance. Le Tribunal fédéral a rejeté cet argument. Pour être considérée comme proportionnée, une mesure imposée sur la base de l'article 6 LTr doit être nécessaire, correspondre à l'état de la technique et adaptée aux conditions d'exploitation de l'entreprise. In casu, le Tribunal fédéral a jugé que la mesure imposée à la recourante s'inscrivait dans ce cadre et restait *«donc raisonnable par rapport à l'intérêt de l'entreprise, mais aussi de la société en général, de prévenir les atteintes psychiques, compte tenu de l'absentéisme, de la perte de productivité et des coûts qu'elles engendrent»* (c. 5.2). Notre Haute Cour a encore relevé que la question de savoir comment la méthode de gestion des conflits devait être mise en place pouvait dépendre de la structure de l'entreprise, ainsi que du nombre de salariés. Il est par exemple possible que les petites et moyennes entreprises s'adressent à leur association professionnelle respective. *«Le but de la mesure étant axé sur la prévention, celle-ci doit pouvoir intervenir rapidement, avant que le conflit ne dégénère au point de devoir*

³ Cf. SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Commentaire de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail, Berne, Annexe de mai 2011; document 302-A ss, plus particulièrement 302-H.

⁴ Le Tribunal fédéral cite les trois contributions suivantes: VINCENT CARRON, Mobbing et demeure de l'employeur, in: Rémy Wyler (édit.), Panorama en droit du travail, Berne 2009, p. 128; JEAN-PHILIPPE DUNAND, Le harcèlement psychologique (mobbing) en droit privé suisse du travail, RJN 2006, p. 13 ss., 32 et ROLAND A. MÜLLER, ArG Kommentar, Zurich 2009, N 9 ad art. 6 LTr.

être traité par un tribunal. Il ne s'agit donc pas de mettre en place une structure compliquée et coûteuse, mais seulement de désigner une ou plusieurs personnes de confiance, hors hiérarchie, dans ou à l'extérieur de l'entreprise, à qui le personnel puisse s'adresser en toute connaissance de cause» (c. 5.2).

d) Egalité de traitement

Enfin, dans un troisième moyen, la recourante prétendait que la mesure imposée était contraire au principe de l'égalité de traitement, car elle aurait dû être imposée à toutes les entreprises présentant les mêmes caractéristiques. Le Tribunal fédéral a également rejeté cet argument. La désignation d'une personne de confiance *«n'est pas une norme obligatoire en tant que telle, mais fait partie des standards reconnus auxquels renvoie l'article 6 al. 1 LTr»*; *«les employeurs ont donc le choix soit de respecter cette mesure, soit de prévoir un système de gestion des conflits équivalent qui assure le même niveau de protection» (c. 5.3)*. Toujours selon le Tribunal fédéral, le *«fait que toutes les entreprises de la catégorie de la recourante n'auraient pas mis en place de système de gestion des conflits relève de la motivation des chefs d'entreprise à prévenir les problèmes qui pourraient survenir avant l'intervention de l'autorité de surveillance»*. Il est sans pertinence par rapport à la situation de la recourante qui, elle, a fait l'objet d'une procédure prévue dans la LTr (c. 5.3).

3. Portée de l'arrêt

L'arrêt 2C_462/2011 a provoqué de nombreuses réactions. Il a notamment fait l'objet d'une vive critique de deux auteurs qui estiment que la décision de l'Office cantonal était dénuée de toute base légale⁵. Il a également suscité des inquiétudes auprès des employeurs et des milieux professionnels concernés, notamment les responsables des ressources humaines, qui se sont interrogés sur sa portée. Diverses tentatives d'explication ont été effectuées⁶. Des initiatives ont également été prises pour en faciliter la bonne application. Ainsi, les

⁵ OLIVIER SUBILIA/STÉPHANIE SCHWEIZER, *Mobbing, cachez-lui cette souffrance qu'il ne saurait voir*, Réflexions dans le prolongement de l'arrêt TF, 2C_462/2011, du 9 mai 2012, DTA 2012, p. 323 ss.

⁶ Voir notamment, SECO, *Mobbing et autres formes de harcèlement*, Protection de l'intégrité personnelle au travail, Berne 2013, p. 26 ss et MARC BENNINGER, *Bientôt des arbitres externes pour prévenir les conflits?*, HR Today, août 2013, p. 6 s.

Chambres du commerce des cantons de Neuchâtel et de Vaud ont mis sur pied une procédure permettant aux entreprises de leur canton respectif d'offrir aux salariés en situation de conflit la possibilité de s'adresser à une personne externe à l'entreprise qui est désignée par la Chambre du commerce.

L'arrêt ici discuté soulève de nombreuses questions concernant par exemple la responsabilité civile de la personne de confiance, les modalités de la transmission d'informations à l'employeur ou encore la protection d'un éventuel dénonciateur (*whistleblower*). Nous comprenons dès lors les besoins de clarification émanant de la pratique et souhaitons contribuer ici aux efforts d'explication, notamment du rôle et du statut de la personne de confiance. Nous considérons cependant que l'arrêt du Tribunal fédéral s'inscrit dans la logique de la conception actuelle de la prévention des conflits au travail et qu'il est donc moins novateur qu'il n'y paraît.

Nous l'avons vu, selon le Tribunal fédéral, «*la désignation d'une personne de confiance hors hiérarchie dans ou à l'extérieur de l'entreprise n'est pas une norme obligatoire en tant que telle, mais fait partie des standards reconnus auxquels renvoie l'art. 6 al. 1 LTr [...] ; les employeurs ont donc le choix soit de respecter cette mesure, soit de prévoir un système de gestion des conflits équivalent qui assure le même niveau de protection*» (c. 5.3). Il nous semble que de telles obligations de l'employeur pouvaient déjà être déduites, en grande partie, de l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale de l'article 328 CO (et de l'article 4 LEg)⁷. En effet, cette disposition implique le devoir pour l'employeur de prévenir les conflits au travail d'une manière impartiale et respectueuse des droits de la personnalité des employés. La nouveauté de l'arrêt réside dans le fait de fonder désormais ces obligations également sur l'article 6 LTr et de souligner que tout conflit

⁷ Voir notamment; JEAN-PHILIPPE DUNAND, Les devoirs et la responsabilité de l'employeur en matière de protection de la personnalité et de la santé psychique des travailleurs, in: Olivier Guillod (édit.), Santé et travail, Berne 2008, p. 107 ss; KARINE LEMPEN, in: Gabriel Aubert/Karine Lempen (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011, N 25 ad art. 4 LEg, p. 116; CAROLE SONNENBERG, La protection de la personnalité du travailleur: sauvegarde de sa santé et sécurité au travail, Lausanne 2010, p. 77 ss; SABINE STEIGER-SACKMANN, Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz, Rechtliche Möglichkeiten zur Verbesserung der Prävention, Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 252 ss; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KÄNEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, Zurich/Bâle/Genève 2012, N 17 ad art. 328 CO, p. 556; GABRIELLA WENNUBST, Mobbing, Le harcèlement psychologique analysé sur le lieu de travail, La Chaux-de-Fonds 2007, p. 122 ss; RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, Droit du travail, Berne 2014, p. 356 ss, ainsi que les références jurisprudentielles citées par ces auteurs.

d'ordre professionnel est susceptible de provoquer une atteinte à la santé des personnes concernées. Alors que l'on avait déjà admis que les articles 6 LTr et 328 CO poursuivent les mêmes objectifs concernant la protection de la santé des travailleurs⁸, il faut maintenant reconnaître qu'ils visent également les mêmes buts en matière de prévention des conflits au travail. En ce sens, l'arrêt ici discuté contribue à consolider la cohérence et l'harmonie du droit suisse du travail, qu'il résulte du droit privé (CO) ou du droit public (LTr).

Dans la gestion des conflits au travail, il est usuel de distinguer une «phase informelle» lors de laquelle la personne de confiance est sollicitée, qui a essentiellement pour objectif la prévention (conseil, soutien), et une «phase formelle» impliquant l'intervention de la direction de l'entreprise, qui a pour buts de mettre fin au conflit, d'établir les responsabilités et de sanctionner les personnes responsables (plainte, enquête, rapport, décision)⁹. A notre sens, dans l'arrêt 2C_462/2011, le Tribunal fédéral s'est limité à préciser les obligations de l'employeur en matière de prévention des conflits lors de la «phase informelle» qui nécessite un traitement confidentiel des informations échangées: *«Le but de la mesure étant axé sur la prévention, celle-ci doit pouvoir intervenir rapidement, avant que le conflit ne dégénère au point de devoir être traité par un tribunal»* (c. 5.2). L'arrêt ne concerne en revanche pas les diverses initiatives et mesures que peuvent prendre les parties lors d'une «phase formelle». Il n'était pas question de priver l'employeur de ses prérogatives (cf. art. 321d CO, 335 ss CO, etc.) ni de le décharger de ses responsabilités (cf. art. 41 CO, 97 CO, 101 CO, 328 CO, etc.). L'arrêt ne restreint en particulier pas la liberté de l'employeur quant aux choix et modalités des procédures de gestion des conflits¹⁰. Comme nous le verrons, la transition, dans un cas d'espèce, de la phase informelle à la phase formelle peut poser des problèmes pratiques et juridiques considérables eu égard notamment au respect du principe de la confidentialité (cf. chapitre IV).

⁸ Voir notamment ATF 132 III 257, c. 5.4, JdT 2007 I, p. 274, SJ 2007 I, p. 173; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, Protection de la santé au travail: cadre juridique général, in: Olivier Guillod (édit.), Santé et travail, Berne 2008, p. 60 ss, WYLER/HEINZER (n. 7), p. 318 ss.

⁹ Sur la distinction, voir notamment KARINE LEMPEN, Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur, Genève/Zurich/Bâle 2006, p. 233 ss; SECO (n. 6), p. 27 ss.

¹⁰ RÉMY WYLER, Chronique de droit du travail, JdT 2013 II, p. 202.

III. Personne de confiance: notion, rôle et statut juridique

Dans l'arrêt que nous venons de résumer, le Tribunal fédéral indique que la personne de confiance qui intervient pour prévenir les conflits au travail doit apporter «*conseil*» et «*soutien*» aux employés qui la sollicite. Disposant de la «*formation nécessaire*», elle doit nouer un «*rapport de confiance*» avec les personnes concernées (obligation de garder le secret; absence de lien hiérarchique). Qu'elle se trouve à l'intérieur ou à l'extérieur de l'entreprise, le personnel doit pouvoir s'adresser à elle «*en toute connaissance de cause*».

Souhaitant approfondir ces questions, nous traiterons ici de la notion (**section 1**), du rôle (**section 2**) et du statut juridique (**section 3**) de la personne de confiance.

1. Notion

L'expression «personne de confiance» constitue une notion indéterminée que l'on trouve en droit suisse dans des domaines juridiques variés. En effet, diverses législations, de droit privé ou de droit public, instaurent ce moyen pour assister et soutenir, voire faire entendre la voix d'une personne placée dans une situation particulière et difficile. Une «personne de confiance» assistera, par exemple, l'individu majeur soumis à une mesure de placement à des fins d'assistance (art. 432 CC) ou celui à protéger dans le cadre d'une procédure pénale (art. 149 al. 3 CPP); c'est aussi une «personne de confiance» qui guidera et soutiendra la personne mineure sans curateur ni tuteur tout au long d'une procédure d'asile (art. 7 al. 2 et 3 OA 1¹¹) ou le prévenu mineur faisant l'objet d'une procédure pénale (art. 13 PPM¹²).

En droit du travail, de nombreuses administrations publiques et entreprises privées ont institué une personne de confiance chargée de prévenir et parfois de gérer les conflits. Comme nous le verrons ci-dessous, les situations sont toutefois très diverses: premièrement, ce sont fréquemment plusieurs personnes, un «groupe de confiance», voire une personne morale qui sont désignées; deuxièmement, les dénominations sont elles aussi variées (personne de

¹¹ Ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure du 11 août 1999 (RS 142.311).

¹² Loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs du 20 mars 2009 (RS 312.1).

confiance, groupe de confiance, arbitre interne, auditeur, enquêteur, intervenant externe, investigateur, juge de paix en entreprise, médiateur, «ombudsman», etc...); troisièmement, enfin, les «personnes de confiance» sont souvent chargées de tâches multiples qui vont bien au-delà de celles mentionnées dans l'arrêt du Tribunal fédéral (en effet, les personnes désignées ne se limitent pas à soutenir et conseiller mais peuvent aussi médier, concilier, investiguer, sanctionner, etc...). Au vu de la grande diversité constatée dans la législation et la pratique, nous considérerons, à ce stade, que la personne de confiance est celle qui «inspire confiance», à laquelle l'employé peut s'adresser «en toute confiance». Certes, d'un point de vue subjectif, la confiance se mérite, elle ne se proclame pas. Elle peut cependant être favorisée par des garanties institutionnelles objectives qui ont été expressément mentionnées par le Tribunal fédéral: la personne de confiance est hiérarchiquement indépendante de l'employeur; elle dispose de la formation nécessaire; elle garantit enfin la confidentialité.

2. Rôle de la personne de confiance

La personne de confiance peut faire partie du personnel ou être «externe» à l'entreprise. L'obligation de l'employeur de protéger la personnalité des employés en prévenant le conflit implique plusieurs intervenants potentiels qui sont appelés à jouer un rôle complémentaire dans la gestion du conflit. L'étude menée en Suisse romande en 2003 par le Deuxième Observatoire établit que les personnes de confiance désignées à l'interne dans les protocoles analysés se retrouvent parmi les ressources humaines, la direction, le service social-infirmier, le service juridique, la commission du personnel, la commission syndicale, mais aussi le ou la médecin du personnel par exemple¹³. La prévention visée est autant de type tertiaire que secondaire. Pour mémoire, la prévention en matière de risques psychosociaux se décline en prévention primaire, visant à limiter la survenance des risques, dont l'une des formes courantes est la formation et la sensibilisation des employés, la prévention secondaire, s'attachant aux moyens de lutte contre les dangers identifiés dans l'entreprise, comme la

¹³ VÉRONIQUE DUCRET, Mesures prises par les entreprises pour prévenir le harcèlement sexuel, éd. Le deuxième observatoire, Genève 2003, p. 6 (cité: Mesures).

limitation de la charge de travail en vue de réduire le stress¹⁴, et enfin la prévention tertiaire recouvrant les moyens d'accompagnement des salariés souffrant d'une situation dégradée¹⁵. La personne de confiance obéit ainsi à des attentes diverses et se voit investie de multiples tâches: conseiller, médiateur, conciliateur, investigateur, «ombudsman», ou encore auditeur. Le destinataire de l'aide est certes la personne en souffrance, mais également l'employeur, lorsque lui sont adressées des recommandations visant la résolution d'un problème organisationnel.

Dans cette section, nous identifierons les diverses tâches qui peuvent être confiées à une personne de confiance (**sous-section a**). Ces activités sont distinctes (et incompatibles: voir ci-dessous chapitre IV) des tâches dévolues à un médiateur, d'une part (**sous-section b**) et à un enquêteur, d'autre part (**sous-section c**).

a) Tâches de la personne de confiance

Selon le SECO, la *«personne de confiance a pour tâche de soutenir les personnes qui sollicitent des conseils, de leur assurer pleine discrétion et d'entreprendre des démarches à leur demande»*¹⁶. En matière de prévention des conflits dans le domaine du travail, la personne de confiance correspond à cette nécessité de venir en aide à une autre personne placée dans une situation où sa voix pourrait ne pas être entendue. Selon les règlements, la personne en souffrance peut faire appel à une personne de confiance en cas de harcèlement sexuel, de mobbing, deux formes aiguës d'atteinte à la personnalité¹⁷ ayant des répercussions connues sur la santé¹⁸, mais parfois aussi d'une façon plus générale en cas d'atteinte à la personnalité, dans un contexte discriminatoire et/ou conflictuel. Des dispositifs, prenant en compte la réalité suivant laquelle une dégradation des rela-

¹⁴ SONNENBERG (n. 7), p. 71s.

¹⁵ ELODIE MONTREUIL, *Prévenir les risques psychosociaux*, Paris 2011, p. 26; GWENAËLLE HAMELIN, *Agir sur le stress et les violences au travail*, Paris 2012, p. 124 ss.

¹⁶ SECO (n. 6), p. 30.

¹⁷ TFA A-1006/2008 du 16 juin 2009, consid. 3.1.3.

¹⁸ European Agency for Safety and Health at Work, *Expert forecast on emerging psychosocial risks related to occupational safety and health*, European risk observatory report 5, 2007, p. 81.

tions de travail trouve presque toujours son origine dans un conflit de travail¹⁹, offrent déjà ce moyen aux personnes «rencontrant des difficultés sur leur lieu de travail»²⁰.

D'une façon générale, la personne de confiance a pour tâche d'écouter la personne en souffrance et de lui proposer une solution parmi un choix potentiellement larges d'actions²¹. En fonction des circonstances, des mesures prévues par l'employeur ou la loi et des besoins de l'employé, la personne de confiance peut par exemple conseiller à celui-ci, en amont d'une plainte en justice: une discussion directe avec l'autre protagoniste en conflit, une médiation, une demande à la hiérarchie, une démarche auprès des RH ou du médecin-conseil, voire le dépôt d'une plainte interne contre l'auteur présumé d'une atteinte. Certains règlements consultés élargissent, parfois considérablement, cette mission en incluant la tenue d'une «médiation», «conciliation», ou encore «rencontre informelle». Certains protocoles prévoient que la personne de confiance a la possibilité de prendre contact avec le ou la «mise en cause» ou un-e supérieur-e hiérarchique, avec l'accord de la personne en souffrance²², afin par exemple d'obtenir des informations complémentaires sur la situation. Il peut s'agir aussi de saisir la hiérarchie au vu de la gravité du cas et de l'absence de solutions «amiables»²³ et/ou de lui proposer des mesures pour faire cesser une atteinte concrète²⁴. Ces différents niveaux d'intervention se re-

¹⁹ PHILIPPE DAVEZIES, Les impasses du harcèlement moral, L'ergonomie contre la victimologie, in Revue Travailler no 11, 2004, p. 83-90, accès: <http://www.cairn.info/revue-travailler-2004-1.htm> (consulté le 21 février 2014).

²⁰ Exemples:

– Art. 56 al. 3 de la loi sur le personnel du Canton du Jura du 22 septembre 2010: «il [l'Etat] institue un groupe de confiance, composé de médiateurs qui se tiennent à disposition des employés rencontrant des difficultés sur leur lieu de travail, pour une écoute et une résolution des conflits en toute confidentialité».

– Art. 3 du Règlement de l'Institution de Lavigny relatif à la gestion des conflits au travail et à la lutte contre le harcèlement du 1er janvier 2006: «L'Institution de Lavigny établit un contrat avec le Groupe Impact. Tout collaborateur ou collaboratrice qui, dans sa relation de travail, estime rencontrer d'importantes difficultés qui peuvent toucher sa personnalité, ou être victime de harcèlement, peut s'adresser librement au Groupe Impact.»

²¹ SECO (n. 6), p. 30.

²² Exemple: Groupe de confiance à disposition des membres du corps enseignant (GCEn) rattaché au Département de l'éducation et de la famille, Canton de Neuchâtel.

²³ *Idem* (n. 22).

²⁴ Art. 9 du Règlement concernant la protection de la personnalité de la ville de Carouge (GE) du 9 mars 2009, accès: <http://www.carouge.ch/règlement-protection-de-la-personnalité> (consulté le 21 février 2014)

trouvent soulignés par la littérature spécialisée²⁵. Il peut être question d'arbitrage²⁶. La personne de confiance est aussi parfois investie de la mission de recevoir les plaintes pour atteinte à la personnalité et/ou de les traiter par le biais de procédures d'enquêtes²⁷. Selon les dispositifs, il lui revient également de proposer à l'employeur des mesures pour restaurer le climat de confiance propice à de bonnes relations de travail²⁸, voire d'intervenir en matière de classification personnelle selon le système salarial, dans le cadre de la résiliation ordinaire du contrat de travail ou par rapport au changement de lieu de travail²⁹.

b) Personne de confiance et médiateur

Les règlements de protection de la personnalité désignent parfois la personne de confiance sous le vocable de «médiateur», alors que la mission décrite sort du cadre «classique» de la médiation. La confusion est cependant peu propice à l'apaisement tant recherché dans un cadre conflictuel. Dans l'optique d'une clarification des rôles, la médiation doit être définie strictement. Il s'agit d'un outil formel au service du rétablissement d'une communication de qualité entre les personnes médiantes³⁰. Le travail s'opère au niveau de la relation entre les personnes: «l'interpersonnel». Cette démarche est volontaire et marquée par la présence d'un médiateur, tiers neutre et impartial ou «multipartial», en ce sens qu'il embrasse les différents points de vue. Si le médiateur est garant

²⁵ VÉRONIQUE DUCRET, *Pour une entreprise sans harcèlement sexuel, un guide pratique*, Genève 2008, p. 92 s.

²⁶ Pour une démarche intéressante en matière d'arbitrage: YASMINE JHABVALA, *De la médiation à l'arbitrage*, texte de présentation pour la conférence annuelle (2008) de l'Union des intérêts de la place financière lémanique; accès: <http://www.uipf.ch/evenement/le-co%C3%BBt-des-conflits-au-travail> (consulté le 21 février 2014).

²⁷ Art. 26 du Règlement relatif à la protection de la personnalité à l'Etat de Genève du 12 décembre 2012 (RPPers): «*Le groupe de confiance instruit la demande, en procédant notamment à l'audition de témoins, hors la présence des parties.*» Une autre forme d'enquête interne à l'administration genevoise est prévue par la Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC), confiée à une personne externe à l'administration.

²⁸ Art. 6 du Règlement de la ville de Carouge.

²⁹ Art. 2.9.2 de la Convention collective de travail Swissom, éd. 2013.

³⁰ Art. 14 al. 2 RPPers (Etat de Genève): «*La médiation est un processus par lequel les intéressés, par l'organisation d'échanges confidentiels, tentent de trouver des solutions avec la collaboration de membres du groupe de confiance, en vue, notamment de poursuivre la relation de travail dans un esprit de respect durable et mutuel.*»

du cadre des échanges (communication équilibrée et respectueuse), les médiateurs sont responsables de leur qualité (explications nécessaires et informations transparentes). La confiance repose sur la confidentialité qui s'applique tant au médiateur qu'aux médiateurs.

Le déroulement de la médiation répond à des étapes relativement précises³¹. Il est souvent d'usage de commencer par des entretiens individuels et séparés³², qui permettent au médiateur d'expliquer le cadre de la médiation proposée et de s'assurer que chaque personne s'engage volontairement dans le processus, après avoir pu évoquer ses peurs et ses attentes. Il importe que chaque médiateur y trouve un intérêt personnel: donner son point de vue mais aussi entendre le point de vue de l'autre. Un document signé attestant de cet engagement et du respect du cadre est parfois un prérequis à la rencontre entre les personnes en conflit. Lors de cette rencontre, un temps assez bref est donné à chaque médiateur en début de séance pour exprimer ses besoins et attentes. S'en suit une étape d'échanges au cours de laquelle le médiateur va questionner sur ce qui a radicalisé la position des uns et des autres et transformé un problème en conflit, mettre à jour chez chacun certaines valeurs fortes qui ont été touchées dans le différend, synthétiser les accords et désaccords, et encourager les médiateurs à faire part de solutions, l'objectif étant de restaurer la confiance entamée. Ce cadre structuré en étapes, dont le médiateur est garant, a pour objectif de permettre aux médiateurs de passer de l'expression d'émotions souvent vives à une recherche rationnelle de solutions. Tout au long du processus, le médiateur encourage habituellement chacun à s'exprimer pour lui-même (parler en «je») sans interrompre l'autre, veille à une certaine égalité du temps de parole, reformule les éléments-clé et émotions et s'oppose à l'usage de mots ou gestes injurieux. Dans une médiation de ce type, le médiateur ne porte pas de jugement sur les actes ou les personnes, ne prend pas position pour l'un ou l'autre des protagonistes ni ne propose de solution à la place des personnes en conflit.

³¹ Pour un descriptif du protocole de médiation: Groupe de confiance de la République et canton du Jura, Info 4, janvier 2011; Groupe de confiance de l'Etat de Genève, Fascicule d'information sur la médiation, Genève, 2013.

³² Art. 15 al. 1 des Dispositions réglementaires de la ville de Lausanne relatives à la prévention et à la gestion des conflits et au harcèlement du 1^{er} octobre 2008: «*Les parties en conflit sont tout d'abord entendues séparément et confidentiellement par la cellule ARC qui les réunit ensuite pour tenter de trouver avec elles un consensus.*»

L'issue de la médiation appartient aux médiateurs, en ce que la décision d'une transmission de leur éventuel accord leur revient, sauf exception³³. La médiation du travail se développe. Elle représentait 20% des médiations menées en Suisse en 2008 par les médiateurs ayant répondu à l'enquête de la Fédération suisse de Médiation, soit 951 situations³⁴.

c) **Personne de confiance et enquêteur**

La personne de confiance se voit parfois confier la tâche d'élucider les faits. L'enquête interne doit être distinguée de l'enquête judiciaire. Elle est menée pour le compte de l'employeur. Les dispositifs de protection de la personnalité retiennent l'enquête pour des allégations de harcèlement sexuel ou de mobbing, en tous les cas d'atteintes graves à la personnalité³⁵. L'enquêteur récolte les preuves et les apprécie de sorte à pouvoir constater si les allégations sont réalisées ou non, en toute impartialité. Il rend ses conclusions sous forme d'un rapport à l'employeur³⁶, sur la base duquel celui-ci prend les mesures nécessaires, notamment le prononcé d'une sanction, comme le licenciement de l'auteur de l'atteinte. L'enquête interne ne prive pas la personne s'estimant victime d'une atteinte de la possibilité de saisir les tribunaux, ce que rappellent certains protocoles³⁷.

³³ Exemple: Art. 14 al. 3 et 4 RPPers (Etat de Genève):

«³ Si la médiation aboutit, les parties peuvent signer un protocole d'accord, dont un exemplaire est remis à chaque partie. Les intéressés conviennent s'il y a lieu d'informer la hiérarchie, les ressources humaines ou l'autorité d'engagement sur le contenu de l'accord et de quelle manière cette information intervient.

⁴ Le groupe de confiance peut informer l'autorité d'engagement ou le service des ressources humaines qui l'a contacté en application de l'article 12, lettre b, uniquement sur le fait que la médiation a eu lieu ou non. Aucune autre information n'est transmise sans l'accord des parties.»

³⁴ Fédération suisse des Associations de médiation, Enquête Médiation Suisse 2008, Rapport condensé, Zürich, octobre 2009, accès: http://www.infomediation.ch/cms/uploads/media/Enquete_Rapport_condense_28oct_def_f.pdf (consulté le 21 février 2014).

³⁵ Exemple: art. 26 des Dispositions réglementaires de la ville de Lausanne: «L'enquête a pour objectif de déterminer s'il y a effectivement des problèmes, en particulier un cas de harcèlement ou de comportement abusif grave, cas échéant de décrire leur contexte.»

³⁶ Exemple: art. 10 du Règlement de la ville de Carouge: «Une fois l'enquête terminée, l'enquêteur établit un rapport à l'attention du Conseil administratif contenant un exposé des faits, donnant une appréciation sur l'existence ou non d'une atteinte à la personnalité et désigne le ou les auteurs de l'acte.»

³⁷ Art. 11 du Règlement de la ville de Carouge: «La personne s'estimant lésée conserve en tout temps le droit de saisir les Tribunaux compétents pour connaître du litige.»

3. Statut juridique de la personne de confiance

La personne de confiance peut être interne ou externe à l'entreprise. La première solution aura la préférence de ceux qui considèrent que la personne de confiance doit connaître la culture de l'entreprise et qu'il est plus aisé de ressentir de l'intérieur les causes et les effets d'un conflit. Opteront en revanche pour la seconde solution, ceux qui estiment qu'il est impossible d'être à la fois interne et indépendant. Certains employeurs ont d'ailleurs prévu une voie mixte, laissant le choix aux employés de recourir à la voie interne ou externe³⁸. Le statut juridique de la personne de confiance n'est pas toujours clairement défini. Il convient ici de déterminer les liens contractuels qu'il noue, en droit privé, avec l'employeur (**sous-section a**) et parfois avec la ou les personnes qui la consultent (**sous-section b**).

a) Relation juridique entre la personne de confiance et l'employeur

L'employeur peut désigner une personne de confiance interne à son entreprise. Les parties seront généralement liées par un contrat de travail au sens des articles 319 ss CO. On rappellera que l'une des caractéristiques principales du contrat de travail réside dans le rapport de subordination qui place l'employé dans la dépendance de son employeur sous l'angle temporel, personnel et hiérarchique³⁹. En pratique, divers cas de figure sont envisageables en fonction du cahier des charges et du taux d'activité de la personne de confiance. Celle-ci peut être un collaborateur «ordinaire» qui consacre une partie de son temps aux activités de conseil et de soutien. Cette variante présuppose que le collaborateur ait la formation nécessaire. Il est aussi possible que la personne de confiance collabore dans le service des ressources humaines avec extension de son champ d'activité au conseil et au soutien. Se posera ici la question de la garantie de l'indépendance de son activité. Enfin, la personne de confiance peut consacrer tout son temps aux activités de conseil et de soutien. Cette dernière solution n'est évidemment pas praticable pour toutes les entreprises.

³⁸ JEAN-PHILIPPE DUNAND, Le médiateur institué par l'employeur, Jusletter du 13 novembre 2006, N 17.

³⁹ CR-AUBERT, N 6-13 ad art. 319 CO, p. 1966 ss.

L'employeur peut préférer un système de prévention des conflits externe à l'entreprise. La mission est souvent confiée à une personne morale qui se chargera de désigner la ou les personnes de confiance. Le contrat de mandat, au sens des articles 394 ss CO, est généralement choisi. Contrairement au travailleur, le mandataire agit de manière indépendante et sous sa seule responsabilité⁴⁰. Lorsque la personne de confiance est désignée par une personne tierce comme une association professionnelle agissant sur demande de l'employeur, il faut alors déterminer si cette personne tierce a noué directement le contrat de mandat avec la personne de confiance ou si elle a agi en qualité de représentante de l'employeur.

Que la personne de confiance soit interne ou externe à l'entreprise, son activité doit être rémunérée par l'employeur auquel incombe la prise en charge des coûts des mesures de protection et de prévention des atteintes à la personnalité et à la santé de ses employés⁴¹.

b) Relation juridique entre la personne de confiance et les employés

L'intervention d'une personne de confiance s'opère souvent sur la base du seul contrat conclu entre celle-ci et l'employeur. Vis-à-vis du travailleur en souffrance, la personne de confiance est alors considérée comme l'auxiliaire (cf. art. 101 CO) de l'employeur. Suivant le rôle qui lui est attribué, il est toutefois possible qu'elle noue également des liens contractuels (au moins implicites) avec la personne qui la consulte. Il en ira ainsi, par exemple, lorsqu'elle intervient au titre de médecin-conseil ou de médiateur.

La médiation constitue un bon exemple des divers liens contractuels qui peuvent exister dans le cadre d'une procédure de gestion des conflits au travail⁴². Au contrat de mandat noué entre le médiateur et l'employeur s'ajoute le contrat de médiation qui lie le médiateur aux parties en conflit. En effet, toute médiation est volontaire par nature. Le médiateur ne peut entamer sa mission qu'après avoir recueilli l'accord des médians. Ceux-ci ont le droit de

⁴⁰ JEAN-PHILIPPE DUNAND, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013, N 21 ad art. 319 CO, p. 7.

⁴¹ DUNAND (n. 7), p. 108.

⁴² DUNAND (n. 38), N 20 ss.

se retirer à tout moment de la médiation ou d'y mettre fin. On relèvera toutefois que si un travailleur a la possibilité de refuser de s'engager dans un processus de médiation, il ne peut en revanche sans violer son devoir de fidélité envers son employeur, refuser de collaborer à la résolution d'un conflit dont il est l'un des protagonistes (cf. art. 321a CO; art. 321d CO).

Le contrat de médiation peut être défini comme «*le contrat par lequel les parties conviennent avec une tierce personne, le médiateur, que celui-ci les aidera dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable de leur différend*»⁴³. Il est généralement considéré comme un contrat de mandat (art. 394 CO)⁴⁴, constitué conjointement par les parties au conflit (art. 403 al. 1 CO)⁴⁵. Il faut préciser que les médiateurs sont en principe eux-mêmes liés par une convention de médiation, contrat innommé *sui generis*, par laquelle ils s'engagent à rechercher une solution amiable à leur différend à l'aide d'un médiateur⁴⁶. Il arrive toutefois fréquemment en pratique que les médiateurs et le médiateur contractent un seul et même contrat qui englobe la convention de médiation et le contrat de médiateur⁴⁷. Constatant que la médiation n'est pas seulement l'œuvre du médiateur mais surtout celle des parties, une auteure a suggéré que cet unique contrat soit qualifié de contrat *sui generis* comportant à la fois des caractéristiques de la société simple (art. 530 ss CO) et du mandat⁴⁸.

IV. Garanties indispensables: indépendance et confidentialité

Nous l'avons vu, dans l'arrêt qui a suscité notre contribution, le Tribunal fédéral relève la nécessité que la personne de confiance «*garantisse la confidentialité des entretiens qu'elle aura avec les salariés de l'entreprise et, si elle se trouve dans une structure interne déjà existante, qu'elle n'ait pas de rapports hiérarchiques avec les employés concernés*» (c. 4.3). Une personne de confiance, aussi bien qu'un média-

⁴³ CHRISTOPH MÜLLER, Contrats de droit suisse, Berne 2012, N 3315, p. 710.

⁴⁴ MÜLLER (n. 43), N 3322, p. 712.

⁴⁵ MÜLLER (n. 43), N 3332, p. 714.

⁴⁶ MÜLLER (n. 43), N 3314, p. 709 et N 3321, p. 711.

⁴⁷ MÜLLER (n. 43), N 3316, p. 710.

⁴⁸ DOMINIQUE BROWN-BERSET, La médiation commerciale: le géant s'éveille, in RDS II/2002, p. 364 s.

teur, doit être indépendante et respectueuse de la confidentialité. Ces principes peuvent être mis à mal lorsque la personne de confiance est désignée à l'intérieur de l'entreprise. Ce chapitre comportera deux parties. En premier lieu, nous donnerons quelques indications sur la mise en œuvre des principes de l'indépendance (**section 1**) et de la confidentialité (**section 2**). En second lieu, nous aborderons les problèmes spécifiques pouvant résulter du cumul de fonctions entre personne de confiance et médiateur, d'une part (**section 3**), et enquêteur, d'autre part (**section 4**).

1. Indépendance de la personne de confiance

La personne de confiance doit garder son indépendance à l'égard des personnes en conflit. Le Tribunal fédéral a, à juste titre, déduit de ce principe le fait que la personne de confiance choisie au sein de l'entreprise ne saurait avoir de *«rapports hiérarchiques avec les employés concernés»* (consid. 4.3). Cette exigence consacre une incompatibilité claire entre la fonction de personne de confiance et celle d'organe ou de membre de la direction. L'intégration dans le service des ressources humaines de l'entreprise est plus délicate car ce service est chargé en partie de tâches relevant de la hiérarchie. Comme le relève le SECO, les *«collaborateurs du service du personnel sont généralement mal placés pour occuper cette fonction, car celle-ci risque d'entrer en conflit avec les autres tâches qu'ils assurent pour le personnel et les éléments dont ils ont connaissance»*⁴⁹. Toutefois, d'un point de vue pratique, les compétences en gestion des conflits se trouvent le plus souvent dans les services RH des entreprises. Pragmatiquement, la désignation d'une personne de confiance à l'intérieur du service des ressources humaines de l'entreprise devrait en conséquence être possible pour autant que la personne désignée ne fasse pas partie de la direction de l'entreprise et qu'elle puisse garantir la confidentialité nécessaire à la personne en souffrance.

Lorsque la personne de confiance agit en qualité de mandataire de l'employeur, la garantie de son indépendance est mieux assurée puisque, comme nous l'avons rappelé, le mandataire agit de manière indépendante et sous sa propre responsabilité. N'étant pas intégrée à l'entreprise, la personne de confiance gardera une plus grande distance au profit d'une position impartiale

⁴⁹ SECO (n. 6), p. 31.

et pourra donc intervenir sans problème dans la plupart des cas⁵⁰. Lorsque le conflit concerne l'employeur lui-même (ou un organe de l'entreprise) avec l'un de ses employés, l'indépendance de la personne de confiance devrait supposer que l'employé en souffrance ait le choix entre deux personnes de confiance, ou plus.

En conclusion, la désignation d'une personne de confiance devrait toujours être assortie d'une clause de garantie d'indépendance, que la personne agisse en qualité de travailleur ou de mandataire de l'employeur. Il est décisif que la procédure prévue génère la confiance au sein de l'entreprise et que la personne de confiance jouisse aux yeux des personnes en conflit de l'indépendance requise.

2. Rapport de confidentialité

Dans l'arrêt discuté, le Tribunal fédéral rappelle l'exigence de la confidentialité en précisant que la personne de confiance doit garder le secret (c. 4.2). La notion même de «personne de confiance» est liée au respect de cette exigence. La personne de confiance est tenue à la confidentialité vis-à-vis de la personne qui a sollicité son aide et ne peut transmettre des informations à l'employeur sans son accord. Cette garantie de confidentialité doit apparaître expressément dans les contrats unissant la personne de confiance à l'employeur, d'une part, et à la personne qui la consulte, lorsqu'il existe, d'autre part.

La confidentialité peut-elle, ou même doit-elle être limitée en certaines circonstances? La personne de confiance peut-elle passer outre l'accord de l'employé en souffrance lorsque les éléments évoqués par lui laissent apercevoir une organisation du travail défailante propre à causer des atteintes à la personnalité d'une certaine gravité à d'autres travailleurs? Comment gérer un problème collectif pour lequel plusieurs personnes sont venues consulter et dont une seule souhaite rompre la confidentialité? Dans un certain nombre de cas, la réflexion entamée avec la personne de confiance pourrait encourager l'employé à ne pas rester dans une situation sans solution et l'amener à donner son accord à une transmission d'informations à l'employeur. Le règlement de la ville de Lausanne est intéressant à ce propos. En cas d'atteinte potentiellement

⁵⁰ SECO (n. 6), p. 31.

grave subie par un employé, il oblige la cellule ARC (aide à la résolution des conflits), dont les membres ont une fonction de personne de confiance, à demander une enquête, ce qui prime «*sur toute considération de confidentialité*» (art. 24 al. 3). Les situations d'atteintes graves mettent généralement en évidence des lacunes dans le système de protection de la personnalité garantie par l'employeur. Apparaît dans ce contexte une autre fonction de la personne de confiance, ressortant d'une prévention de type secondaire: faire des recommandations à l'employeur pour améliorer le climat de travail. L'intérêt collectif prime alors l'intérêt individuel.

L'exigence de confidentialité posée par Tribunal fédéral concerne la fonction d'écoute, de soutien et de conseil à destination de la personne en souffrance. La question d'une articulation de cette exigence avec des recommandations à destination de l'employeur n'a pas été traitée par notre Haute Cour et reste à première vue possible, voire souhaitable. La solution consiste en la rédaction de clauses contractuelles qui posent des limites précises au principe de confidentialité, par exemple en cas de situations graves qui marqueraient l'obligation de l'employeur de prendre des mesures de protection. Le protocole peut prévoir que l'identité de la personne soit dans la mesure du possible préservée sauf danger grave encouru par une autre personne.

Comme nous le verrons ci-dessous, la confidentialité sera difficilement garantie lors d'un cumul de fonctions, par exemple si la personne de confiance est également investie du rôle de médiateur ou d'enquêteur. En effet, deux fonctions n'ont jamais les mêmes finalités et les contours de la confidentialité de chacune ne se recoupent pas exactement⁵¹. En outre, les obligations liées à une fonction peuvent se heurter au devoir de confidentialité garanti par l'autre fonction, par exemple lorsqu'il s'agit de transmettre à l'employeur certaines informations. Il peut en résulter une ambiguïté sur le rôle de chaque intervenant en matière de prévention et une potentielle confusion sur les limites de la confidentialité, éléments peu propices à l'établissement du lien de confiance. Certains employés font part de leur réticence à s'adresser aux personnes por-

⁵¹ Pour un aperçu sur la question de la confidentialité de l'avocat-médiateur: BIRGIT SAMBETH GLASNER, La confidentialité en médiation: mythes et réalités, in: Foëx Bénédic/Hirsch Laurent (édit.), *Transparence et secret dans l'ordre juridique, liber amicorum pour Me Vincent Jeanneret*, Genève 2010, p. 253 ss. Voir aussi, FRANCESCA CAVADINI-BIRCHLER, *La confidenzialità quale componente fondamentale della mediazione*, RSPC 2009, p. 333 ss.

tant une double-casquette. Un règlement décrivant clairement les fonctions et les principes régissant la confidentialité paraît en tout cas nécessaire pour réduire, sinon éviter les problèmes évoqués. Toutefois, dans une situation marquée par une perte de confiance de l'employé envers un collègue, un supérieur, voire son employeur, la préférence doit être donnée, selon nous, à un protocole qui confie les diverses interventions prévues en matière de protection de la santé et de la personnalité à des personnes différentes, quelles soient choisies à l'interne ou à l'externe de l'entreprise. Du côté des intervenants, une incertitude sur les limites de la confidentialité risque d'avoir un effet inhibant et d'amoinrir leur engagement face au conflit.

3. Personne de confiance et médiateur

La personne de confiance qui a accompagné, soutenu et peut-être conseillé la médiation à une personne en souffrance peut-elle assurer la neutralité et l'impartialité inhérente au rôle de médiateur? Le ou les entretiens préalables, confidentiels, menés par la personne de confiance servent à clarifier les besoins de la personne qui demande de l'aide, à court, moyen et long terme. Ces besoins peuvent être liés à la relation à l'autre (respect, excuses, *modus vivendi*) et/ou au contexte de travail (réorganisation de l'espace, clarification des tâches, répartition différente des plages horaires, etc.). Face au récit «subjectif» de la personne en souffrance, la personne de confiance assure un regard objectif. En apparence, l'écoute offerte dans cette phase est proche de celle du médiateur dans la phase d'entretiens préalables. Il s'agit d'«accueillir» les émotions et de comprendre les origines et enjeux du conflit, les raisons possibles expliquant le comportement de l'autre protagoniste au conflit, voire d'identifier une responsabilité partagée.

Cette écoute est toutefois «stratégique», puisqu'elle a aussi pour objet le conseil: déterminer la meilleure réponse pouvant être apportée au problème. Une personne de confiance, qui conseille la médiation et se mue en médiateur, aura probablement des attentes particulières quant au résultat de la médiation et sa neutralité en est ainsi affectée. L'impartialité pose également problème, dans la mesure où le médiateur a eu préalablement pour rôle de soutenir l'un des médiateurs. Certes, le médiateur peut éventuellement conserver une posture neutre, «sans parti-pris», et assurer un processus de médiation adéquat, lorsque

l'accompagnement est de courte durée et la situation peu conflictuelle. En revanche, un accompagnement soutenu à la personne en souffrance, particulièrement lorsque les faits évoqués sont graves, est certainement de nature à entamer l'impartialité de celle ou celui qui endosse ensuite l'habit du médiateur. Dans une situation d'atteinte aiguë, harcèlement sexuel ou mobbing, certaines personnes de confiance évoquent leur mission de soutien avant tout et le positionnement «partisan» qu'elles assument. Elles ne proposent généralement pas de médiation. L'exigence d'une participation «volontaire» et celle d'un rapport d'égalité entre les médiateurs font le plus souvent défaut⁵². Reste ouverte la question de savoir si la médiation en matière d'atteinte aiguë peut être proposée dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, par exemple lorsque les liens professionnels doivent être maintenus et que la personne victime y voit un intérêt personnel clair. Dans ces situations, la médiation doit être assumée par un médiateur autre que la personne de confiance, car celle-ci doit pouvoir poursuivre l'accompagnement de la personne victime après la médiation. Les règlements qui ne prévoient que la seule médiation dans ces situations graves ont pour effet d'individualiser un problème qui est généralement structurel⁵³ et ne sont pas adéquats en termes de protection de la personnalité des employés. Dans un des règlements analysés, la médiation est menée par la direction générale, qui peut, selon la gravité du cas, transmettre la situation à un médiateur externe⁵⁴. Dans ce cas, le cumul de fonction entre hiérarchie et médiateur pose le même problème de confidentialité que le cumul entre personne de confiance et hiérarchie. L'accès à un médiateur externe dépend en outre de la décision de la hiérarchie, ce qui n'apporte pas de solution à ce problème et pose la question de la transmission d'informations entre la direction et le médiateur externe.

Il est parfois prévu règlementairement que la personne de confiance organise une «rencontre» des employés en conflit. Il ne s'agit pas d'une médiation au

⁵² Avis similaire: DUCRET (n. 25), no 3.3.6.2, p. 63 s.; ACHILLE GROSVERNIER et ANNE-CATHERINE SALBERG, La médiation dans les relations de travail, Forum Médiation – SVM/ASM 2001, p. 2.

⁵³ HEINZ LEYMANN, Mobbing, La persécution au travail, Paris 1996; GROSVERNIER/SALBERG (n. 52), p. 2 s.

⁵⁴ Art. 5 de la Directive de la Fondation du Nant relative à la gestion des conflits au travail et à la lutte contre le harcèlement du 29 septembre 2009: «La Direction générale prend contact avec la ou les personnes mises en cause. Avec l'accord de la ou des personnes requérantes et de la ou des personnes mises en cause, la Direction générale conduit une médiation. Selon la gravité du problème rencontré, la Direction générale peut également décider de transmettre le dossier au Groupe Impact.»

sens strict: la neutralité du «tiers», le caractère volontaire de la participation du «mis en cause», ou encore la garantie de la confidentialité ne caractérisent pas nécessairement cette démarche. Cela n'enlève rien à la pertinence d'une rencontre suivant les situations, pour autant que les règles du jeu soient claires et qu'il n'y ait pas de confusion avec la médiation. Cette démarche est parfois visée par le terme de «conciliation». La personne de confiance tente alors d'emporter l'adhésion des personnes en conflit sur une solution qu'elle propose elle-même. En conciliation, l'objectif visé est un accord et l'auteur de la proposition est le conciliateur. Pour la médiation, l'objectif est le rétablissement d'une communication suffisante, qui peut cas échéant déboucher sur un accord et l'auteur de la proposition est l'un des médiateurs. Dans le cas soumis au Tribunal fédéral, le protocole de prévention de l'employeur comprenait le recours à un médiateur, identifié par Notre Haute Cour comme le directeur administratif (c. 5.3). Ce mode d'intervention n'était pas adéquat, comme l'a retenu le Tribunal fédéral, puisque la confidentialité ne pouvait être assurée par un membre de la hiérarchie en raison de son devoir de protéger les employés.

L'arrêt illustre la difficulté qui consiste à identifier le type de «médiation» proposée par l'employeur. Les règlements doivent être suffisamment précis sur ces questions pour que les employés puissent clairement comprendre le cadre qui leur est offert. Dans les situations comportant un risque de partialité, une clause prévoyant le recours à un médiateur externe, à la demande de la personne de confiance ou de l'un des médiateurs, pourrait constituer une solution adéquate.

4. Personne de confiance et enquêteur

Il arrive en pratique que la même personne soit chargée, en des temps différents, à la fois de tâches relevant d'une personne de confiance et de tâches qui relèvent d'un enquêteur. Les règlements de gestion des conflits par exemple utilisent le terme de «phase formelle» pour l'enquête et celui de «phase informelle» pour l'intervention de la personne de confiance en amont, y compris la médiation⁵⁵. L'enquête, appelée parfois «investigation», obéit en effet à des règles précises, notamment, pour un employeur soumis au droit public, celles relatives au droit d'être entendu en procédure administrative. Le passage d'une phase à

⁵⁵ Chapitre III et chapitre IV du règlement relatif à la gestion des conflits au travail et à la lutte contre le harcèlement du 9 décembre 2002 (RCTH, canton de Vaud).

l'autre s'opère par le biais du dépôt d'une plainte visant l'ouverture d'une enquête interne, déposée généralement par la personne estimant avoir subi une atteinte à la personnalité. Certains règlements accordent également cette faculté à la hiérarchie⁵⁶. La plainte doit, selon les dispositifs, être remise à la personne de confiance qui peut même suivant les cas mener l'enquête interne⁵⁷.

La mission de soutien et de conseil appartenant à la personne de confiance, est-elle compatible avec celle visant à instruire la cause et apprécier les preuves en toute impartialité? A l'évidence, cette situation place la personne de confiance dans la position de juge et partie. Elle pose aussi le problème de la confidentialité. La phase informelle est généralement couverte par une stricte confidentialité⁵⁸, ce qui correspond à l'exigence posée par le Tribunal fédéral pour la personne de confiance. Les documents confiés de même que les récits entendus pendant la phase informelle ne peuvent être pris en compte par l'enquêteur, qui ne doit se fonder que sur les éléments réunis au cours de l'enquête pour constater l'existence d'une atteinte. La personne de confiance-enquêtrice serait ainsi dépositaire de pièces et de récits dont elle ne pourrait faire état en phase formelle⁵⁹. Comment appréciera-t-elle le témoignage d'une personne qui n'évoque en phase formelle qu'une partie des événements qu'elle a révélés en phase informelle?

Avoir accompagné, soutenu et conseillé un employé en souffrance signifie que la personne de confiance a déjà agi pour cette personne et que son opinion pourrait être préconçue, situation visée par les règles sur la récusation en procédure administrative, applicables lorsque l'enquêteur agit pour le compte d'un employeur public⁶⁰. Dans le cas de relations contractuelles soumises au droit privé, l'enquêteur s'engage à mener, pour le compte de l'employeur, une

⁵⁶ Art. 20 al. 1 RPPers (Etat de Genève); art. 15 al. 1 RCTH (canton de Vaud).

⁵⁷ Art. 20 ss RCTH (canton de Vaud).

⁵⁸ Art. 13 RCTH (canton de Vaud); art. 8 al. 1 RPPers (Etat de Genève).

⁵⁹ JEAN-MAURICE CANTIN, *L'abus d'autorité au travail: une forme de harcèlement*, Ontario 2000, p. 52.

⁶⁰ Art. 15 al. 1 de la loi genevoise sur la procédure administrative (LPA) du 12 septembre 1985 (E 5 10): «*Les membres des autorités administratives appelés à rendre ou à préparer une décision doivent se récuser c) s'ils représentent une partie ou ont agi pour une partie dans la même affaire; d) s'il existe des circonstances de nature à faire suspecter leur partialité.*»

Art. 10 al. 1 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968: «*Les personnes appelées à rendre ou à préparer la décision doivent se récuser c. si elles représentent une partie ou ont agi dans la même affaire pour une partie; d. si, pour d'autres raisons, elles pourraient avoir une opinion préconçue dans l'affaire.*»

enquête objective. En acceptant les rôles de personne de confiance et d'enquêteur, il court le risque d'un conflit d'intérêt et engage à ce titre sa responsabilité. L'employeur pourrait, de son côté, se voir reprocher d'intégrer dans son protocole de protection de la personnalité une procédure d'enquête ne garantissant pas l'objectivité nécessaire et donc contraire au but recherché. Au vu de ce qui précède, il nous semble devoir conclure que le cumul des rôles de personne de confiance et d'enquêteur interne est incompatible avec l'exigence de confidentialité liée à la personne de confiance (phase informelle) et avec celle d'impartialité liée à la personne de l'enquêteur (phase formelle).

V. Conclusion

Dans l'arrêt 2C_463/2011 du 9 mai 2012, le Tribunal fédéral a précisé les devoirs de l'employeur en matière de prévention et de protection des travailleurs contre les risques psychosociaux. Avant qu'un conflit n'émerge ou qu'il ne se développe, le travailleur doit avoir la possibilité de consulter une personne de confiance auprès de laquelle il trouvera soutien et conseils. Cette phase informelle ne prive pas l'employeur de ses prérogatives et ne l'exonère pas de ses responsabilités.

Nous avons consacré dans cette contribution quelques développements à la notion, au rôle et au statut juridique de la personne de confiance. Nous avons vu que la mise en œuvre des garanties d'indépendance et de confidentialité présupposent des précautions particulières. La nécessité de l'employeur d'avoir accès aux informations pertinentes pour gérer au mieux son personnel peut se heurter au besoin de confidentialité de son employé, ce qui placera la personne de confiance au centre d'intérêts parfois divergents. Il est de première importance de prévoir des clauses contractuelles précises et sans ambiguïté qui régleront ces questions.

Comme l'a rappelé le Tribunal fédéral, les atteintes psychiques sur le lieu de travail génèrent absentéisme, perte de productivité et coûts importants (c. 5.2). Selon le célèbre adage, *«il vaut mieux prévenir que guérir»*, la mise sur pied de mesures de préventions efficaces est dans l'intérêt des employés, des employeurs et de la société dans son ensemble. Une protection adéquate de la santé et de la personnalité des employés est un gage d'une gestion saine et prospère de l'entreprise.