

Extrait de l'œuvre

«**Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier**»

Edités au nom de la Faculté de droit de Fribourg par  
Peter Gauch / Franz Werro / Pascal Pichonnaz

---

# La réparation du tort moral du travailleur par l'employeur

---

Jean-Philippe Dunand

Schulthess §

Information bibliographique de «Der Deutschen Bibliothek»  
Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse «<http://dnb.ddb.de>».

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2008  
ISBN 978-3-7255-5528-1

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# La réparation du tort moral du travailleur par l'employeur

JEAN-PHILIPPE DUNAND, docteur en droit, Professeur à l'Université de Neuchâtel

## Sommaire

La réparation du tort moral du travailleur par l'employeur

- I. Introduction
- II. La notion de tort moral
- III. La responsabilité de l'employeur (CO 55 et 101)
  - A. Responsabilités délictuelle et contractuelle
  - B. Responsabilité pour les auxiliaires
- IV. Le mode et l'étendue de la réparation du tort moral
  - A. Le calcul du dommage (CO 42 et 49)
  - B. La fixation de l'indemnité réparatrice (CO 43 et 44)
    - 1. Montant de la réparation (CO 43)
    - 2. Autres facteurs de réduction de l'indemnité (CO 44)
      - a) La faute concomitante du travailleur
      - b) La prédisposition constitutionnelle du travailleur
  - C. Cas d'application en droit du travail
- V. Caractère subsidiaire de CO 49
- VI. Conclusion
- Bibliographie

## I. Introduction

L'employeur doit protéger et respecter, dans les rapports de travail, la **personnalité du travailleur** (CO 328 I). Celle-ci recouvre l'ensemble des valeurs essentielles, physiques, affectives et sociales, liées à la personne humaine. Les biens protégés sont notamment l'intégrité et la santé physique et psychique, l'intégrité morale et la considération sociale, les libertés individuelles, y compris la liberté sexuelle, ainsi que la sphère privée<sup>1</sup>. La notion d'atteinte à la personnalité étant indéterminée, il revient à la jurisprudence d'en développer le contenu<sup>2</sup>.

Le salarié victime d'une atteinte à sa personnalité du fait de son employeur (et de ses organes) ou des auxiliaires de celui-ci, peut prétendre à une **indemnité pour tort moral** aux conditions fixées par l'art. 49 al. 1 CO (cf. CC 55 II et CO 55, 97 I, 99 III, 101 I).

<sup>1</sup> BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, p. 140, STAHELIN A., NN 3ss ad art. 328 OR, ainsi que WAEBER J.-B., pp. 41ss.

<sup>2</sup> AUBERT G., N 4 ad art. 328 CO.

Alors que, traditionnellement, c'est la défense des intérêts économiques des salariés qui polarisait les débats, on porte depuis une dizaine d'années une attention accrue aux droits de la personnalité des travailleurs. Cette nouvelle perspective a été dictée par l'évolution des sociétés occidentales qui tendent à favoriser le **développement des droits de la personne** humaine sur le plan individuel<sup>3</sup>. Il en résulte que dans un nombre croissant de litiges, le travailleur réclame une indemnité pour tort moral.

Consacrée à la réparation du tort moral du travailleur par l'employeur, cette contribution comportera quatre parties. Après un bref rappel de la notion de tort moral (**chapitre II**), nous traiterons de la responsabilité de l'employeur (**chapitre III**), puis du mode et de l'étendue de la réparation (**chapitre IV**), et enfin, du caractère subsidiaire de l'art. 49 CO par rapport à des modes de réparation spécifiques existant en droit du travail (**chapitre V**).

C'est avec plaisir que nous dédions ces modestes lignes à notre éminent collègue Pierre TERCIER, lequel, après avoir consacré sa thèse de doctorat «à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse»<sup>4</sup>, a régulièrement alimenté la réflexion doctrinale, contribuant de manière décisive à l'évolution du régime juridique du tort moral en droit suisse<sup>5</sup>.

## II. La notion de tort moral

Selon l'art. 49 al. 1 CO, celui «qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement». La loi prévoit cependant qu'il n'y a pas de droit à la réparation du tort moral lorsque l'auteur de l'atteinte a donné «satisfaction autrement» à la victime (CO 49 II i.f.), par exemple, en cas de publication d'un droit de réponse ou d'une condamnation pénale dotée d'une certaine publicité<sup>6</sup>.

Le tort moral correspond aux **souffrances physiques et psychiques** que ressent la victime à la suite d'une atteinte à sa personnalité<sup>7</sup>. Il comprend nécessairement deux aspects, l'un, objectif l'autre, subjectif.

Le droit à une indemnisation fondée sur l'art. 49 al. 1 CO suppose, tout d'abord, une **atteinte objectivement grave** à la personnalité. Les biens de la personnalité protégés sont notamment la liberté, l'intégrité physique et psychique, l'intégrité sexuelle, l'honneur, la sphère personnelle, la propriété immatérielle, ainsi que, dans certains cas, les prétentions contractuelles<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> WAEBER J.-B., pp. 37ss.

<sup>4</sup> TERCIER P., Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse, Fribourg 1971.

<sup>5</sup> Cf. les références citées dans la bibliographie.

<sup>6</sup> WERRO F., N 155.

<sup>7</sup> TERCIER P., Le nouveau droit, N 2029.

<sup>8</sup> WERRO F., N 150, ainsi que l'ATF 116 II 519, JdT 1991 I 634.

Selon le Tribunal fédéral, n'importe quelle atteinte légère à la **réputation professionnelle**, économique ou sociale d'une personne ne justifie pas une réparation, comme par exemple le fait que l'employeur demande à une employée de se soumettre à un examen psychiatrique<sup>9</sup>. En revanche, le caractère passager d'une atteinte à la réputation, résultant d'un licenciement intervenu de manière brutale, implique une réparation comptentenu de l'humiliation ressentie par le travailleur<sup>10</sup>.

L'existence d'un tort moral repose, ensuite, sur le fait que l'atteinte à la personnalité, objectivement grave, ait aussi été **subjectivement ressentie** comme telle par la victime sous forme de souffrances qui ont entraîné une diminution de son bien-être<sup>11</sup>.

Comme l'a rappelé TERCIER, l'indemnité «n'est pas destinée à compenser une atteinte objective, mais les effets de cette atteinte sur le bien-être de la victime»<sup>12</sup>. Ainsi, il faut que l'atteinte ait été ressentie par la victime, subjectivement, comme une **souffrance morale suffisamment forte** pour qu'il apparaisse légitime qu'une personne, dans ces circonstances, s'adresse au juge pour obtenir réparation<sup>13</sup>.

La victime d'une atteinte grave à sa personnalité doit **prouver** les faits dont on peut déduire sa souffrance (CC 8 et CO 42 I). Elle doit également établir que le préjudice subi est dans un rapport de causalité adéquat avec l'acte fondant la responsabilité de l'auteur de l'atteinte<sup>14</sup>. Afin que le juge puisse se faire une idée de l'origine et des effets d'une telle atteinte, la victime doit faire état des circonstances qui font qu'elle l'a ressentie comme étant subjectivement grave. Le fait que le domaine des sentiments soit difficilement perceptible ne doit pas l'empêcher de procéder de la sorte<sup>15</sup>.

Ces principes ne sont pas toujours appliqués avec rigueur. En pratique, c'est souvent le critère de la difficulté pour la victime d'apporter la preuve de ses souffrances qui prédomine. On se contente alors que celle-ci établisse la réalité et la gravité de l'atteinte objective qui lui a été portée<sup>16</sup>. Dans une telle hypothèse, le Tribunal fédéral a, en effet, estimé que le juge pouvait, comme l'y autorise l'art. 42 al. 2 CO, **présumer l'existence d'un tort moral**, lequel était censé correspondre à celui que, «selon le cours ordinaire des choses», aurait éprouvé une personne normale, ou «l'homme moyen», placé dans la même situation<sup>17</sup>.

Dans des jurisprudences récentes concernant des litiges au travail, le **Tribunal fédéral** a toutefois à nouveau **distingué** de manière claire l'**aspect objectif** et l'**aspect subjectif** du tort moral. C'est ainsi que, dans un arrêt du 31 août 2007, le Tribunal fédéral a, par exemple, constaté que le fait de faire état, dans une lettre de licenciement, de

<sup>9</sup> ATF 125 III 70, 75.

<sup>10</sup> TF, 11.11.2004, 4C.259/2004, c. 1.3.

<sup>11</sup> DESCHENAUX H./TERCIER P., NN 51–52; TERCIER P., Le nouveau droit, NN 2032–2034 et WERRO E., N 153. Voir aussi DUNAND J.-P., Vers une notion, pp. 97ss.

<sup>12</sup> TERCIER P. La fixation, p. 155.

<sup>13</sup> TF, 31.8.2007, 4A\_123/2007, 4A\_125/2007, c. 7.1 et TF, 9.7.2007, 4A\_128/2007, c. 2.3.

<sup>14</sup> TF, 7.9.2004, 4C.173/2004, c. 6.1.

<sup>15</sup> ATF 120 II 97, 99, JdT 1996 I 119, 120.

<sup>16</sup> TERCIER P., Le nouveau droit, N 2060.

<sup>17</sup> ATF 128 IV 53, 71 et TF du 14 janvier 1992, SJ 1993 351, 352–353. Voir aussi TERCIER P., Le nouveau droit, N 2060 et TERCIER P., La réparation, pp. 311–312.

mensonges, menaces, insultes et tricherie, d'accuser l'employée de se faire délivrer des certificats médicaux de complaisance et de déclarer ne plus avoir confiance en sa moralité, sont des termes qui sont «objectivement» vifs. Toutefois, on ne saurait admettre que, dans le contexte de l'espèce, les reproches formulés par l'employeur aient pu, «subjectivement» atteindre l'employée «au point de la faire souffrir dans une mesure nécessitant le recours au juge»<sup>18</sup>.

### III. La responsabilité de l'employeur (CO 55 et 101)

L'employeur répond dans une très large mesure, sur les plans délictuel et contractuel (**section A**), de toute atteinte à la personnalité ou à la santé de ses travailleurs que celle-ci résulte de ses propres actes (et de ses organes) ou de ses auxiliaires (**section B**).

#### A. Responsabilités délictuelle et contractuelle

Une atteinte aux droits de la personnalité du travailleur constitue en même temps un **acte illicite**, qui engage la responsabilité délictuelle de l'employeur, et une **violation du contrat** de travail, qui engage sa responsabilité contractuelle. En effet, l'atteinte à la personnalité, qui est un droit absolu, est par principe un acte illicite au sens des art. 41ss CO. Par ailleurs, l'art. 328 al. 2 CO fonde une responsabilité contractuelle de l'employeur contre les atteintes à la personnalité et à la santé de ses travailleurs<sup>19</sup>.

Quand un acte est à la fois illicite et contraire à une obligation contractuelle, le droit suisse reconnaît au lésé un **concours alternatif d'actions**<sup>20</sup>. Dans la plupart des cas, le lésé choisira la voie contractuelle dont le régime du fardeau de la preuve (CO 97 I), de la responsabilité du fait des auxiliaires (CO 101 I) et de la prescription (CO 127) lui est plus avantageux<sup>21</sup>.

On relèvera encore que, selon certains, la protection résultant de l'art. 328 CO s'applique déjà lors des **pourparlers contractuels**<sup>22</sup>. Cette doctrine a été validée dans une décision cantonale considérant qu'il était possible qu'une postulante évincée puisse solliciter une réparation morale lorsque son non-engagement constitue une atteinte grave à sa personnalité<sup>23</sup>.

Dans le même ordre d'idée, il a été jugé qu'une offre d'emploi dans la presse ou par l'intermédiaire d'un Office régional de placement pouvait générer une atteinte à la personnalité du postulant, susceptible de réparation sur la base des règles sur la **culpa in contrahendo**, même en l'absence d'entretien d'embauche<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> TF, 31.8.2007, 4A\_123/2007, 4A\_125/2007, c. 7.2.

<sup>19</sup> ATF 72 II 255, JdT 1947 I 202.

<sup>20</sup> ATF 91 I 223, consid. VI/2.

<sup>21</sup> THÉVENOZ L., Introduction ad art. 97–109 CO, N 13, pp. 545–546 et WERRO F., NN 1475ss.

<sup>22</sup> BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, p. 140.

<sup>23</sup> TP VD, 1.6.2005, JAR 2006 531.

<sup>24</sup> TP ZH, 13.1.2006, JAR 2007 509. Voir aussi PÄRLI K., pp. 228s.

Enfin, les droits et obligations découlant de l'art. 328 CO doivent également être respectés **après la fin des rapports de travail**<sup>25</sup>. Viole ainsi cette disposition légale l'employeur qui donne à des employeurs potentiels des renseignements défavorables et erronés sur une ancienne collaboratrice<sup>26</sup>.

## B. Responsabilité pour les auxiliaires

Lorsque l'employeur est une personne morale, il faut lui imputer les actes de ses organes (CC 55 II). Par ailleurs, **l'employeur répond également des actes de ses auxiliaires** (CO 55 et 101), c'est-à-dire de ses collaborateurs, quel que soit leur niveau hiérarchique, voire de tiers extérieurs à l'entreprise lorsqu'il leur a délégués des tâches<sup>27</sup>. L'idée est que, en recourant à des auxiliaires, l'employeur augmente les risques de son activité et qu'il est juste qu'il supporte les conséquences des manquements de ceux-ci, dont il tire profit<sup>28</sup>.

On rattache la responsabilité de l'employeur pour le fait d'autrui aux **normes générales d'imputation** que sont les art. 55 (en cas d'acte illicite) et 101 (en cas d'inexécution contractuelle) CO. La question devrait cependant pouvoir être rediscutée à l'occasion des litiges croissants relatifs à la protection de la personnalité des travailleurs.

Selon l'art. 55 al. 1 CO, applicable en matière délictuelle, «[l']employeur est responsable du dommage causé par ses travailleurs ou ses autres auxiliaires dans l'accomplissement de leur travail, s'il ne prouve qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner un dommage de ce genre ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire». Cette norme consacre une **responsabilité objective simple** de l'employeur pour les dommages causés par les auxiliaires de ce dernier<sup>29</sup>.

L'employeur est tenu de réparer le dommage même si la violation ne lui est pas subjectivement imputable. La loi lui confère cependant la possibilité de se dégager de sa responsabilité en apportant des **preuves libératoires** (cf. CO 55 I). Selon l'interprétation donnée par la jurisprudence et la doctrine à cette disposition, l'appréciation du devoir de diligence de l'employeur porte sur le choix (*cura in eligendo*), l'instruction (*cura in instruendo*) et la surveillance (*cura in custodiendo*) des auxiliaires, la mise à disposition d'instruments et de matériaux appropriés, ainsi que sur l'organisation rationnelle de l'entreprise<sup>30</sup>.

Selon l'art. 101 al. 1 CO, applicable en matière d'inexécution contractuelle, «[C]elui qui, même d'une manière licite, confie à des auxiliaires, tels que des personnes vivant en ménage avec lui ou des travailleurs, le soin d'exécuter une obligation ou d'exercer un droit dérivant d'une obligation, est responsable envers l'autre partie du dommage

<sup>25</sup> BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, p. 140, ainsi que STREIFF U./VON KAENEL A., N 21 ad art. 328 CO.

<sup>26</sup> TF, 22.4.2003, 4C.379/2002.

<sup>27</sup> Cf. l'ATF 125 III 70. Voir également LEMPEN K., 250ss et THÉVENOZ L., N 11 ad art. 101 CO.

<sup>28</sup> DESCHENAUX H./TERCIER P., p. 97 et WERRO F., N 437.

<sup>29</sup> WERRO F., N 436.

<sup>30</sup> WERRO F., NN 464ss.

qu'ils causent dans l'accomplissement de leur travail». Les régimes des art. 55 et 101 CO divergent notamment par le fait que, selon cette seconde disposition, le maître est jugé sur la diligence qu'il aurait dû observer s'il avait lui-même exécuté l'obligation ou exercé son droit, et non sur la diligence qu'il aurait dû montrer en surveillant l'auxiliaire<sup>31</sup>.

Dans une affaire relative à un harcèlement psychologique, le Tribunal fédéral a eu récemment l'occasion de rappeler que la **notion d'auxiliaire** au sens de l'art. 101 CO **doit être interprétée de manière large** et s'appliquer non seulement à celui qui est soumis à l'autorité de la partie ou de son mandataire, mais encore à toute personne qui, même sans être dans une relation juridique suivie avec la partie ou son mandataire, lui prête son concours. Pour que l'art. 101 CO soit applicable, il suffit que l'auxiliaire ait agi au su et avec le consentement du débiteur, qui peut être tacite, et même s'il n'existe aucun lien de subordination entre eux<sup>32</sup>.

En l'espèce, le cas soumis au Tribunal fédéral concernait un office dépendant de l'administration cantonale vaudoise, dont le chef et les psychologues étaient des fonctionnaires du canton de Vaud, mais dont l'infrastructure administrative et le secrétariat faisaient partie de l'administration d'une commune vaudoise. Le Tribunal fédéral a admis que le chef de cet office, qui avait harcelé une employée de la commune, pouvait être considéré comme un auxiliaire de cette dernière<sup>33</sup>.

Selon l'art. 101 al. 1 CO, l'employeur ne répond que du dommage causé par ses travailleurs et auxiliaires **«dans l'accomplissement de leur travail»**. Le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire exigent que l'auxiliaire ait causé le dommage dans l'exécution des tâches, et pas seulement à l'occasion de leur exécution. Il ne suffit donc pas qu'il existe, entre cette exécution et l'acte dommageable, une relation de temps et d'espace. Il faut que le **rapport de causalité soit fonctionnel**: l'acte dommageable de l'auxiliaire doit constituer en même temps une inexécution ou une exécution défectueuse de l'obligation contractée par l'employeur à l'égard du lésé<sup>34</sup>.

Pour apprécier l'existence d'un tel rapport de causalité, on doit se demander si le débiteur devait objectivement compter sur le fait que l'auxiliaire puisse causer un dommage du genre de celui qui s'est produit (**critère de la prévisibilité objective**). Comme l'a précisé WERRO, en matière d'application de l'art. 55 CO, il faut déterminer l'étendue de la responsabilité de l'employeur en fonction du lien existant entre les risques du travail confié et l'acte de l'employé (**notion des «risques inhérents»**)<sup>35</sup>. Il n'apparaît pas choquant d'appliquer ces critères en matière de protection de la personnalité et de la santé sur le lieu de travail: l'employeur peut et doit objectivement compter sur le fait que l'un de ses auxiliaires soit susceptible de porter atteinte à la personnalité d'un collègue.

<sup>31</sup> WERRO F, N 500.

<sup>32</sup> TF, 13.10.2004, 4C.343/2003, c. 4.a et références citées.

<sup>33</sup> TF, 13.10.2004, 4C.343/2003, c. 4.2.

<sup>34</sup> TF, 24.4.2007, 4C.394/2006, c. 4.2; TF, SJ 1998 37; ATF 92 II 15, JdT 1966 I 526 et ATF 85 II 267. Voir aussi GEISER T., pp. 438s et THÉVENOZ L., ad art. 101 CO N 23, p. 601.

<sup>35</sup> WERRO F, N 459. Voir aussi GLOOR W., p. 183.

Une autre question, qui mériterait d'être approfondie, serait de préciser si l'employeur doit également répondre des atteintes perpétrées non pas dans l'accomplissement du travail lui-même, mais **en rapport avec les relations de travail** au sens large, par exemple lors de sorties de bureau ou à l'intérieur des installations sportives de l'entreprise?

L'application de l'art. 101 CO en cas d'atteinte à la personnalité sur le lieu de travail pose cependant un autre problème délicat<sup>36</sup>. Cette disposition repose sur le postulat que celui qui recourt à un auxiliaire pour s'acquitter d'une obligation envers un tiers **doit répondre de son comportement comme s'il s'agissait du sien propre**. Elle vise en premier lieu les relations contractuelles nouées entre l'employeur et un tiers (externe à l'entreprise). Il est cependant également envisageable, en second lieu, de l'appliquer dans les relations internes à l'entreprise. Encore faut-il que l'on soit effectivement en présence de l'acquiescement par l'auxiliaire d'une obligation de l'employeur envers un tiers, en l'occurrence un autre collaborateur de l'entreprise. Pour que la responsabilité de l'employeur soit engagée, il faut considérer que ce dernier a délégué à l'ensemble de ses collaborateurs son devoir de protection de la personnalité<sup>37</sup>.

En outre, la question d'éventuelles **preuves libératoire accordées** à l'employeur est problématique. On rappellera qu'en vertu de l'art. 101 al. 1 CO, celui-ci répond du comportement de son travailleur comme s'il s'agissait du sien propre. Or, cette disposition est particulièrement sévère pour l'employeur puisqu'il ne peut se libérer de sa responsabilité qu'en apportant la preuve que s'il avait agi comme son auxiliaire, on ne pourrait lui reprocher aucune faute (critère de la faute hypothétique)<sup>38</sup>. La loi instaure ainsi une **responsabilité «quasi causale» de l'employeur**<sup>39</sup>.

Dans un **arrêt récent**, le Tribunal fédéral a confirmé que l'employeur ne pouvait se libérer de sa responsabilité en démontrant qu'il avait «pris toutes les mesures nécessaires pour protéger la personnalité de la victime après que celle-ci lui a fait part de la situation, puisque l'employeur répond également des atteintes à la personnalité commises auparavant par son auxiliaire»<sup>40</sup>.

Il est vrai que l'employeur ne supportera pas forcément l'intégralité des montants versés à l'un de ses employés à titre de réparation morale. Tout d'abord, en cas d'accident professionnel, la loi fédérale sur l'assurance-accidents prévoit à certaines conditions le versement d'une **indemnité pour atteinte à l'intégrité** (cf. LAA 24). Ensuite, **l'assurance responsabilité civile d'entreprise et professionnelle de l'employeur** est susceptible d'intervenir. Enfin, celui-ci bénéficiera selon les cas d'un **droit de recours** à l'encontre de l'auxiliaire qui a causé l'atteinte (CO 55 II et 321e).

Cependant, dans la première hypothèse, l'employeur s'expose à devoir payer à la victime la partie de l'**indemnité pour tort moral non couverte par les assurances socia-**

<sup>36</sup> WYLER R., pp. 237s, lequel se prononce pour une application restrictive de CO 101 en matière de harcèlement psychologique.

<sup>37</sup> LEMPEN K., p. 252. Voir aussi GEISER T., pp. 438s et STAEHELIN A., p. 381.

<sup>38</sup> THÉVENOZ L., N 26 ad art. 101 CO. Voir aussi CCC NE, 31.1.2000, RJN 2000 122.

<sup>39</sup> TP GE, 21.11.1991, JAR 1992 166. Voir aussi STREIFF U./VON KAENEL A., N 16 ad art. 328 CO.

<sup>40</sup> TF, 9.7.2007, 4A\_128/2007, c. 2.4.

les<sup>41</sup>. Par ailleurs, dans la deuxième hypothèse, une **augmentation des primes** ou une réduction de l'étendue de la couverture de l'assurance responsabilité civile ne sont pas exclues. Enfin, dans la troisième hypothèse, guère utilisée en pratique, l'employeur se verra opposer les **facteurs de réduction** découlant de l'art. 321e al. 2 CO.

Quoiqu'il en soit, vu les problèmes d'application de l'art. 101 CO en matière de protection de l'intégrité psychique et physique des travailleurs, on peut se demander s'il ne faudrait pas considérer que l'art. 328 CO constitue une norme d'imputation spéciale opposable à l'employeur et qui permet des preuves libératoires spécifiques. On pourrait **s'inspirer de la réglementation relative au harcèlement sexuel** qui exclut le versement d'une indemnité par l'employeur à la victime du harcèlement lorsqu'il parvient à prouver «qu'il a pris les mesures que l'expérience commande, qui sont appropriées aux circonstances et que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour prévenir» un tel harcèlement (art. 5 al. 3 de la loi fédérale sur l'égalité du 24 mars 1995). Cette solution permettrait de fixer des critères identiques de responsabilité de l'employeur que la victime ait été harcelée sexuellement (et donc protégée par LEg 4) ou psychologiquement (et donc protégée par CO 328).

#### IV. Le mode et l'étendue de la réparation du tort moral

Pour fixer l'indemnité à laquelle a droit la victime, le juge doit procéder en deux temps: tout d'abord, il doit évaluer la somme maximale correspondant au tort moral subi (**section A**); ensuite, il peut réduire cette somme en tenant compte d'éventuels facteurs de réduction (**section B**)<sup>42</sup>. Hormis un cas exceptionnel, les montants alloués en Suisse à titre de réparation du tort moral du travailleur se situent entre 1000 et 25 000 fr. (**section C**).

##### A. Le calcul du dommage (CO 42 et 49)

Selon l'art. 42 al. 1 CO, la **preuve du dommage** incombe au demandeur. Lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée (CO 42 II).

La détermination de la somme allouée à titre de réparation morale relève du **pouvoir d'appréciation du juge** (CC 4). L'ampleur de cette réparation morale dépend avant tout de la gravité des souffrances physiques ou psychiques consécutives à l'atteinte subie par la victime et de la possibilité d'adoucir sensiblement, par le versement d'une somme d'argent, la douleur morale qui en résulte. Selon la jurisprudence, en raison de sa nature, l'indemnité pour tort moral, destinée à réparer un dommage qui ne peut que difficilement être réduit à une somme d'argent, échappe à toute fixation selon

<sup>41</sup> BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, p. 150.

<sup>42</sup> Cf. DESCHENAUX H./TERCIER P., pp. 261s.

des critères mathématiques, de sorte que son évaluation en chiffres ne saurait excéder certaines limites<sup>43</sup>.

Deux critères, en apparence contradictoire, sont utilisés par les tribunaux pour fixer la somme due à la victime de l'atteinte<sup>44</sup>. Premièrement, **chaque cas de tort moral est unique** dans la mesure où chaque souffrance est particulière et chacun réagit différemment au malheur qui le frappe. Il en résulte que toute comparaison avec d'autres affaires doit intervenir avec prudence. Deuxièmement toutefois, le sentiment d'équité existant dans notre pays doit être (proportionnellement) comparable dans les divers cas de tort moral. Il en résulte que des **comparaisons** sont au contraire des éléments utiles d'orientation.

Pour préserver une certaine cohérence de la jurisprudence, même dans un domaine aussi subjectif que celui du tort moral, les tribunaux ne doivent pas hésiter à recourir à une **comparaison systématique des cas**<sup>45</sup>. C'est la garantie d'une certaine unité de la réparation du tort moral et d'un traitement équitable des parties. Le juge déterminera ainsi un montant de base à allouer au lésé, en fonction de la gravité objective de l'atteinte<sup>46</sup>. Il fera ensuite usage de son pouvoir d'appréciation pour adapter le montant de base en fonction des circonstances du cas concret<sup>47</sup>. Les souffrances effectivement ressenties par la victime constitueront un élément essentiel.

La tâche des tribunaux est désormais facilitée par la **publication électronique «en ligne»** de la grande majorité des arrêts du Tribunal fédéral, ainsi que par des collections d'arrêts, d'origine privée, dont le contenu est extrêmement abondant et régulièrement actualisé<sup>48</sup>. Le Tribunal fédéral s'y réfère d'ailleurs aussi<sup>49</sup>. Evidemment, lorsqu'il s'inspire de précédents, le juge veillera à les adapter aux circonstances actuelles pour tenir compte de la **dépréciation de la monnaie**<sup>50</sup>.

Notons que, selon l'art. 49 al. 2 CO, le juge peut substituer ou ajouter à l'allocation de l'indemnité à titre de réparation morale un autre mode de réparation. Peuvent être considérés comme des autres modes de réparation les excuses, la remise d'objets, la publication d'un jugement ou encore la condamnation à un franc symbolique de dommages-intérêts<sup>51</sup>.

<sup>43</sup> Cf. ATF 130 III 699, c. 5.1 et ATF 129 IV 22, c. 7.2.

<sup>44</sup> Cf. ATF 130 III 699 c. 5.1 et TF du 10 octobre 2003, cause 6S.334/2003, c. 5.2.

<sup>45</sup> TERCIER P., Contribution, p. 243.

<sup>46</sup> WERRO, N 1273.

<sup>47</sup> WERRO, N 1276.

<sup>48</sup> HÜTTE K./DUSKSCH P./GROSS A./GUERRERO K., Le tort moral, Tableaux de jurisprudence comprenant des décisions judiciaires rendues de 1990 à 2005, Zurich 2006.

<sup>49</sup> ATF 128 IV 53, 72.

<sup>50</sup> ATF 129 IV 22, 37.

<sup>51</sup> WERRO, NN 1306s.

## B. La fixation de l'indemnité réparatrice (CO 43 et 44)

Après avoir déterminé le montant maximal auquel le lésé aurait droit, le juge doit fixer l'indemnité en prenant en compte les facteurs de réduction prévus aux art. 43 (sous-section 1) et 44 (sous-section 2) CO.

### 1. Montant de la réparation (CO 43)

Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les **circonstances** et la **gravité de la faute** (CO 43 I). Selon la doctrine et la jurisprudence, il y a lieu de tenir compte notamment, outre de la gravité de la faute, du revenu particulièrement élevé de la victime, de la complaisance, ainsi que du cas fortuit<sup>52</sup>.

L'**attitude de l'employeur** après qu'il ait eu connaissance de l'atteinte peut opérer comme **facteur de réduction**. On citera ici le cas d'une assistante sociale employée de l'Etat de Vaud qui avait été harcelée psychologiquement pendant près de trois ans par sa cheffe de groupe et en avait subi des conséquences graves pour sa santé. Le Tribunal fédéral a pris en compte, comme facteur de réduction de l'indemnité allouée à la victime, en l'occurrence fixée à 12 000 fr., l'attitude exemplaire de l'Etat de Vaud qui avait beaucoup contribué à sa réhabilitation et à atténuer ses souffrances: oreille attentive et bienveillante de la Conseillère d'Etat chargée à l'époque des faits du département concerné; sanction infligée contre la personne harceleuse; efforts pour réintégrer la victime; stage, puis création d'un emploi<sup>53</sup>.

Inversement, l'attitude de l'employeur peut aussi opérer comme un **facteur aggravant** lorsque, une fois averti, il ne prend aucune mesure sérieuse et efficace, mais au contraire licencie la victime qui se retrouve sans aucun soutien, ce qui intensifie encore l'atteinte à sa personnalité<sup>54</sup>.

### 2. Autres facteurs de réduction de l'indemnité (CO 44)

Selon l'art. 44 al. 1 CO, le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur. L'art. 44 al. 2 CO, prévoit enfin la possibilité pour le juge de réduire, dans certaines circonstances, équitablement les dommages-intérêts lorsque la réparation «exposerait le débiteur à la gêne».

C'est dans le cadre de l'art. 44 CO qu'il y a lieu de déterminer s'il est possible de tenir compte d'une faute concomitante, voire d'une prédisposition constitutionnelle du travailleur.

<sup>52</sup> WERRO, NN 1121ss et les nombreuses références doctrinales et jurisprudentielles citées.

<sup>53</sup> TF, 4.4.2003, cause 2C.2/2000, c. 4.8, JAR 2004 234.

<sup>54</sup> TF, 13.10.2004, 4C.343/2003, c. 8.2.

a) *La faute concomitante du travailleur*

Il y a **faute concomitante** lorsque le lésé omet de prendre les mesures raisonnables aptes à empêcher la survenance ou l'aggravation du dommage<sup>55</sup>.

Nous avons vu que le fait que l'employeur ignore l'atteinte à la personnalité de l'un de ses employés ne lui permet pas de se libérer de sa responsabilité contractuelle (CO 328 et 101)<sup>56</sup>. Un autre aspect serait de se demander si le juge serait légitimé à réduire les sommes allouées à la victime lorsque celle-ci n'a pas informé l'employeur de l'atteinte et que ce dernier, qui a pris toutes les mesures préventives adéquates, l'ignorait de bonne foi (cf. CC 3)<sup>57</sup>? A notre connaissance, cette question n'a pas été tranchée à ce jour.

b) *La prédisposition constitutionnelle du travailleur*

Lors d'un dommage corporel, on considère que la victime a pu présenter une **prédisposition constitutionnelle**, c'est-à-dire un état pathologique antérieur à l'atteinte, qui a augmenté le dommage de manière fortuite. La prédisposition peut être de nature physique ou psychique<sup>58</sup>.

La **prédisposition** est qualifiée d'**indépendante** lorsque l'état de santé de la victime est tel que le dommage se serait de toute manière réalisé, même sans l'accident ou sans l'atteinte à l'intégrité psychique. Elle est considérée comme liée lorsque le dommage attribuable à l'état antérieur de la victime ne se serait jamais réalisé sans l'atteinte.

Lorsque la **prédisposition** est **indépendante**, elle devrait être prise en compte dans le calcul du dommage (CO 42). En revanche, la prédisposition liée devrait, selon une partie de la doctrine, opérer comme facteur de réduction dans la détermination de l'indemnité (CO 44).

Dans une jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a admis le raisonnement consistant à opposer un **facteur de réduction** du tort moral, sous forme de «prédisposition constitutionnelle», à la **victime d'un harcèlement psychologique** parce que cette personne avait déjà été affectée par un surmenage et une dépression lors d'un précédent emploi<sup>59</sup>.

Il s'agissait du cas du directeur d'un hôtel, victime d'une décompression psychique importante justifiant son hospitalisation, puis une longue convalescence pendant les mois suivants. Son médecin traitant et le psychiatre qui l'avait suivi lors de son hospitalisation avaient attribué les causes affectant l'état de leur patient aux pressions psychologiques répétées et aux exigences trop importantes qui lui avaient été imposées par son employeur. Selon l'état de faits, le travailleur avait **déjà été affecté précédemment par**

<sup>55</sup> WERRO F., La responsabilité civile, N 1160.

<sup>56</sup> TF, 9.07.2007, 4A\_128/2007, c. 2.4.

<sup>57</sup> GLOOR W., p. 183.

<sup>58</sup> Sur la notion et les effets de la «prédisposition constitutionnelle», cf. WERRO F., NN 1196ss.

<sup>59</sup> TF, 20.3.2006, 4C.320/2005, c. 2.5.

**un surmenage et une dépression.** Même si le psychiatre avait considéré que son patient n'avait pas un profil particulièrement fragile, la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève, approuvée par le Tribunal fédéral, a considéré que le travailleur était exposé à des rechutes de même nature. La réparation morale a été fixée en l'espèce à 5000 fr<sup>60</sup>.

Nous avons eu l'occasion de critiquer cette jurisprudence dans la mesure où elle se heurte à des problèmes importants de preuve et de causalité et qu'elle s'inscrit mal dans la logique de l'art. 44 al. 1 CO<sup>61</sup>. L'**admission** d'une **prédisposition constitutionnelle** liée comme facteur de réduction est d'ailleurs **controversée**. WERRO, par exemple, s'y oppose en estimant qu'il «n'y a en effet pas de raison de diminuer ou d'exclure l'obligation de réparer de l'auteur simplement parce que la victime présente un état qui aggrave les conséquences de l'acte dommageable. Il faut considérer que le responsable n'a pas le choix de sa victime»<sup>62</sup>. Notons que, dans un arrêt rendu en 2002, le Tribunal fédéral a considéré que la prédisposition constitutionnelle liée ne justifiait pas en principe la réduction de l'indemnité due au lésé<sup>63</sup>.

Il résulte de ce qui précède qu'une prédisposition constitutionnelle psychique antérieure à une atteinte à la personnalité ne devrait en principe pas servir de facteur de réduction. Au demeurant, voudrait-on toute de même y recourir, encore faudrait-il **déterminer la quotité de la réduction sur la base de critères objectifs et équitables**. Malheureusement, dans le litige relatif au directeur d'hôtel, les juges ont procédé à une réduction de la somme due à la victime à titre de réparation morale, sans préciser le montant fixé avant la réduction ni l'ampleur de celle-ci<sup>64</sup>.

### C. Cas d'application en droit du travail

Comme nous l'avons vu, les **jurisprudences** traitant du tort moral du travailleur sont **nombreuses**. Nous citerons ici quelques décisions marquantes dans l'ordre croissant des montants alloués à titre de réparation et en indiquant l'année de la décision<sup>65</sup>.

- 1000 fr. pour une employée licenciée pour des motifs fondés, mais dont le licenciement a été porté à la connaissance des collègues de travail avant sa communication à l'intéressée (1983)<sup>66</sup>;
- 2000 fr. pour un travailleur licencié de manière brutale, forcé à quitter immédiatement les lieux, après treize ans passés au sein de l'entreprise, sans lui laisser le temps de prendre congé de ses collègues, et qui en a ressenti une forte humiliation (2004)<sup>67</sup>;

<sup>60</sup> TF, 20.3.2006, 4C.320/2005, c. 2.5.

<sup>61</sup> DUNAND J.-P., La prédisposition, pp. 17ss.

<sup>62</sup> WERRO F., N 1201.

<sup>63</sup> TF, 15.1.2002, 4C.215/2001, c. 3.

<sup>64</sup> TF, 20.3.2006, 4C.320/2005, c. 2.5.

<sup>65</sup> Pour des références à d'autres jurisprudences, cf. STREIFF U. /VON KAENEL A., NN 8, 16 et 17 ad art. 328 CO.

<sup>66</sup> TP GE, 8.2.1983, RSJ 79 (1983) 395.

<sup>67</sup> TF, 11.11.2004, 4C.259/2004, c. 1.

- 3000 fr. pour une employée victime de voies de fait et d'attouchements infligés par un employeur abusant de sa force physique, qui ont causé un hématome à sa poitrine (1988)<sup>68</sup>;
- 5000 fr. pour un travailleur renvoyé de manière abrupte, dont le bureau a été fouillé, et sur le compte duquel des rumeurs ont été répandues selon lesquelles il avait déserté son poste et voulu emporter des documents de son employeur (1993)<sup>69</sup>;
- 5000 fr. pour une employée harcelée psychologiquement pendant des mois par un cadre de l'entreprise qui tenait des propos injurieux et dégradants et adoptait des attitudes agressives, cela au vu et au su de l'employeur qui n'a pas réagi (1998)<sup>70</sup>;
- 5000 fr., en plus d'une indemnité de six mois de salaire pour licenciement abusif, pour une employée dont le supérieur hiérarchique a tenu des propos à caractère sexuel et a eu des gestes déplacés la visant particulièrement, contribuant au développement d'un ulcère et étant à l'origine d'états d'anxiété et de dépression (1999)<sup>71</sup>;
- 5000 fr. pour une personne de couleur noire qui s'entend dire lors de l'entretien d'embauche qu'elle ne peut être engagée en raison de sa couleur de peau, étant ainsi fortement atteinte dans sa dignité (2005)<sup>72</sup>;
- 5000 fr. pour une postulante suisse d'origine macédonienne qui a répondu à une offre d'emploi par l'intermédiaire d'un Office régional de placement, et dont la candidature a été écartée avant tout entretien d'embauche parce que l'employeur ne souhaitait pas engager de travailleurs originaires des Balkans ou des Musulmans (2006)<sup>73</sup>;
- 5000 fr. pour le directeur d'un hôtel harcelé psychologiquement par l'administrateur de la société qui l'employait, victime d'une décompression psychique importante justifiant son hospitalisation, puis une longue convalescence pendant les mois suivants (réduction du fait d'une prédisposition constitutionnelle) (2006)<sup>74</sup>;
- 7000 fr. pour l'annonce du licenciement immédiat du directeur des ventes par une lettre circulaire adressée à environ deux cents clients de l'employeur (1992)<sup>75</sup>;
- 10 000 fr. pour des renseignements défavorables et erronés donnés oralement à des employeurs potentiels, empêchant ainsi l'ancienne employée de retrouver du travail pendant plus de deux ans (2003)<sup>76</sup>;

<sup>68</sup> CAPH GE, 18.10.1988, SJ 1989 669.

<sup>69</sup> CAPH GE, 8.6.1993, JAR 1994 158.

<sup>70</sup> TP GE, 20.7.1998, Plädoyer 6/1999 54.

<sup>71</sup> TF, 8.1.1999, 4C.310/1998, c. 4, SJ 1999 I 277.

<sup>72</sup> TP VD, 1.6.2005, JAR 2006 531.

<sup>73</sup> TP ZH, 13.1.2006, JAR 2007 509.

<sup>74</sup> TF, 20.3.2006, 4C.320/2005, c. 2.

<sup>75</sup> TF, 14.1.1992, SJ 1993 351.

<sup>76</sup> TF, 22.4.2003, 4C.379/2002, JAR 2004 245.

- 10 000 fr. pour un juriste travaillant dans un syndicat, stigmatisé à l'égard de ses collègues et frappé d'ostracisme lors de son licenciement, accusé par presse interposée de pratiquer «l'entrisme», nuisant ainsi à sa considération sociale et professionnelle (2004)<sup>77</sup>;
- 10 000 fr. pour une employée mise sous une pression excessive en raison d'un système très contraignant d'acquisition de la clientèle, ayant subi un syndrome dépressif grave (2005)<sup>78</sup>;
- 10 000 fr., en plus d'une indemnité de six mois de salaire pour licenciement abusif, pour un employé harcelé pendant plusieurs mois sous forme d'insultes et d'accusations mensongères, qui ont mis en danger son intégrité physique et psychique (2005)<sup>79</sup>;
- 12 000 fr. pour une employée ayant dû supporter une caméra constamment braquée sur sa place de travail et dont l'employeur, après la résiliation du contrat de travail, a donné des renseignements faux à un nouvel employeur potentiel (1996)<sup>80</sup>;
- 12 000 fr. pour une employée qui a été harcelée pendant près de trois ans par sa cheffe de groupe, par une très grande agressivité envers elle, une disqualification professionnelle permanente, des tracasseries en toute genre, ayant entraîné des conséquences graves pour sa santé, notamment un arrêt de travail pendant plus de quinze mois (indemnité réduite vu l'attitude exemplaire de son employeur, en l'occurrence l'Etat de Vaud, qui a favorisé sa réhabilitation) (2003)<sup>81</sup>;
- 12 000 fr. pour une jeune fille au pair mineure qui a été cantonnée durant treize mois dans une situation proche de l'esclavage, sans congés ni vacances, travaillant tous les jours durant treize heures sans s'arrêter, quasiment privée de tout contact avec l'extérieur, ne bénéficiant pas de chambre individuelle et n'ayant pas reçu de salaire sous réserve de quelques modiques sommes (2004)<sup>82</sup>;
- 15 000 fr. pour un travailleur souffrant d'une grave dépression, provoquée par la modification brutale, imposée par l'employeur, de son environnement professionnel, après vingt-sept ans de bons et loyaux services (2003)<sup>83</sup>;
- 15 000 fr. pour un travailleur harcelé psychologiquement pendant plusieurs mois par un organe de l'employeur, sous forme d'un contrôle excessif et infantilisant, d'une attitude méprisante et déstabilisatrice, ainsi que de menaces répétitives de licenciement, ayant entraîné une dépression et une incapacité de travail de relative longue durée (2005)<sup>84</sup>;

<sup>77</sup> ATF 130 III 699, 4C.116/2004, c. 5.3.

<sup>78</sup> TE, 17.10.2005, 4C.24/2005, c. 7.

<sup>79</sup> TE, 16.6.2005, 4C.84/2005, c. 6.3.

<sup>80</sup> CAPH GE, 14.10.1996, JU-TRAV 1997 34.

<sup>81</sup> TE, 4.4.2003, 2C.2/2000, c. 4.8, JAR 2004 234.

<sup>82</sup> TE, 23.4.2004, 4C.94/2003, c. 5.4.

<sup>83</sup> CC NE, 20.8.2003, RJN 2003 176.

<sup>84</sup> CAPH GE, 14.6.2005, JAR 2006 445.

- 20 000 fr. pour un architecte soumis pendant plusieurs années au harcèlement psychologique de son employeur, sous la forme de reproches répétés, de l'attribution de tâches subalternes et de l'assignation de lieux de travail inacceptables, ayant provoqué un état dépressif entraînant plusieurs mois d'incapacité de travail (1997)<sup>85</sup>;
- 25 000 fr. pour une employée harcelée psychologiquement pendant près d'une année, sous la forme d'une mise à l'écart, de pressions vraisemblablement destinées à la faire démissionner, de directives reflétant un autoritarisme déplacé, dur, injuste, blessant, rabaissant et vexatoire, ayant subi d'importants troubles psychiques entraînant une invalidité et une incapacité totale de travailler (2004)<sup>86</sup>;
- 50 000 fr. pour une employée de maison atteinte à la tête par un coup de feu parti d'une arme exposée au mur du salon, suite à une mauvaise manipulation d'un autre employé, souffrant d'une incapacité définitive de travail et d'une perte de la vue à 80% (1986)<sup>87</sup>.

## V. Caractère subsidiaire de CO 49

Selon la jurisprudence et la doctrine dominante, les **indemnités** prévues aux art. 336a CO, en cas de congé abusif, et 337c al. 3 CO, en cas de résiliation immédiate injustifiée, ont une **double finalité**: punitive et réparatrice. Elles comprennent donc aussi la réparation morale.

Il en résulte que le travailleur ne peut, en principe, obtenir en plus de l'indemnité prévue à l'art. 336a CO un montant compensant le tort moral subi à raison du congé, car ce montant est inclus dans l'indemnité pour licenciement abusif<sup>88</sup>. Le Tribunal fédéral a cependant réservé les **situations exceptionnelles** dans lesquelles l'atteinte à la personnalité serait à ce point grave qu'un montant correspondant à six mois de salaire ne suffirait pas à la réparer<sup>89</sup>.

Par ailleurs, comme l'art. 336a al. 1 CO réserve les **dommages-intérêts qui pourraient être dus à un autre titre**, le travailleur conserve le droit de réclamer, en sus de l'indemnité prévue à l'art. 336a al. 1 CO, la réparation du préjudice résultant d'une cause autre que le caractère abusif du congé, par exemple le tort moral résultant d'un harcèlement antérieur au congé abusif<sup>90</sup>. Le Tribunal fédéral a cité, comme autre exemple, des reproches de caractère diffamatoire, n'ayant aucun lien de connexité avec la relation de travail, que l'employeur adresserait au travailleur à l'occasion de son licenciement ou encore au dénigrement du second par le premier vis-à-vis de tiers et notamment des employeurs potentiels du travailleur congédié<sup>91</sup>.

<sup>85</sup> CAPH GE, 23.6.1997, JAR 1998 154.

<sup>86</sup> TF, 13.10.2004, 4C.343/2003, c. 8.2.

<sup>87</sup> ATF 112 II 138, 145.

<sup>88</sup> WYLER R., pp. 409s.

<sup>89</sup> ATF 126 III 395, c. 9c (non publié).

<sup>90</sup> TF, 13.10.2003, cause 4C.343/2003, c. 8.

<sup>91</sup> TF 12.8.1997, JAR 1998 199.1

Dans deux arrêts rendus en 2005 dans le même contexte de faits, le **Tribunal fédéral** a appliqué ces principes dans la mesure où le tort moral alloué aux travailleurs était destiné à les indemniser pour les mois de tension vécus sur leur lieu de travail en raison de la maladie mentale du directeur, alors qu'ils avaient été congédiés parce qu'ils avaient entrepris les démarches tendant à ce que leur employeur prenne les mesures qui s'imposaient<sup>92</sup>.

De même, l'indemnité prévue à l'art. 337c al. 3 CO en cas de résiliation immédiate injustifiée couvre le tort moral subi par le travailleur<sup>93</sup>. Cependant, dans des cas particulièrement graves, où cette indemnité pourrait s'avérer insuffisante, le travailleur doit être reconnu à réclamer, en sus, une indemnité pour tort moral<sup>94</sup>.

On relèvera enfin que la loi sur l'égalité entre hommes et femmes prévoit une **indemnité** pour tort moral **spécifique** en cas de **harcèlement sexuel**. Conformément à l'art. 5 al. 3 et 4 LEg, cette indemnité est fixée compte tenu de toutes les circonstances et ne peut excéder six mois de salaire, calculé sur la base du salaire moyen suisse, soit 5674 fr. en 2006. Elle n'est pas due si l'employeur prouve «qu'il a pris les mesures que l'expérience commande, qui sont appropriées aux circonstances et que l'on peut équitablement exiger de lui» pour prévenir les actes de harcèlement sexuel ou y mettre fin. Selon la jurisprudence, dans la mesure où la loi sur l'égalité est une loi spéciale par rapport au code des obligations, la victime n'a droit qu'à une seule indemnité pour la même atteinte, l'indemnité prévue dans la LEg ne pouvant pas être cumulée avec celle de l'art. 49 CO<sup>95</sup>.

Selon l'art. 5 al. 5 LEg, les droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral sont réservés. Dans une jurisprudence récente, le Tribunal fédéral vient de préciser que pour «autant que les conditions requises soient satisfaites, la personne lésée par une discrimination peut ainsi faire valoir les droits spécifiques de l'art. 5 al. 1 à 4 LEg et, cumulativement les prétentions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral réservées à l'art. 5 al. 5 LEg»<sup>96</sup>.

Cet arrêt, concernant le cas d'une personne dont la candidature n'a pas été retenue, doit être à notre sens interprété d'une manière conforme à la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral: en cas de harcèlement sexuel, le cumul des indemnités n'est en principe pas admis, sous réserve de circonstances exceptionnelles dans lesquelles l'indemnité calculée sur la base de l'art. 5 al. 3 et 4 LEg ne permettrait pas de soulager les souffrances de la victime<sup>97</sup>; en revanche, cette dernière conserve la possibilité de demander la réparation d'un tort moral subi pour une autre raison, par exemple une atteinte à la personnalité clairement distincte du harcèlement sexuel. Un tel **régime**

<sup>92</sup> TF, 16.6.2005, 4C.50/2005, c. 5 et TF, 16.6.2005, 4C.84/2005, c. 5.

<sup>93</sup> TF, 22.2.1994, SJ 1995 802.

<sup>94</sup> WYLER R., p. 386.

<sup>95</sup> ATF 126 III 395, c. 7. Voir aussi AUBERT G., N 8 ad art. 328 CO, ainsi que BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, p. 150. Pour une critique de cette jurisprudence, cf. LEMPEN K., pp. 292ss.

<sup>96</sup> ATF 133 II 257, c. 5.3.

<sup>97</sup> WYLER R., p. 234.

nous paraît **cohérent** par rapport aux solutions retenues dans le cadre d'un licenciement abusif et d'un licenciement immédiat injustifié.

## VI. Conclusion

«Notre pays fut parmi les premiers à accorder une protection importante de la personnalité. Il importe qu'il reste dans ce domaine à l'avant-garde, ce qu'il fera en libéralisant sa pratique»<sup>98</sup>. Ce vœu émis par Pierre TERCIER dans sa remarquable thèse de doctorat a été en grande partie réalisé dans le domaine de la protection de la personnalité des travailleurs.

Nous avons vu que la jurisprudence relative à la réparation du tort moral du travailleur par l'employeur est abondante. Elle correspond à une interprétation extensive de la notion de personnalité du travailleur et aux devoirs de protection incombant à l'employeur. Les montants alloués à titre de réparation morale tendent globalement à augmenter. L'employeur se doit de **prendre en compte cette nouvelle réalité** par la mise en œuvre de **mesures préventives dans l'entreprise**. Il doit ainsi organiser le travail, définir les tâches et les responsabilités et faire usage de son droit de donner des directives afin d'éviter, de repérer rapidement ou de faire cesser toute atteinte à la personnalité et à la santé de ses employés.

---

<sup>98</sup> TERCIER P., Contribution, p. 248.

## Bibliographie

- AUBERT G., CORO, CO I, ad art. 328 CO.
- BRUNNER C./BÜHLER J.-M./WAEBER J.-B./BRUCHEZ C., Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2004, pp. 140–151.
- DESCHENAUX H./TERCIER P., La responsabilité civile, Berne 1982.
- DUNAND J.-P., Vers une notion purement «objective» du tort moral? Commentaire de l'ATF 130 III 699, in *Droit du travail* 2/2005, pp. 93–102 (cité: DUNAND J.P., Vers une notion).
- DUNAND J.-P., La «prédisposition constitutionnelle» de la victime d'un harcèlement psychologique (*mobbing*), in *Droit du travail* 1/2007, pp. 15–19 (cité: Dunand J.-P., La prédisposition).
- GEISER T., Rechtsfragen der sexuellen Belästigung und des Mobbings, in *ZBJV* 127 (2001), pp. 429–453.
- GLOOR W., Sexuelle Belästigung im Betrieb – die rechtliche Seite des Problems, in *Gewerkschaftliche Rundschau*, 81 (1989), pp. 179–188.
- LEMPEN K., Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur, Zurich 2006.
- PÄRLI K., Der Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, in *Droit du travail* 4/2005, pp. 225–235.
- STAEHELIN A., ZUKO, ad art. 328 CO.
- STREIFF U./VON KAENEL A. Arbeitsvertrag, Zurich 2006, ad. Art. 328 CO.
- TERCIER P., Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse, Fribourg 1971 (cité: TERCIER P., Contribution).
- TERCIER P., La réparation du tort moral: crise ou évolution?, in *Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux*, Fribourg 1977, pp. 307ss (cité: TERCIER P., La réparation).
- TERCIER P., Le nouveau droit de la personnalité, Zurich 1984, NN 1952–2099 (cité: TERCIER P., Le nouveau droit).
- TERCIER P., La fixation de l'indemnité pour tort moral en cas de lésions corporelles et de mort d'homme, in *Mélanges Assista*, Genève 1989, pp. 143ss (cité: TERCIER P., La fixation).
- THÉVENOZ L., CORO, CO I, ad art. 97–109 CO.
- WAEBER, J.-B., La protection de la personnalité dans les rapports de travail, in *Harcèlement au travail*, Zurich 2002, pp. 37–61.
- WERRO F., La responsabilité civile, Berne 2005.
- WYLER R., *Droit du travail*, Berne 2002.