

Semaine sociale Lamy

LE HARCÈLEMENT

MORAL

**CINQANS
APRÈS LA LOI DE
MODERNISATION
SOCIALE**

DANS L'ENTREPRISE

Actes de la journée
d'étude organisée le 15 décembre 2006
à la Faculté de droit de Nancy par le CERIT-CRDP.

Travaux coordonnés par
Patrice Adam



Le harcèlement psychologique en droit suisse

Quelques éléments de définition

Jean-Philippe Dunand, Avocat, docteur en droit, professeur de droit du travail à l'Université de Neuchâtel (Suisse)

Le harcèlement psychologique (*mobbing*) est une notion qui a été introduite dans l'ordre juridique suisse par la doctrine et la jurisprudence au moyen de l'interprétation des normes protégeant la personnalité et la santé des travailleurs. Contrairement à la France, le Parlement helvétique ne lui a consacré aucune disposition légale spécifique. Ce qui n'est pas le cas du harcèlement sexuel, régi expressément par la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (RS 151.1) ¹.

Presqu'inconnu en Suisse il y a seulement dix ans, le harcèlement psychologique est devenu une notion importante du droit suisse du travail qui occupe de plus en plus fréquemment les tribunaux. Selon une étude réalisée en 2001-2002 à la demande du secrétariat d'État suisse à l'économie (*ci-après: Seco*), près de 8 % des personnes travaillant en Suisse sont victimes de harcèlement psychologique ².

La présente contribution a pour but de présenter les contours juridiques de la notion de harcèlement psychologique (moral) en droit suisse. Les lecteurs de *La Semaine sociale Lamy* en déduiront certainement que si la notion est sans doute moins développée, moins approfondie, en Suisse que dans l'Hexagone, de nombreuses interrogations similaires ont cours dans les deux ordres juridiques. Après avoir rappelé le cadre légal, nous présenterons la définition retenue en droit suisse et effectuerons quelques délimitations entre harcèlement psychologique et conflit de travail (définition négative). Nous aborderons enfin la question de la preuve, si sensible en ce domaine. En revanche, vu les limites éditoriales, il ne sera traité ni des critères de la responsabilité de l'employeur ni des droits du travailleur harcelé. Nous citerons de nombreux arrêts du Tribunal fédéral, la plus haute instance juridictionnelle en Suisse, dont le siège se trouve à Lausanne ³. Par simplification, le mot harcèlement sera utilisé en lieu et place de la locution « *harcèlement psychologique* ».

1 LE CADRE LÉGAL

En Suisse, l'article 328 du Code des obligations (*ci-après: CO*) du 30 mars 1911 (RS 220) sur la protection de la personnalité des travailleurs sert de point d'ancrage, en ce qui concerne les relations de travail soumises au droit privé, pour traiter les cas de harcèlement sur le lieu de travail. En effet, tout harcèlement psychologique sur le lieu de travail contrevient nécessairement aux injonctions de cette disposition légale; mais l'inverse n'est pas vrai: il peut évidemment y avoir atteinte à la personnalité sans que l'on soit en présence d'un harcèlement.

Selon l'article 328, alinéa 1, CO, l'employeur « *protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité* ». On admet que la protection recouvre l'ensemble des valeurs essentielles, physiques, affectives et sociales de la personne humaine. Les biens protégés sont notamment l'intégrité et la santé physique, l'intégrité morale et la considération sociale, les libertés individuelles, y compris la liberté sexuelle, ainsi que la sphère privée ⁴.

L'article 328, alinéa 2, CO, précise encore que, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle de ses travailleurs, l'employeur doit prendre « *les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation [...], dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui* ». Cela implique aussi que l'employeur engage, forme et instruit les travailleurs en fonction de la nature de l'activité déployée et des risques qu'elle comporte ⁵.

Par ailleurs, dans la mesure où il porte atteinte à la santé du travailleur, le harcèlement est également régi par les règles de droit public de la législation sur le travail qui, dans des perspectives différentes, poursuivent pour les rapports de travail qui y sont soumis des buts analogues à l'article 328, CO ⁶.

Ainsi, selon l'article 6, alinéa 1, de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (*ci-après: LTr*) du 13 mars 1964 (RS 822.11), ●●●

1. Le Recueil systématique du droit fédéral (RS) rassemble dans un ordre systématique tous les actes législatifs de la Confédération suisse en vigueur à la date de sa dernière mise à jour. On peut le consulter gratuitement sur le site web de l'Administration fédérale (www.admin.ch/cb/fr/rs/rs.html).

2. Seco (Seco-Direction du travail), *Mobbing et autres tensions psychosociales sur le lieu de travail en Suisse*, Berne [Publication du Seco] 2003, p. 7.

3. Les arrêts du Tribunal fédéral cités dans la présente contribution peuvent être consultés gratuitement sur le site web du Tribunal (www.bger.ch/fr/index.htm).

4. Cf. Christiane Brunner/Jean-Michel Bübler/Jean-Bernard Wäber/Christian Bruchez, *Commentaire du contrat de travail*, Lausanne 2004, pp. 140-141 et Jean-Bernard Wäber, *Travail et protection de la personnalité*, in: *plädoyer* 2/02, pp. 46-51.

5. Cf. Brunner/Bübler/Wäber/Bruchez, op. cit., p. 148.

6. Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 20 juin 2003, cause 2P.207/2002, cons. 1.1.2.

Voir aussi Hans-Ulrich Scheidegger/Christine Pitteloud, *Commentaire de la loi sur le travail* (Geiser/VON Kaenel/Wyler), N 32 ad art. 6 LTr; Gabriella Wenmüst, *Mobbing ou harcèlement psychologique analysé sur le lieu de travail*, Lausanne 1999, pp. 172-174 et Rémy Wyler, *Droit du travail*, Berne 2002, p. 239.

●●● 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 ». Cette disposition a été complétée à l'occasion d'une révision du 20 mars 1998, entrée en vigueur depuis le 1^{er} août 2000, par une deuxième phrase, selon laquelle l'employeur « doit en outre prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité personnelle des travailleurs ».

L'article 2 alinéa 1 de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail du 18 août 1993 (RS 822.113) précise quant à lui que : « L'employeur est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer et d'améliorer la protection de la santé et de garantir la santé physique et psychique des travailleurs ». L'employeur doit en particulier faire en sorte que « le travail soit organisé d'une façon appropriée » (art. 2, alinéa 1, litt d'OLT 3)⁷.

2 LA DÉFINITION RETENUE

À l'origine, ce ne sont pas des juristes, mais des personnalités européennes provenant du monde de la psychologie et de la psychiatrie qui ont étudié, précisé et popularisé la notion de harcèlement psychologique au travail. Tout le monde connaît les travaux déterminants de Heinz Leymann et de Marie-France Hirigoyen⁸. C'est sur la base de ces recherches que plusieurs juristes suisses ont cherché à donner une définition du harcèlement psychologique en droit du travail⁹. Dans plusieurs de ses arrêts¹¹, le Tribunal fédéral a fait sienne la synthèse suivante proposée par M^e Jean-Bernard Waeber¹² : « Le *mobbing* est un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels une ou plusieurs personnes cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail ».

Cette définition assez large, certainement susceptible d'être affinée et précisée, a le mérite de poser un cadre général de référence permettant aux tribunaux de trouver des solutions concrètes dans chaque litige. Il est utile de se pencher sur ses diverses composantes.

3 UN ENCHAÎNEMENT DE PROPOS OU D'AGISSEMENTS HOSTILES...

La caractéristique du *mobbing* est son caractère sournois. Les propos et agissements hostiles se cachent sous des attitudes qui ont souvent l'apparence de la normalité : les attaques ne sont pas virulentes, mais au contraire de faible intensité. Seule la répétition de ces actes leur donne un caractère hostile¹³.

Comme l'a relevé finement le Tribunal fédéral la « victime est souvent placée dans une situation où chaque acte pris individuellement, auquel un témoin

a pu assister, peut éventuellement être considéré comme supportable alors que l'ensemble des agissements constitue une déstabilisation de la personnalité, poussée jusqu'à l'élimination professionnelle de la personne visée »¹⁴.

On sait que Leymann a proposé une liste de quarante-cinq agissements constitutifs de harcèlement psychologique, dont on donnera les exemples suivants¹⁵ : empêcher la victime de s'exprimer (l'interrompre constamment) et de communiquer ; l'isoler ; la déconsidérer et la ridiculiser auprès de ses collègues ; lui attribuer de nouvelles tâches sans même la consulter ; lui donner des tâches nettement inférieures ou nettement supérieures à ses compétences pour la discréditer.

La Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral a retenu quelques agissements caractéristiques : empêcher la victime de s'exprimer, s'en prendre à sa considération sociale (la critiquer derrière son dos, se moquer d'elle), critiquer constamment la qualité de son travail ou s'en prendre à des éléments de sa vie privée¹⁶.

Particulièrement révélateur est le cas traité au mois de juin 1997 par la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève¹⁷. Un travailleur, au service de la même entreprise depuis plus de vingt ans en qualité d'architecte, avait été contraint par son employeur de travailler dans des conditions inacceptables. Ce dernier avait tout fait pour tenter de dégoûter son employé, approchant l'âge de la retraite, et l'amener à résilier son contrat de durée déterminée avant l'échéance. Pendant plusieurs années, l'employé avait dû exécuter des tâches subalternes, sans rapport avec ses qualifications, avait subi de manière répétée des reproches relatifs à la qualité de son activité et s'était vu assigner différents lieux de travail ne présentant pas les exigences d'hygiène requises et non équipés pour permettre la réalisation de travaux de dessinateur architecte. Il avait, en effet, été placé successivement : dans un bureau-container dépourvu de sanitaires, situé sur un chantier ; dans un bureau accessible à tous, sans téléphone, sans documentation technique nécessaire ; enfin, dans un bureau situé si loin dans la campagne genevoise qu'il lui était très difficile de s'y rendre, vu l'absence de transports publics adéquats et le fait qu'il n'était pas motorisé. Le travailleur avait fini par tomber dans un état dépressif sérieux occasionnant une longue incapacité de travail.

Par ailleurs, le Tribunal fédéral a précisé que, par définition, le harcèlement psychologique résultait de comportements humains actifs ou passifs et non de simples situations matérielles. Ne relèvent ainsi pas d'un processus de harcèlement le fait que le supérieur hiérarchique n'ait pas suffisamment de temps à consacrer à son personnel ou encore que la structure et l'aménagement des locaux de travail soient peu propices aux contacts entre employés¹⁸.

●... répétés fréquemment pendant une assez longue période

Comme nous l'avons vu, ce n'est en principe pas l'intensité des actes ou propos mais leur caractère répétitif qui fonde le caractère répréhensible du

mobbing. Leymann a suggéré que de tels actes devaient se répéter plusieurs fois par semaine pendant environ six mois¹⁹. Ces critères sont certainement trop restrictifs pour qu'ils puissent être reconnus comme impératifs. Ils expriment toutefois une nécessité pour que l'on soit en présence d'un véritable harcèlement psychologique : l'existence d'actes hostiles répétés de manière fréquente et durable. Le Tribunal fédéral l'a retenu dans son arrêt du 20 juin 2003, déjà cité :

« C'est à tort que la recourante soutient que le *mobbing* devait être admis sur la seule base de la disparition des données informatiques. Par définition, le harcèlement psychologique est constitué par un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés de manière fréquente et durable. A contrario, le *mobbing* ne saurait résulter d'un seul acte hostile ou de quelques comportements isolés, même si ces derniers causent un préjudice ou constituent une véritable atteinte à la personnalité du travailleur. Ainsi, il n'est pas arbitraire de considérer qu'un seul acte hostile, ni même deux, ne suffisent pas à former un tel enchaînement, partant un harcèlement psychologique »²⁰.

Le critère de la durée a également été pris en compte dans une décision récente de la Commission de recours du Tribunal fédéral : « le *mobbing* suppose un élément de durée, pendant lequel les agissements hostiles doivent se répéter. En toute logique, plus la période durant laquelle l'employé se plaint de harcèlement est courte, plus les actes allégués doivent être graves. En l'espèce, la recourante est demeurée en fonction moins de six mois. Si cette période n'exclut pas tout harcèlement, elle suppose cependant que cette employée ait fait l'objet d'actes hostiles plus sérieux que les tensions et reproches qu'elle invoque »²¹.

●... par lesquels une ou plusieurs personnes

Au sens strict, le *mobbing* est une forme de harcèlement déployée par un groupe contre un individu. Dans un sens large ou dans une acception quotidienne, on utilise le terme *mobbing* aussi pour qualifier le harcèlement d'un individu par un autre individu. Lorsqu'il s'agit du harcèlement d'un subordonné par son supérieur, on emploie parfois le terme de *bossing*, de l'anglais bossy, signifiant « autoritaire », « tyrannique ». On parle de *mobbing* horizontal lorsqu'il a lieu entre collègues de travail et de *mobbing* vertical lorsqu'il a lieu entre personnes ayant un niveau hiérarchique différent. Il est dit descendant quand le cadre est le harceleur (*bossing*) et ascendant quand le cadre est harcelé²².

On se demande parfois s'il existe des profils-type de harceleur et de harcelé. En réalité, c'est la position socio-économique et le statut hiérarchique des personnes en cause qui sont déterminants. Selon l'étude précitée du Seco, le harceleur est le supérieur hiérarchique dans plus de 50 % des cas, les collègues ne représentant que 16 % et les subordonnés 13 % des cas de harcèlement²³. Dans certaines branches économiques, les harcèlements sont plus fréquents. Ainsi, toujours selon l'étude du Seco, la branche hôtellerie, restauration et tourisme est celle qui affiche le taux de *mobbing* le plus élevé (15,6 %). Par ailleurs, les étrangers (10,5 %) sont plus touchés que les Suisses (6,9 %) par le *mobbing*²⁴.

●... cherchent à isoler, marginaliser ou à exclure une personne sur son lieu de travail

En principe, comme le Tribunal fédéral l'a précisé, les agissements de l'auteur du harcèlement constituent une déstabilisation de la personnalité, poussée jusqu'à l'élimination professionnelle de la personne visée²⁵.

La prise en compte, dans la définition du *mobbing*, de la volonté de l'(des) auteur(s) d'obtenir l'exclusion de la victime de son poste de travail est cependant controversée. Le plus souvent, cette intention est présente. On devrait toutefois admettre qu'il puisse y avoir harcèlement psychologique (par pure chicane ou méchanceté) sans volonté d'exclure définitivement la personne du lieu de travail²⁶.

Plus que les intentions du harceleur c'est finalement l'effet de ses agissements sur la personnalité et la santé de la victime qui est déterminant. On sait que le harcèlement a souvent des conséquences graves. Il provoque non seulement une réduction significative, puis un anéantissement de la capacité de travail, mais aussi des souffrances importantes qui entraînent des problèmes médicaux, sociaux et familiaux, pouvant amener à la dépression, aux idées suicidaires, aux toxicodépendances et à l'invalidité²⁷.

4 TOUT CONFLIT DE TRAVAIL NE CONSTITUE PAS UN HARCELEMENT

En pratique, il n'est guère aisé de déterminer dans un litige s'il y a effectivement eu des actes de harcèlement. Comme le relève Aubert : « Du harcèlement il faut distinguer le stress professionnel (dont l'excès peut provoquer le surmenage) et le conflit ouvert (par exemple en cas d'insubordination). Confronté à des problèmes nouveaux, le juge devra distinguer entre, d'une part, le réel anéantissement du salarié par suite de manœuvres cruelles et, d'autre part, les procédés du travailleur qui se croit victime de "mobbing" à la suite d'une déception professionnelle ou veut échapper à l'exercice (parfois maladroit) de l'autorité hiérarchique »²⁸. Dans le même sens, le Tribunal fédéral a précisé que si « le "mobbing" est un conflit de travail, l'inverse n'est pas vrai : il peut y avoir conflit de travail sans "mobbing" »²⁹.

Dans une jurisprudence récente relative à une vendeuse affectée à une boutique de Zurich, le Tribunal fédéral a pris soin de distinguer les deux hypothèses : « il apparaît que l'on se trouve de manière caractéristique en présence d'un conflit dans les relations professionnelles dont tant la directrice de la boutique de Zurich, par ses propos inadmissibles envers ses subordonnées, que la demanderesse [la collaboratrice se plaignant de harcèlement], par son comportement vindicatif à l'égard de la direction, partagent la responsabilité. En revanche, l'arrêt attaqué ne met pas en évidence un faisceau d'indices convergents démontrant que la demanderesse aurait subi un ensemble d'agissements tendant à déstabiliser sa personnalité et pouvant aller jusqu'à son élimination professionnelle, ce qui serait de nature à établir l'existence d'actes de harcèlement psychologique »³⁰.

7. Sur cette disposition, cf. Seco, Commentaire des ordonnances 3 et 4 relatives à la loi sur le travail, Berne 1995, mise à jour 2006, NN 302-1 à 302-4.

8. Heinz Leymann, *Mobbing, la persécution au travail*, Paris 1996.

9. Marie-France Hirigoyen, *Le harcèlement moral, la violence perverse au quotidien*, Paris 1998. Voir aussi, de la même auteure, *Harcèlement et conflits au travail*, in : *Harcèlement au travail*, Zurich 2002, pp. 9-34.

10. Manfred Rehbinder/Alexander Krausz, *Psychoterror am Arbeitsplatz. Mobbing und Bossing und das Arbeitsrecht*, in ArbR [Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht] 1996, p. 19 ; Jean-Bernard Waeber, *Le mobbing ou harcèlement psychologique au travail, quelles solutions ?*, in : *Pratique juridique actuelle* 7/98, pp. 792s et Wemmüst, op. cit., pp. 21-40.

11. Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 13 octobre 2004, cause 4C.343/2003, cons. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral du 20 juin 2003, cause 2P.207/2002, consid. 4.2 et arrêt du Tribunal fédéral du 4 avril 2003, cause 2C.2/2000, consid. 2.3.

12. Waeber, op. cit., p. 792.
13. Cf. Waeber, op. cit., p. 795.
14. Voir aussi, Brunner/Bühler/Waeber/Bruce, op. cit., p. 144 ; Rehbinder/Krausz, op. cit., pp. 30-31 et Wylers, op. cit., p. 237.

15. Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 13 octobre 2004, cause 4C.343/2003, consid. 3.1 et arrêt du Tribunal fédéral du 16 octobre 2001, cause 1P.509/2001, consid. 2b.

16. Cf. Leymann, op. cit., pp. 28-29.

17. Cf. décision de la Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral du 10 mai 2001, in : JAAC [Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération] 65.96 [2001], consid. 4.b.

18. Cf. arrêt de la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève du 23 juin 1997, cause VIII/1073/95, in : JAR [Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts] 1998, p. 154.

19. Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 22 avril 2005, cause 2A.312/2004, consid. 6.2.

19. Cf. Leymann, op. cit., p. 27.

20. Arrêt du Tribunal fédéral du 20 juin 2003, cause 2P.207/2002, consid. 4.3.2.

21. Jugement de la Commission de recours du Tribunal fédéral du 5 octobre 2005, cause RK2-2005, in : JAAC [Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération] 70.4 [2006], consid. 4.4.2.

22. Sur les différentes formes de harcèlement psychologique au travail, cf. Wemmüst, op. cit., pp. 23-32. Voir aussi, Gabriel Aubert/Jean-Marc Guinard/Marc Picot (éd.), *Harcèlement au travail*, Zurich, 2002.

23. Cf. Seco, op. cit., p. 23.

24. Cf. Seco, op. cit., p. 24.

25. Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 13 octobre 2004, cause 4C.343/2003, consid. 3.1.

26. Cf. Waeber, op. cit., p. 792.

27. Cf. Rehbinder/Krausz, op. cit., pp. 28-29 et Waeber, op. cit., p. 792. Sur ces questions, voir aussi Hirigoyen (n. 15 [1998]) et Dorothee Ramant, *Journal d'un médecin du travail. La souffrance au travail*, Paris 2006.

28. Cf. Gabriel Aubert, *Commentaire romand, Code des obligations I*, Genève-Bâle-Münich 2003, N 4 ad art. 328 CO, p. 1729.

29. Arrêt du Tribunal fédéral du 13 juillet 2004, cause 2P.39/2004, consid. 4.2.

30. Arrêt du Tribunal fédéral du 29 mars 2006, cause 4C.414/2005, consid. 3.1.

●●● Le Tribunal cantonal vaudois a quant à lui décidé qu'il était abusif pour un travailleur licencié d'actionner son ancien employeur en réparation du tort moral sur la base d'un prétendu *mobbing*, alors qu'il avait été le principal protagoniste, voire l'instigateur du climat socioprofessionnel malsain qui régnait au sein de l'entreprise. En particulier, le travailleur avait eu en l'espèce des attitudes et propos quotidiens de nature à blesser et à déstabiliser les personnes et parfois même à les dresser les unes contre les autres³¹.

Le simple fait, pour l'employeur, d'exiger certains comportements de son travailleur et de le menacer de sanctions en cas d'inexécution, ne saurait en principe être considéré comme une manifestation de harcèlement. Il faut rappeler qu'il résulte de la nature même du contrat de travail que le travailleur soit subordonné à son employeur. Selon l'article 321a, alinéa 1, CO, le travailleur exécute avec soin le travail qui lui est confié et sauvegarde fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur. Celui-ci peut établir des directives générales ou donner des instructions particulières à son travailleur sur l'exécution du travail (art. 321d, al. 1, CO). Le travailleur doit observer ces directives et instructions selon les règles de la bonne foi (art. 321d, al. 2, CO)³². Les reproches formulés par l'employeur sont parfaitement admissibles lorsqu'ils se fondent sur des faits objectifs et qu'ils ne constituent pas de faux prétextes destinés à écarter un collaborateur de l'entreprise³³.

De nombreuses jurisprudences ont approfondi cette problématique. C'est ainsi que dans un arrêt du 20 juin 2003 relatif à une éducatrice qui se plaignait d'être victime d'un harcèlement, le Tribunal fédéral a rappelé le droit de l'employeur, en l'espèce une entité publique, à exiger d'un collaborateur qu'il se conforme à ses obligations:

« Il n'y a toutefois pas harcèlement psychologique du seul fait qu'un conflit existe dans les relations professionnelles [...] ni d'une mauvaise ambiance de travail [...] ni du fait qu'un membre du personnel serait invité – même de façon pressante, répétée, au besoin sous la menace de sanctions disciplinaires ou d'une procédure de licenciement – à se conformer à ses obligations résultant du rapport de travail, ou encore du fait qu'un supérieur hiérarchique n'aurait pas satisfait pleinement et toujours aux devoirs qui lui incombent à l'égard de ses collaboratrices et collaborateurs. Comme le Conseil d'État le relève encore de façon pertinente dans la décision attaquée, il résulte des particularités du *mobbing* que ce dernier est généralement difficile à prouver, si bien qu'il faut savoir admettre son existence sur la base d'un faisceau d'indices convergents, mais aussi garder à l'esprit qu'il peut n'être qu'imaginaire, sinon même être allégué abusivement pour tenter de se protéger contre des remarques et mesures pourtant justifiées »³⁴.

Dans même sens, le Tribunal cantonal valaisan a estimé que le supérieur hiérarchique avait le droit, sans que cela constitue une pratique de *mobbing*, de manifester de la contrariété à l'endroit d'une employée, et même de la traiter parfois durement et d'avoir un ressentiment grandissant à son égard, lorsqu'il s'agissait de sanctionner son insubordination et ses insuffisances au travail, ainsi que son refus obstiné de modifier son comportement³⁵.

De manière comparable, la Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral a jugé que la rédaction de notes concernant un collaborateur ne constituait pas en tant que telle une forme de persécution, mais représentait une manière tout à fait adéquate à disposition du supérieur hiérarchique pour faire face à ses devoirs de service. Admettre l'existence d'un *mobbing* pour cette seule raison reviendrait à empêcher l'administration d'établir les manquements de son collaborateur, et par voie de conséquence, à la priver d'adopter des mesures disciplinaires à l'encontre de celui-ci³⁶.

Dans une autre décision, cette commission a cependant précisé qu'une évaluation ou notation d'un employé pouvait constituer un acte de *mobbing* lorsqu'elle était détournée de sa finalité et avait pour objectif ainsi que pour effet de porter atteinte à la personnalité du travailleur, notamment par la teneur des observations et par la manière dont les notes étaient systématiquement attribuées³⁷.

5 LA PREUVE DU HARCÈLEMENT

En pratique, on sait que la question de la preuve du harcèlement est fort délicate. Pour exercer légitimement ses droits, le travailleur est tenu de prouver les actes de harcèlement dont il se plaint. Il s'agit de l'application du principe général défini à l'article 8 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210), selon lequel chaque partie doit prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire un droit.

La jurisprudence tient toutefois compte de la spécificité du harcèlement qui, comme nous l'avons vu, se cache souvent sous l'apparence de la normalité. Ainsi, dans son arrêt du 20 juin 2003, déjà cité, le Tribunal fédéral a précisé qu'il « résulte des particularités du *mobbing* que ce dernier est généralement difficile à prouver, si bien qu'il faut savoir admettre son existence sur la base d'un faisceau d'indices convergents ».

Par ailleurs, le Tribunal fédéral a eu l'occasion, dans le cadre d'un recours de droit public relatif à un cas de harcèlement, de rappeler quelques principes généraux en matière de prise en compte d'une expertise³⁸.

En l'espèce, une expertise avait été ordonnée à l'occasion d'un litige opposant une boursière communale non permanente et la municipalité d'une commune. Il faut noter que parallèlement à son activité de boursière, la collaboratrice avait également travaillé au service d'une banque. L'experte avait conclu que l'invalidité de l'employée était due à l'apparition d'un état dépressif sévère, conséquence d'un processus de harcèlement psychologique subi de la part de ses deux employeurs. La Cour cantonale a estimé que les comportements répétitifs qui ressortaient de l'expertise, imputables à la commune, pouvaient être de nature, s'ils avaient été établis, à être constitutifs de *mobbing*. Toutefois, selon la Cour, ces comportements n'avaient pas à être pris en compte, car ils résultaient des seules déclarations de l'employée [ce qui n'était pas vrai] et qu'ils n'avaient été ni allégués ni prouvés.

Le Tribunal fédéral a rejeté à juste titre cette argumentation³⁹. Selon notre Haute Cour, le juge doit, certes, apprécier librement la valeur et la portée des expertises, mais, s'il statue contrairement aux conclusions de l'expertise, il est tenu de donner dans son jugement les motifs de sa conviction. Ce n'est que lorsque des circonstances bien établies viennent ébranler sérieusement la crédibilité d'une expertise judiciaire que le juge peut ne pas suivre les conclusions de l'expert. En revanche, si les conclusions d'une expertise lui semblent douteuses, il lui appartient d'ordonner des preuves complémentaires pour dissiper ses doutes. À défaut, sa décision risque d'être considérée comme arbitraire (cf. art. 9 de la Constitution fédérale).

Notons enfin que, dans le cadre du même litige, mais cette fois-ci en procédure en réforme, le Tribunal fédéral a précisé qu'en cas de concours de responsabilité, en l'occurrence de la commune et de la banque ayant employé la victime, celle-ci n'avait pas à démontrer que la personne qu'elle recherchait était seule responsable du dommage. Cette conclusion résulte du régime juridique de la responsabilité plurale, selon lequel la victime peut en principe agir contre un seul des responsables et exiger de lui la réparation de tout le préjudice (cf. art. 144, CO)⁴⁰.

Enfin, dans un arrêt encore plus récent relatif au harcèlement sexuel d'un homme par une femme, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'était pas arbitraire d'admettre l'existence d'un harcèlement sexuel sur la base de témoignages indirects, ainsi que d'une expertise effectuée deux ans après les faits⁴¹.

6 PERSPECTIVES

Au-delà des mots et des formules choisies, il nous semble que la notion jurisprudentielle et doctrinale du harcèlement psychologique en droit suisse contient finalement des contours juridiques assez similaires à la notion légale du harcèlement moral qui résulte de l'article L. 122-49 du Code français du travail.

La comparaison de l'efficacité des deux systèmes en termes de protection des travailleurs nécessiterait des études complémentaires sur les droits effectifs qui sont conférés aux personnes harcelées dans les deux ordres juridiques. Nul doute que l'adoption de la loi sur la modernisation sociale du 17 janvier 2002 a eu à tout le moins une portée symbolique considérable. ■

31. Cf. arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 25 avril 2001, in : SJZ [Schweizerische Juristen-Zeitung] 98 (2002), pp. 447-448.

32. Cf. arrêt du Tribunal d'appel du canton du Tessin du 12 septembre 2003, consid. 8b, in : JAR [Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrecht] 2004, pp. 553-554.

33. Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 12 octobre 2004, cause 4C.276/2004, consid. 4.2.

34. Arrêt du Tribunal fédéral du 20 juin 2003, cause 2P.207/2002, consid. 4.2.

35. Cf. arrêt du Tribunal cantonal valaisan du 6 juillet 1998, in : RVJ [Revue valaisanne de jurisprudence] 2000, pp. 177-184.

36. Cf. décision de la Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral du 28 juin 2000 en la cause CRP 1999-019, consid. 6c, in : JAAC [Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération] 65 14 [2001].

37. Cf. décision de la Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral du 12 mai 2004, cause CRP 2003-038, consid. 5.b.dd, in : JAAC [Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération] 68 122 [2004].

38. Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 21 février 2006, cause 4P.329/2005, consid. 3.

39. Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 21 février 2006, cause 4P.329/2005, consid. 3.2-5.

40. Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 21 février 2006, cause 4C.201/2005, consid. 6.

41. Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 19 décembre 2006, cause 4P.214/2006, consid. 2.2.