

Avant-propos

Les conflits interpersonnels au travail existent depuis la nuit des temps. Curieusement, les juristes n'y ont toutefois porté que peu d'attention. La prise de conscience assez récente de la nécessité de protéger la santé et la personnalité des travailleuses et travailleurs, les évolutions du droit international, ainsi que de nouvelles jurisprudences du Tribunal fédéral ont marqué un changement de cap profond. Il s'agit désormais de clarifier ce qu'est un conflit, comment le prévenir, le gérer et y mettre fin. Il s'agit aussi de déterminer l'impact des conflits au travail sur le droit aux prestations des assurances.

Pour tenter de répondre aux principales questions juridiques concernant les conflits interpersonnels en droit privé du travail et en droit de la fonction publique, un colloque a été organisé le 12 février 2015 à l'Université de Neuchâtel conjointement par la Chambre neuchâteloise de commerce et de l'industrie (CNCI) et le Centre d'étude des relations de travail (CERT). L'ouvrage comprend les actes du colloque sous la forme de dix articles rédigés par treize contributrices et contributeurs actifs dans l'enseignement et/ou la pratique du droit du travail, des ressources humaines, de la médiation et de la psychologie du travail.

Nos remerciements vont en premier lieu aux auteur(e)s qui ont rédigé des contributions de qualité malgré leur emploi du temps chargé. Ils s'adressent aussi à Mesdames Joanna David (cheffe de projet auprès de Schulthess éditions romandes), Leticia Boni (avocate, assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel), Sylvia Staehli (assistante de direction à l'Université de Neuchâtel) et Anouk Gillabert (collaboratrice administrative à l'Université de Neuchâtel) pour leur collaboration efficace à l'édition de l'ouvrage.

Neuchâtel, février 2015

Prof. Jean-Philippe Dunand
Prof. Pascal Mahon
Co-directeurs du CERT

Table des matières

Première partie - Cadre général et principes

A. Notion de conflit en psychologie du travail

Les conflits au travail : toujours néfastes1

Rebekka Steiner

Doctorante en comportement organisationnel à l'Université de Lausanne

Franciska Krings

Docteure en psychologie, professeure en comportement organisationnel à l'Université de Lausanne

B. Prévention des conflits

L'obligation de l'employeur de prévenir les conflits interpersonnels (sources, concrétisation et responsabilité)..... 29

Jean-Philippe Dunand

Docteur en droit, avocat, professeur à l'Université de Neuchâtel

Sandrine Tornare

Avocate, médiatrice, chargée d'enseignement suppléante à l'Université de Genève

C. Gestion des conflits

Gestion des conflits : défis, réflexions, outils..... 73

Luc Wenger

Médiateur, spécialiste en gestion des conflits au travail

D. Sanctions

Conflits au travail - Sanctions109

Marie-Gisèle Danthe

Docteure en droit, avocate, spécialiste FSA en droit du travail

Deuxième partie – Domaines spécifiques

A. Fonction publique

Conflits et fonction publique : instruments.....145

Valérie Défago Gaudin

Docteure en droit, avocate, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel

B. Assurances privées et sociales

L'impact des conflits au travail sur le droit aux prestations des assurances...179

Anne-Sylvie Dupont

Docteure en droit, avocate, spécialiste FSA responsabilité civile et droit des assurances, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel

C. Droit français

Le traitement des conflits relationnels au travail en droit français.....205

Hélène Ecoutin

Avocate, Master professionnel en droit du travail à l'Université d'Auvergne

Troisième partie – Dispositifs de prévention et gestion des conflits

A. Secteur privé

Le service de prévention et gestion des conflits internes des Chambres de commerce et de l'industrie suisses.....231

Régine Delley

Avocate, CNCI, responsable du conseil juridique aux entreprises i-lex

Norma Streit-Luzio

Juriste, sous-directrice CVCI, responsable arbitrage et médiation

B. Secteur public

Le groupe Impact : 15 ans de gestion des conflits et de traitement des situations de harcèlement dans une administration publique	247
--	------------

Nicole Golay

Directrice du groupe Impact de l'administration publique vaudoise

C. Harcèlement sexuel

Les procédures relatives au harcèlement sexuel dans le secteur privé ou public	265
---	------------

Karine Lempen

Docteure en droit, collaboratrice scientifique auprès du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes

Table des abréviations

ACV	Administration cantonale vaudoise
ad	à
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle
al.	alinéa(s)
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
art.	article(s)
ATA	Arrêt du Tribunal administratif genevois
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
ATSG	Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts
BEFH	Bureau de l'égalité entre femmes et hommes (Vaud)
c.	contre
CA	Cour d'appel (abréviation française)
CAPH	Cour d'appel des prud'hommes
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CCMES	Commission spéciale de conciliation en matière d'égalité des sexes dans les rapports de travail (Fribourg)
CCT	Convention collective de travail
CE	Comité d'entreprise (abréviation française)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101
CF	Conseil fédéral
cf.	confer
CGA	Conditions générales des assurances
ch.	chiffre(s)
CHSCT	Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (abréviation française)
CIM	Classification internationale des maladies/Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Code des obligations), RS 220
consid.	considérant (s)
contra	d'un avis contraire
COPIL	Comité pilotage (Vaud)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, RS 312.0

Table des abréviations

Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
DDPS	Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports
DFF	Département fédéral des finances
DP	Délégués du personnel (abréviation française)
DTA	Revue de Droit du travail et assurance-chômage, Zurich
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
etc.	et cetera
FER-Ge	Fédération des entreprises romandes, Genève
FF	Feuille fédérale
FSM	Fédération suisse des médiateurs
ibidem	renvoie à la note précédente
ICD	International Statistical Classification of diseases and Related Health Problem
ICF	International coach federation
IFAGE	Fondation pour la formation des adultes, Genève
in fine	à la fin
infra	plus bas
IRP	Institutions représentatives du personnel
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, Berne
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts, Berne
JdT	Journal des Tribunaux, Lausanne
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981, RS 832.20
LAFam	Loi fédérale sur les allocations familiales du 24 mars 2006, RS 836.2
LAI	Loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959, RS 831.20
LAM	Loi fédérale sur l'assurance militaire du 19 juin 1992, RS 833.1
LAPG	Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952, RS 834.1
LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946, RS 831.10
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908, RS 221.229.1
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (Loi sur l'égalité), RS 151.1
let.	lettre(s)
LInfo	Loi sur l'information (cantonale)
LIPAD	Loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (cantonale)

LOGA	Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997, RS 172.010
Loi sur la participation	Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17 décembre 1993, RS 822.14
LPAC	Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements public médicaux (cantonale)
LPers	Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000, RS 172.220.1
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000, RS 830.1
LSt	Loi sur le statut de la fonction publique, RS NE 152.510
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, RS 173.110
LTr	Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (Loi sur le travail), RS 822.11
N	note(s) marginale(s) et numéro (s)
OACI	Ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983, RS 837.02
OFJ	Office fédéral de la justice
OIT	Organisation Internationale du Travail
OLAA	Ordonnance sur l'assurance-accidents du 20 décembre 1982, RS 832.202
OLOGA	Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 25 novembre 1998, RS 172.010.1
OLT 1	Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail, RS 822.111
OLT 3	Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (Hygiène), RS 822.113
OPers	Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001, RS 172.220.111.3.
OPFER	Office fédéral du personnel
p.	page(s)
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968, RS 172.021
PAE	Programme d'aide aux Employés (abréviation canadienne)
P-CO	Message du Conseil fédéral sur la révision partielle du code des obligations (Protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur), FF 2013 8547 ss (Projet)
PRK	Personalrekurskommission
RCTH	Règlement vaudois relatif à la gestion des conflits au travail et à la lutte contre le harcèlement du 9 décembre 2002, RSV 172.31.7
RDS	Revue de droit suisse
REAS	Responsabilité et Assurances (revue), Zurich
réf.	référence(s)

Table des abréviations

Rés.	résumé
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RPPers	Règlement relatif à la protection de la personnalité (cantonal)
RS	Recueil systématique des lois fédérales (ou cantonales)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence, Zurich
s.	suivant
SAE	Service d'aide aux employés (abréviation canadienne)
SCRIS	Service statistique sur les conditions de travail et l'égalité dans l'administration vaudoise
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
sic!	Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence, Zurich
SJ	La Semaine judiciaire, Genève
ss	suivants
supra	plus haut
TAF	Tribunal administratif fédéral
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
TPH	Tribunal des Prud'hommes
TRIPAC	Tribunal de prud'hommes de l'administration cantonale (Vaud)
vol.	volume(s)

Première partie - Cadre général et principes

A. Notion de conflit en psychologie du travail

REBEKKA STEINER et FRANCISKA KRINGS

Les conflits au travail : toujours néfastes ?

Sommaire	Page
I. Introduction	2
II. Définitions	3
A. Définir et diagnostiquer un conflit : l'importance du sentiment subjectif	3
B. Conflit de tâche et conflit relationnel	4
C. Démarcation des conflits relationnels du mobbing	5
III. Origines des conflits	6
A. Diversité	6
1. Catégorisation sociale et similarité-attraction à l'origine des conflits relationnels	7
2. Processus d'information à l'origine des conflits de tâche	7
3. Résultats de méta-analyses sur la diversité comme origine des conflits	8
4. Diversité perçue	10
B. Autres origines	11
IV. Conséquences des conflits	12
A. Conséquences des conflits relationnels	12
1. Conséquences des conflits relationnels sur la performance	13
2. Conséquences des conflits relationnels sur les attitudes de groupe	13
B. Conséquences des conflits de tâche	14
1. Conséquences des conflits de tâche sur la performance	15
2. Conséquences des conflits de tâche sur les attitudes de groupe	17
C. Recherches sur les conséquences des conflits, au-delà de la différenciation entre conflit de tâche et conflit relationnel	18
1. Asymétrie de conflit	18
2. Conflit entre femmes ; conséquences particulièrement néfastes?	18
V. Conclusions	19
A. Quel conflit est le plus néfaste : conflit relationnel ou conflit de tâche ?	20
B. Perspectives de recherches : gestion des conflits et implication pour la performance	21
VI. Bibliographie	22

I. Introduction

Beaucoup d'entreprises ont fait des progrès envers des modèles de travail se basant sur des structures moins hiérarchiques, comme c'est le cas pour le travail en groupe ou équipe¹ (p. ex. ILEGEN, 1999). Un groupe organisationnel peut être défini comme « *un ensemble de personnes - souvent plus que deux - qui sont interdépendantes par rapport à leurs tâches, qui partagent la responsabilité pour les résultats du groupe, qui se voient et qui sont perçues par les autres comme une entité sociale dans l'organisation* » (p. ex. COHEN/BAILEY, 1997 ; JEHN, 1995). Travailler en groupe est généralement lié à des aspects positifs, qu'une augmentation de créativité liée aux différentes connaissances des membres, mais aussi à des enjeux considérables, dont les conflits font partie (p. ex. DE DREU/WEINGART, 2003) avec un impact potentiel sur la performance du groupe. De ce point de vue, il n'est pas surprenant qu'énormément de recherches se soient intéressées aux conflits au travail.

Dans ce chapitre, nous allons nous concentrer sur la question de savoir si un conflit est toujours néfaste ou pas. Plus précisément, nous allons nous intéresser aux types de conflits qui ont le potentiel d'être bénéfiques pour une équipe et une entreprise, et les conditions sous lesquelles ces conflits peuvent atteindre ce potentiel. Dans un premier temps, nous allons définir ce qu'est un conflit, en soulignant l'importance du sentiment subjectif. De plus, nous distinguerons les conflits relationnels des conflits de tâche. Nous différencierons également les conflits des autres phénomènes néfastes ayant lieu au travail, tel que le *mobbing*. Dans un deuxième temps, nous nous intéresserons aux différentes origines des conflits relationnels et de tâche, avec un focus prépondérant sur la diversité. Troisièmement, nous allons mettre en lumière les conséquences des conflits, en différenciant les conséquences sur la performance de groupe des conséquences sur les attitudes du groupe, telle que la satisfaction du groupe. Dans les sections portant sur les origines et les conséquences des conflits, en raison du grand nombre d'études menées sur ces sujets, nous allons principalement présenter des résultats de méta-analyses, en les complétant avec d'autres études. Une méta-analyse est un résumé des résultats de différentes études, basé sur des méthodes statistiques quantitatives (HUNTER/SCHMIDT, 2004). Dans ce sens, une méta-analyse estime un effet basé sur plusieurs études et par conséquent, offre des résultats plus fiables que ceux des études isolées, qui sont souvent restreintes dans leur généralisation et/ou ont des défaillances particulières. Finalement, nous offrirons une conclusion et une perspective particulièrement orientées sur la gestion des conflits et son effet sur la performance.

¹ Les termes groupe et équipe sont utilisés comme synonymes dans ce chapitre.

II. Définitions

A. Définir et diagnostiquer un conflit : l'importance du sentiment subjectif

Le sentiment ou la perception subjectif sont essentiels dans une approche psychologique des conflits au travail. En effet, malgré le fait que beaucoup de définitions du conflit existent, la notion de perception du conflit fait partie de la plupart d'entre elles² (ROBBINS/JUDGE, 2013). Par exemple, RUBIN, PRUITT et KIM (1994) le définissent comme « *une divergence perçue des intérêts, ou la conviction que les aspirations des parties intéressées/impliquées ne peuvent pas être atteintes en même temps* » ; JEHN et BENDERSKY (2003) le définissent comme « *incompatibilités perçues ou points de vues divergents parmi les parties intéressées/impliquées* » ; ou encore DE DREU, HARINCK et VAN VIANEN (1999) qui le définissent comme « *les tensions senties par un individu ou groupe résultant des différences perçues par lui- ou elle-même et un/des autre/s individu/s du groupe* ». Ces définitions illustrent quelques notions importantes du conflit, que nous allons élaborer par la suite, avant d'illustrer la manière dont les conflits sont généralement mesurés dans les recherches empiriques.

Premièrement, ces définitions sont intentionnellement larges, ce qui permet de comprendre et analyser une multitude de conflits, que les individus peuvent percevoir dans une entreprise – telle qu'une divergence d'opinions par rapport à la réalisation d'une tâche, ou encore des hostilités entre les membres d'un groupe (ROBBINS/JUDGE, 2013).

Deuxièmement, ces définitions impliquent qu'aucun conflit n'existe, tant qu'aucun des membres du groupe n'en perçoit un (ROBBINS/JUDGE, 2013). En plus, ils impliquent qu'il n'existe pas de critères « *objectifs* » pour un conflit, et que par conséquent il faut prendre les conflits au sérieux, même s'ils ne sont pas toujours « *objectivement* » compréhensibles, surtout quand il s'agit de conflits émotionnels ou relationnels.

Troisièmement, les définitions - particulièrement celles de DE DREU et al. (1999) - impliquent également que les membres d'un groupe peuvent avoir des sentiments ou perceptions subjectifs et/ou différents par rapport au même conflit. En effet, tandis que quelques membres d'un groupe peuvent percevoir un conflit comme étant important, en même temps, certains autres membres du même groupe ne percevront que très peu de conflit, ou n'en percevront pas du tout. Cette notion importante n'a été prise en compte que récemment dans les recherches, abordées dans le concept

² Pour une discussion critique de ses définitions à voir TJOVOLD (2006).

d'asymétrie des conflits (*conflict asymmetry* ; JEHN/RISPENS/THATCHER, 2010). Dans ces recherches, l'asymétrie des conflits est souvent mesurée à l'aide de l'écart-type (mesure statistique de la dispersion) entre les perceptions de conflit des membres (HARRISON/KLEIN, 2007).

Finalement, l'importance de la notion subjective du conflit se reflète dans la manière dont les conflits sont mesurés dans les recherches, impliquant que les membres indiquent leur perception individuelle du conflit dans leur groupe. Une des échelles fréquemment utilisées est l'échelle développée par KAREN JEHN (1995). Cette échelle est constituée de questions telles que par exemple : « à quelle fréquence arrive-t-il que les membres de votre groupe se fâchent ? » ou « à quelle fréquence avez-vous des désaccords par rapport à la tâche sur laquelle vous travaillez ? ». Les réponses sont indiquées sur une échelle de 1 à 5, 5 indiquant la plus grande intensité de conflit. La perception individuelle d'un membre est estimée par le moyen de ses réponses aux différents items. Après, généralement les perceptions individuelles des membres sont agrégées au niveau du groupe, afin d'estimer le niveau de conflit dans un groupe.

B. Conflit de tâche et conflit relationnel

Pendant longtemps, les chercheurs organisationnels ont généralement considéré les conflits comme quelque chose de néfaste en soi pour le fonctionnement de groupe (p. ex., BLAKE/MOUTON, 1984 ; PONDY, 1967) ; en effet, les conflits étaient perçus comme des facteurs produisant des tensions et de l'antagonisme entre les membres, et/ou distrayant pour les membres de l'équipe dans l'exécution de leurs tâches. Plus récemment, des chercheurs ont proposé l'idée qu'un certain niveau de conflit peut avoir des conséquences positives sur le fonctionnement de groupe, parce que cela oblige les membres du groupe à prendre en compte les perspectives différentes et sont forcés à être créatifs. Cette manière positive de considérer le conflit est par exemple défendue dans les recherches démontrant un effet favorable de « *l'avocat de diable* » sur les résultats de groupe (SCHWENK, 1990). Cependant, à l'inverse, si le conflit devient trop intense, il sera alors néfaste, étant donné qu'il consommera trop de ressources dans le groupe. Encore plus récemment, des chercheurs ont émis l'hypothèse que les conséquences dépendent du type de conflit ; dès lors, les conséquences seraient différentes si le conflit est relationnel ou plutôt lié à la tâche (JEHN, 1995). Nous précisons cette distinction par la suite.

Travailler en groupe exige des interactions bien différentes. D'un côté, les membres interagissent sur le plan professionnel, telle que la définition commune des démarches dans un projet. De l'autre, ils interagissent aussi sur un niveau social, en établissant par

exemple une atmosphère respectueuse dans le groupe. Par conséquent, deux types de conflits peuvent apparaître, tels que des conflits liés à la tâche, ainsi que des conflits relationnels³ (JEHN, 1995).

Un conflit de tâche peut être diagnostiqué lorsque des désaccords existent entre les membres d'un groupe concernant le contenu de la tâche ou la réalisation de la tâche que l'équipe effectue (JEHN, 1995 ; DECHURCH/MARKS, 2001). Par exemple, lorsque les membres d'un groupe favorisent des modes de production différents.

Un conflit relationnel, quant à lui, est lié à des aspects indépendants de la tâche. Plus précisément, un conflit relationnel peut être diagnostiqué lorsque des incompatibilités interpersonnelles existent entre les membres de l'équipe. Par exemple, dans le cas où les membres diffèrent dans leurs valeurs, croyances, préférences personnelles, attitudes politiques ou style interpersonnel. Ces différences souvent induisent des tensions, de l'animosité, et des complications entre les membres de l'équipe, qui souvent remettent en question leur estime de soi (JEHN, 1995).

C. Démarcation des conflits relationnels du *mobbing*

Est-ce que le *mobbing* peut être considéré comme forme extrême de conflit, et plus particulièrement du conflit relationnel ? Nous allons voir que les recherches sur le sujet expliquent que ce n'est pas le cas.

Le *mobbing* peut être défini comme un processus de long terme, durant lequel des actes négatifs mineurs s'accumulent en une régularité systématique de maltraitance (BAILLIEN/BOLLEN/EUWEMA/DE WITTE, 2014). La durée et la fréquence sont deux dimensions qui distinguent le mieux le *mobbing* des conflits relationnels (LEYMANN, 1996 ; EINARSEN, 2000) ; tandis que le *mobbing* se réfère à l'accumulation, sur un long terme, des occasions auxquelles des actes négatifs dégénèrent, un conflit au travail peut survenir sur long terme certes, mais également sur un plus court terme (BAILLIEN et al., 2014). Le second aspect, la fréquence, se réfère au fait que, dans le *mobbing*, les actes négatifs sont exercés contre la victime sur une base régulière, souvent quotidiennement (LEYMAN, 1996), tandis que les conflits, souvent, n'apparaissent que sporadiquement – par exemple, le conflit surgit à l'arrivée d'un nouveau membre dans le groupe.

³ Plus récemment, des modèles distinguent aussi un conflit de processus de deux autres types de conflit, ce qui n'est pas élaboré dans cette revue, parce qu'il a stimulé considérablement moins de recherche comparé aux deux autres types et quelques difficultés dans sa distinction des conflits de tâche. Les lecteurs intéressés au conflit de processus sont adressés à BEFAHR/MANNIX/PETERSON/TROCHIM (2011), GREER/JEHN (2007), JEHN (1997) ou JEHN/BENDERSKY (2003).

D'autres aspects différencient le *mobbing* des conflits, tels que le déséquilibre de pouvoir entre les parties concernées - les victimes de *mobbing* sont souvent graduellement stigmatisées dans une position inférieure, tandis que cette stigmatisation ne fait pas partie des conflits - ou encore le type de connotation - le *mobbing* a clairement une connotation non-éthique et contre-productive, tandis que les conflits n'ont pas nécessairement de connotation négative - mais également une intention de causer un dommage - effective ou perçue par le victime, ce qui n'est pas un élément essentiel du conflit (BAILLIEN et al., 2014).

III. Origines des conflits

Les définitions du chapitre précédent suggèrent déjà que les conflits sont des phénomènes importants pour les employés, les groupes et les organisations, point qui sera encore développé dans le chapitre IV qui traite des conséquences des conflits. Mais avant cela, nous allons reconstituer leurs origines, afin de mieux les comprendre. Pour ce faire, nous allons surtout nous concentrer sur la diversité au travail, parce qu'un grand nombre de recherches se sont intéressées au lien entre la diversité et le processus de groupe, tels que les conflits au travail.

A. Diversité

La diversité peut être définie comme la distribution ou l'hétérogénéité des caractéristiques des membres d'un groupe (JACKSON/JOSHI/EHRHARDT, 2003), telles que leur ethnicité ou leurs formations professionnelles. Souvent, on distingue deux types de diversités : premièrement, on peut relever la diversité visible - aussi appelée *surface level diversity* - qui se réfère à des différences explicites et visibles. Ces dernières, sont liées aux différentes catégories sociales auxquelles appartiennent les membres d'un groupe, tels que le genre ou l'ethnicité. Deuxièmement, on retrouve la diversité non-visible - aussi appelée *deep-level diversity* - qui se réfère à des différences de connaissances, de perspectives et de valeurs entre les membres d'un groupe et qui ne sont pas directement visibles. Ces dernières sont dues aux différences d'éducation, d'expertises professionnelles et d'expériences personnelles.

Dans ce qui suit, nous allons présenter les cadres théoriques des références principales servant à étudier la diversité à l'origine des conflits, et leurs supports empiriques ; la théorie de la catégorisation sociale ainsi que la théorie de la similarité-attraction d'abord, puis les théories des processus d'information.

1. Catégorisation sociale et similarité-attraction à l'origine des conflits relationnels

La théorie de la catégorisation sociale (TAJFEL, 1981 ; TURNER, 1987) et la théorie de similarité-attraction – *similarity attraction theory* (BYRNE, 1971) - offrent une vue sur les interactions entre les membres d'un groupe, basées sur leur appartenance aux différentes catégories sociales. Plus précisément, la théorie de la catégorisation sociale défend l'idée que les individus aspirent à une identité sociale positive. L'identité sociale appartient à la partie du concept du soi qui est liée à l'appartenance à des groupes, souvent basée sur des catégories sociales visibles (JEHN/CHADWICK/THATCHER, 1997). Ensuite, afin de maintenir une identité sociale positive, les individus s'engagent dans des comparaisons entre leur groupe social, l'endogroupe, et l'autre partie, l'exogroupe avec une tendance à favoriser l'endogroupe et dévaluer l'exogroupe. Dans une approche similaire, la théorie de la similarité-attraction prédit que des individus ont tendance à être attirés et à s'identifier plus fortement à des individus similaires, la similarité étant souvent inférée à l'appartenance à des catégories sociales visibles (MANNIX/NEALE, 2005 ; STAHL/MAZNEVSKI/VOIGT/JONSEN, 2010 ; THATCHER/PATEL, 2011). Les processus de comparaison décrits par les deux théories sont souvent influencés par des stéréotypes de groupe, qui risquent de créer des tensions et des conflits relationnels entre les sous-groupes d'une équipe – comme, par exemple, parmi les femmes et les hommes d'une équipe de travail. En somme, les deux perspectives suggèrent que la diversité de catégorie est une origine principale des conflits relationnels (à voir aussi PELLED, 1996).

Ces théories ont fait l'objet de diverses études empiriques ; par exemple, plusieurs études ont démontré que la diversité des catégories sociales augmentait les conflits relationnels (ALAGNA/REDDY/COLLINS, 1982 ; JEHN et al., 1997 ; JEHN/NORTHCRAFT/NEALE, 1999 ; PELLED, 1997). D'autres études ont prouvé que la diversité des catégories était également à l'origine des conflits de tâche (VODOSEK, 2005, cité dans JEHN/GREER/RUPERT, 2008). En revanche, O'REILLY/WILLIAMS/BARSADE (1997) n'ont pas pu établir de lien entre la diversité des catégories et les conflits relationnels. En somme, les études empiriques sur la diversité sociale en tant qu'origine principale des conflits relationnels obtiennent des résultats divergents (JEHN et al., 2008).

2. Processus d'information à l'origine des conflits de tâche

Basé sur une perspective de processus d'information, la diversité non-visible a souvent été suggérée comme étant une origine principale des conflits de tâche (MANNIX/NEALE, 2005 ; PELLED, 1996). Cette perspective suppose que des parcours professionnels divers ou une éducation différente produisent des perspectives, visions, points de vue et expertises différents, qui stimulent des conflits de tâche, souvent nécessaires à la réalisation de bonnes performances.

Cette théorie a également fait l'objet d'études empiriques. Par exemple, plusieurs études ont trouvé que la diversité non-visible augmentait la fréquence des conflits de tâche (JEHN et al., 1997 ; JEHN et al., 1999 ; LOVELACE/SHAPIRO/WEINGART, 2001 ; PELLED/EISENHARDT/XIN, 1999). En revanche, d'autres études ont prouvé que la diversité non-visible pouvait aussi être à l'origine des conflits relationnels (KNIGHT/PEARCE/ SMITH/OLIAN/SIMS/SMITH/FLOOD, 1999 ; MOHAMMED/ANGELL, 2004 ; PELLED, 1997 ; PELLED et al., 1999). Là encore, les études basées sur la diversité non-visible en tant qu'origine principale des conflits de tâche sont divergentes (JEHN et al., 2008).

Les personnes souhaitant découvrir une littérature plus vaste sur les liens entre la diversité et les conflits peuvent se référer aux revues de littératures de JEHN et BENDERSKY (2003), JEHN et al. (2008), KING, HEBL et BEAL (2009), MANNIX et NEALE (2005) ou WILLIAMS et O'REILLY (1998).

Dans ce qui suit, nous allons nous intéresser aux résultats de deux méta-analyses récentes, traitant des liens entre la diversité et les conflits.

3. Résultats de méta-analyses sur la diversité comme origine des conflits

Tout d'abord, il est important de donner quelques explications sur les deux méta-analyses qui nous intéressent présentement ; beaucoup d'études incluses dans ces méta-analyses se focalisent, dans un premier temps, sur le lien entre la diversité et la performance d'un groupe. Dans ce contexte, les conflits sont compris comme des variables intermédiaires, ou variables de processus, qui expliquent l'influence de la diversité sur la performance. Par conséquent, ces études s'intéressent moins à la différence entre les types de diversité, ainsi qu'aux deux divers types de conflit. Etant donné la divergence des résultats dans les études décrites ci-dessus, il semble justifié de renoncer à cette différenciation des niveaux de la diversité et du conflit, avec l'avantage d'avoir des résultats plus fiables dans le cadre des méta-analyses.

THATCHER et PATEL (2011), dans leur méta-analyse, ont analysé les résultats de 36 études. Ils ont inclus des études réalisées entre 1995 et 2010 - publiées et non-publiées -, qui s'intéressaient au lien entre les *faultlines* démographiques et les processus de groupe, tels que les conflits. Les *faultlines* de groupes représentent l'alignement ou l'arrangement spécifique de plusieurs aspects de diversité (LAU/MURNIGHAN, 1998 ; LI/HAMBRICK, 2005). Les études incluses dans cette méta-analyse investigaient une variété de différentes *faultlines* démographiques, basées sur la diversité de catégorie - tels que le genre ou l'ethnicité - et/ou basées sur la diversité non-visible - tel que le parcours professionnel ou le niveau d'éducation. STAHL ET AL. (2010) ont méta-analysé les résultats de 108 études - publiées et non-publiées - qui s'intéressaient au lien

entre la diversité culturelle et des processus de groupe. Les études incluses dans cette méta-analyse investigaient un grand nombre de différents aspects de la diversité culturelle, tels que les aspects de diversité visible - telle que l'ethnicité - et/ou des aspects de diversité non-visible - telles que les valeurs ou attitudes.

Quant aux résultats, les deux méta-analyses ont trouvé un lien positif entre diversité culturelle/*faultlines* démographiques et conflits de tâche. Plus précisément, plus il y a de diversité culturelle et de *faultlines* démographiques, plus il existe de conflit de tâche dans un groupe. En ce qui concerne le conflit relationnel, seule la méta-analyse de THATCHER et PATEL (2011) a établi un lien positif significatif entre les *faultlines* démographiques et le conflit relationnel, alors que STAHL et al., 2010 n'ont pas trouvé de lien entre la diversité culturelle et les conflits relationnels.

De plus, les méta-analyses ont démontré quelques influences intéressantes des variables modératrices ; notamment certaines variables supposées altérer les liens entre diversité/*faultlines* et conflits. Plus spécifiquement, THATCHER et PATEL (2011) ont trouvé que les liens entre *faultlines* et conflits, relationnels et de tâche, étaient plus forts lors d'études conduites dans des laboratoires dédiés spécialement à l'expérience que lors d'observations sur des groupes de travail existants. Un effet qui, selon les auteurs, reflète le fait que les difficultés liées aux *faultlines* deviennent moins prononcées avec le temps dans des équipes existantes, lorsque les membres d'une équipe existante interagissent ensemble et se connaissent mieux. Par contre, STAHL et al. (2010) ont trouvé que le lien entre la diversité culturelle et les conflits - les auteurs ont agrégé conflits relationnels et conflit de tâche pour les analyses de modérateurs - était plus fort pour des équipes travaillant ensemble depuis longtemps (longue longévité de groupe). STAHL et al. (2010) expliquent ce résultat inattendu avec l'influence des combinaisons multiples de modérateurs sur les conflits. Ainsi, les équipes avec une longue longévité auront plus tendance à travailler sur des tâches plus complexes. Effectivement, STAHL et al. (2010) ont démontré que le lien entre diversité culturelle et conflit était plus fort pour des équipes qui travaillent sur des tâches complexes. Ceci serait dû au fait que moins la tâche est structurée, et plus elle est ambiguë et caractérisée par un haut niveau d'interdépendance entre les membres, plus les membres vont être amenés à interagir souvent, ce qui peut plus facilement produire des conflits. Finalement, les résultats de STAHL et al. (2010) indiquent que le lien entre diversité culturelle et conflit était plus fort pour des équipes dans lesquelles les membres étaient situés dans un même emplacement, contrairement aux groupes répartis dans des locaux différents, parce que des différences seraient plus visibles et saillantes dans des membres de groupes situés dans un même emplacement géographique, ce qui augmente la probabilité de conflit.

En résumé, les deux méta-analyses récentes suggèrent un lien plus fiable entre hétérogénéité du groupe et conflit de tâche, ou tout du moins plus stable selon les différentes facettes d'hétérogénéité - diversité culturelle, *faultlines* démographiques. Les

conflits relationnels semblent être influencés par des *faultlines* démographiques, alors que ce ne semble pas être le cas avec la diversité culturelle.

Pourtant, il faut aussi prendre en considération quelques limites dans l'interprétation des résultats. Tout d'abord, STAHL et al. (2010) se sont intéressés à la diversité culturelle, dont la diversité de genre était exclue, ce qui limite la généralisation de ses résultats, d'autant plus que beaucoup d'études se sont intéressées au lien entre diversité de genre et conflit (WILLIAMS/O'REILLY, 1998). L'utilisation de différentes conceptualisations de la diversité et la prise en compte de différents aspects de la diversité est un problème que l'on retrouve de manière générale dans ce domaine de recherche, ce qui rend difficile le fait de tirer des conclusions fiables (JEHN et al., 2008). De plus, des études longitudinales ont montré des effets différents pour ces différents types de diversité. De fait, ACAR (2010) et HARRISON, PRICE et BELL (1998) suggèrent que la diversité visible a des conséquences immédiates, mais à court terme ; tandis que la diversité non-visible a des effets sur des processus de groupes qui apparaissent avec le temps, à long terme. Finalement, des conceptions alternatives des liens entre diversité et conflit ont également été proposées, telle que la diversité comme modérateur du lien entre conflit et performance (JEHN/BENDERSKY, 2003), ou des modèles hybrides (KING et al., 2009).

4. Diversité perçue

Récemment, des chercheurs ont commencé à s'intéresser à la diversité perçue. Notamment, ces chercheurs ont critiqué le fait que la différenciation entre diversité effective et perçue soit largement négligée dans beaucoup d'études (sauf exceptions ; DOOLEY/FREYXELL/JUDGE, 2000 ; GARCIA-PRIETO/BELLARD/SCHNEIDER, 2003 ; RANDEL, 2002). Cependant, il est bien probable que la diversité « *objective* » influence les conflits des membres du groupe uniquement dans le cas où cette diversité est perçue par les membres du groupe, ce qui pourrait expliquer - du moins partiellement - l'inconsistance des recherches sur l'influence de la diversité sur les conflits. Par exemple, HENTSCHEL, SHEMA, WEGGE et KEARNEY (2013) ont trouvé, dans une étude récente, que la diversité « *objective* » (âge, genre, éducation, nationalité et durée de l'emploi actuel) n'était pas liée à la diversité perçue, ce qui suggère que les équipes ne sont pas toujours très exactes dans la perception de diversité dans leur groupe. Mais ils ont trouvé un lien positif entre la diversité perçue et les conflits relationnels - plus les membres percevaient de diversité, plus l'on pouvait observer de conflits relationnels dans le groupe. Aussi, des recherches récentes sur les *faultlines* indiquent que les *faultlines* influencent le niveau de conflit uniquement lorsqu'elles sont perçues (JEHN/BEZRUKOVA, 2011 ; PEARSALL/ELLIS/EVANS, 2008).

B. Autres origines

D'autres origines de conflits souvent étudiées proviennent de la communication, la structure du groupe et des variables personnelles (ROBBINS/JUDGE, 2013).

Des recherches sur la communication indiquent que la fréquence de communication entre des membres d'un groupe diminue l'occurrence des conflits (WALL/CALISTER, 1995, cité dans KORSGAARD/JEONG/MAHONI/PITARUI, 2008). Ainsi, MOHAMMED et ANGELL (2004) ont observé que, pour des groupes d'étudiants travaillant sur un projet en équipe, une fréquence élevée de communication - en lien avec le leadership et la coordination - diminuait le niveau de conflit relationnel. De plus, la qualité de la communication s'avère être déterminante (MASSEY/DAWES, 2007 ; cité dans KORSGAARD, et al., 2008). A ce propos, deux facteurs semblent avoir une importance particulière ; premièrement, dans la mesure où la communication est irrespectueuse et destructive, on peut observer une augmentation du conflit. En second lieu, lorsque la communication, de la part d'un des membres impliqués, justifie un comportement découlant du conflit, on peut alors observer une diminution du conflit (COLQUITT, 2007, cité dans KORSGAARD, et al., 2008). De plus, STAHL et al. (2010) dans leur méta-analyse - décrite en détails dans le chapitre sur la diversité - ont également trouvé un lien entre la diversité culturelle et la communication dans un groupe. Notamment, on peut remarquer que plus il existe de diversité culturelle dans un groupe, plus le groupe serait confronté à des difficultés de communication.

Quant au facteur portant sur la structure de groupe, des chercheurs se sont intéressés à des variables tels que la taille du groupe, la complexité de la tâche, l'interdépendance des membres ou les systèmes de récompenses. Ainsi, MOONEY, et al., (2007 ; cité dans KORSGAARD, et al., 2008) se sont intéressés au lien entre le niveau d'incertitude d'une tâche et les conflits ; ils ont trouvé que plus une tâche était incertaine – par exemple sur la manière dont elle devait être réalisée - plus le groupe subissait des conflits relationnels et de tâche - probablement parce que les tâches incertaines stimulent plus de débats parmi les membres d'un groupe. De même, PELLED, et al. (1999) ont découvert que le niveau de complexité d'une tâche était positivement lié avec les conflits relationnels et de tâche – plus on dénote de complexité, plus il y aura de conflits relationnels.

Finalement, quant à l'origine des conflits découlant des variables personnelles, des études se sont souvent intéressées à l'influence de la personnalité des membres d'un groupe. Plus particulièrement, les personnes désagréables - caractérisées par une tendance à concurrencer les autres -, les personnes névrotiques - caractérisées par une disposition à ressentir des sentiments négatifs -, et les personnes avec peu de capacité de self-monitoring - caractérisées par des difficultés à contrôler leur comportement - ont une tendance élevée à réagir de manière destructive à l'encontre des conflits (GLOMB/LIAO, 2003, cité dans ROBBINS/JUDGE, 2013). Ainsi, VARELA, BURKE et LANDIS (2008) ont

trouvé que le niveau moyen d'agréabilité (caractérisé par le désir de coopération et d'harmonie sociale ; JOHN/SRIVASTAVA, 1999) dans l'équipe était négativement lié aux conflits relationnels - plus il y a d'agréabilité dans le groupe, moins il existe de conflits relationnels dans le groupe. En plus, on peut relever que la personnalité des membres d'un groupe a également été analysée sous une perspective de diversité des traits de personnalité dans le groupe (diversité non-visible, TEKLEAB /QUIGLEY, 2014).

Dans la suite, nous nous intéressons aux conséquences liées aux conflits.

IV. Conséquences des conflits

Dans ce chapitre, nous allons définir quels types de conflit peuvent avoir des conséquences néfastes - ou bénéfiques - et sous quelles conditions ; pour ce faire, nous baserons principalement sur les résultats de deux méta-analyses récentes, faisant la différence entre les conséquences du conflit sur la performance et les conséquences sur les attitudes de groupe - telle que la satisfaction du groupe, par exemple.

Dans leur méta-analyse, DE DREU et WEINGART (2003) ont analysé les conséquences des conflits, basée sur 30 études - publiées et non-publiées - réalisées entre 1994 et 2001. Plus récemment, de WIT, GREER et JEHN⁴ (2012) ont méta-analysé les résultats de 116 études - publiées et non-publiées - menées entre 1990 et 2010. Pour conclure ce chapitre sur les conséquences des conflits, nous présenterons quelques recherches prometteuses, allant au-delà de la différenciation entre conflit de tâche et relationnel, et leurs conséquences pour le groupe.

A. Conséquences des conflits relationnels

Les conflits relationnels sont généralement connus pour leurs conséquences néfastes sur le groupe. En effet, ils impliquent souvent une blessure de l'ego (*ego threat* ; BAUMEISTER, 1998), étant donné que les sujets du conflit sont souvent fortement liés au concept de soi (*self-concept*). Ces blessures de l'ego, par conséquent, risquent de provoquer de l'hostilité entre les membres de groupe, ces derniers avec des implications néfastes pour les attitudes de groupe. Aussi, on présume que les conflits relationnels ont une influence négative sur la performance de groupe ; les membres d'un groupe, mobilisant leurs ressources pour réagir aux problématiques n'étant pas liées à la tâche,

⁴ Cette meta-analyse aussi prend en compte l'association entre des conflits de processus et la performance et les attitudes de travail.

vont se concentrer plus fortement sur les membres du groupe que sur la tâche elle-même, ce qui peut provoquer une diminution de la performance.

1. Conséquences des conflits relationnels sur la performance

Plusieurs indicateurs de performance ont été inclus dans les deux méta-analyses ; notamment, la qualité des décisions, l'efficacité de l'équipe (DE DREU/WEINGART, 2003 ; DE WIT et al., 2012), la qualité du travail effectué, (DE DREU/WEINGART, 2003), la performance financière, l'innovation, ainsi que la performance globale (DE WIT et al., 2012).

La perspective dans laquelle les conflits relationnels seraient néfastes pour la performance a largement été supportée par les méta-analyses de DE DREU et WEINGART (2003) et DE WIT et al. (2012). En effet, les conflits relationnels ont été associés à une diminution de la performance. En outre, les deux méta-analyses ont pris en compte les différents modérateurs, c'est-à-dire, des facteurs qui potentiellement altèrent la relation entre le conflit de tâche et la performance. Plus précisément, DE DREU et WEINGART (2003) ont trouvé que le type de tâche que l'équipe exécute, telles que les tâches de planning et production, tâches de prise de décisions, tâches de projet ou tâches mixtes, modérerait la relation entre conflit relationnel et performance ; un conflit relationnel diminuerait la performance plus fortement dans des équipes de prise de décisions et dans des équipes avec tâches mixtes. DE WIT et al. (2012) ont trouvé que la diminution de performance due aux conflits de tâche est renforcée par la coexistence de désaccords sur l'attribution de ressources et la délégation de responsabilités dans l'équipe – c'est-à-dire par la coexistence d'un conflit de processus.

En résumé, les deux méta-analyses indiquent de manière claire que les conflits relationnels sont néfastes pour la performance, surtout quand les tâches sont complexes et demandent une activité cognitive élevée - prise de décisions et tâches mixtes - et d'autant plus lorsqu'ils sont en présence de conflits de processus.

2. Conséquences des conflits relationnels sur les attitudes de groupe

L'hypothèse selon laquelle les conflits sont généralement néfastes sur les attitudes de groupe est également soutenue par les deux méta-analyses. Une grande variété d'attitudes de groupe a été analysée dans les études incluses dans les méta-analyse, notamment la satisfaction du groupe (DE DREU/WEINGART, 2003 ; DE WIT et al., 2012), la confiance intragroupe, la cohésion de groupe, l'engagement envers le groupe, l'identification au groupe, les comportements organisationnels citoyens - comportements volontaires et bénéfiques pour l'organisation, telle que l'aide apportée à un collègue - les

comportements contreproductifs - comportements néfastes pour l'organisations, tel que le vol de matériel – mais également, les sentiments positifs (DE WIT et al., 2012).

Les deux études ont trouvé une association fortement négative entre les conflits relationnels et les attitudes de groupe. C'est-à-dire, plus il existe de conflits relationnels dans un groupe, moins les membres sont satisfaits au sein du groupe. Plus précisément, DE WIT et al. (2012) ont trouvé que l'existence de conflits relationnels diminue la confiance intragroupe, la cohésion de groupe, la satisfaction du groupe, l'engagement envers le groupe, l'identification avec le groupe, des comportements organisationnels citoyen, et les sentiments positifs. En même temps, ils augmentent les comportements contreproductifs.

Précédemment, nous avons décrit que les conflits relationnels et le *mobbing* sont des phénomènes différents. Cependant, ils ne sont tout de même pas totalement indépendants l'un de l'autre. Tout en sachant que le *mobbing* est un phénomène complexe et influencé par une multitude de facteurs, les conflits relationnels au travail peuvent, sous certaines circonstances, être précurseurs de *mobbing*. Ainsi, une étude représentative de la population active norvégienne a démontré qu'entre autres signes annonciateurs importants de *mobbing* (*job stressors*, *leadership behaviors* et climat organisationnel), l'existence des conflits relationnels dans le groupe était le signe précurseur le plus important (HAUGE/SKOGSTAD/EINARSEN, 2007). Liées à ces notions, des recherches récentes ont également commencé à mettre en lumière l'effet des deux types de conflits sur d'autres domaines, plus particulièrement sur le mal-être des membres du groupe tels que le stress ou le burnout (DE DREU/BEERSMA, 2005 ; SONNENTAG/UNGER/NÄGEL, 2013).

En somme, comme établi par la grande majorité des théories, on peut conclure que les conflits relationnels ont des conséquences négatives pour un grand nombre de mesures d'attitudes de groupe.

B. Conséquences des conflits de tâche

Concernant l'influence des conflits de tâche sur la performance et les attitudes de groupe, les prédictions sont plus diversifiées que dans le cas des conflits relationnels.

D'un côté, la théorie de la vérification de soi (*self-verification theory*, SWANN/POLZER/SEYLE/KO, 2004) postule que les membres d'un groupe deviennent insatisfaits face à un conflit de tâche ; en effet, ils auraient tendance à interpréter les points de vue différents sur la réalisation de la tâche comme étant des évaluations négatives de leurs propres compétences, ce qui risque d'influencer négativement les attitudes vis-à-vis du groupe. De plus, des conflits de tâche peuvent consommer des ressources des membres. Ces

dernières n'étant plus disponibles pour la réalisation de la tâche, vont avoir des répercussions néfastes sur la performance de groupe (CARNEVALE/PROBST, 1998).

De l'autre côté, il est également établi que des conflits de tâche peuvent avoir des effets bénéfiques sur la performance (JEHN, 1995). Notamment, les conflits de tâches peuvent potentiellement augmenter la compréhension de la tâche, par une élaboration critique des différentes idées des membres d'un groupe. Dans ce sens, les conflits de tâche limitent de potentiels biais de confirmation dans la prise de décision (SCHULZ-HARDT/BRODBECK/MOJZISCH/KERSCHREITER/FREY, 2006) ou le risque de pensée de groupe (*group think* ; JANIS, 1972) - qui est un mode de pensée dans des groupes très cohésifs, dominés par l'aspiration d'accord entre les membres, avec des implications néfastes sur la capacité du groupe à évaluer les différentes options de manière réaliste. En outre, les conflits de tâche peuvent augmenter l'apprentissage et l'innovation du groupe (DE DREU, 2006 ; DE DREU/WEST, 2001). Pour finir, les conflits de tâche sont également perçus comme un moyen d'améliorer les attitudes de groupe, puisqu'ils facilitent l'expression des avis et attitudes personnels (SIMONS/PETERSON, 2000).

En somme, dans une perspective théorique, les opinions sur les effets – bénéfiques ou néfastes – des conflits de tâche sur le fonctionnement du groupe et ses résultats diffèrent. Dès lors, nous allons passer en revue les résultats empiriques, relatifs à ces deux perspectives.

1. Conséquences des conflits de tâche sur la performance

Les résultats tirés de la méta-analyse de DE DREU et WEINGART (2003) soutiennent une vision négative des conflits de tâche sur la performance. C'est-à-dire, plus on constate de conflits de tâche dans un groupe, moins sa performance sera bonne. De plus, cette association est particulièrement forte dans des groupes avec beaucoup d'incertitudes au sujet de la tâche, ainsi que dans les cas où les tâches sont d'une grande complexité, demandant une capacité cognitive élevée. En outre, l'association négative entre les conflits de tâche et la performance est particulièrement forte lorsque les conflits de tâche coexistent avec des conflits relationnels. Autrement dit, l'association entre les conflits de tâche et la performance est faible – tout en étant toujours négative – lorsqu'il y a peu de conflits relationnel ajouté au conflit de tâche. C'est-à-dire que lorsqu'un conflit de tâche existe en absence de forts conflits relationnels, il est moins néfaste pour la performance.

Néanmoins, les résultats de la méta-analyse de DE WIT et al. (2012) montrent notamment que les conflits de tâche sont, sous certaines conditions, profitables à la performance. Premièrement, les conflits de tâche sont associés positivement à la performance, si l'association entre les conflits de tâche et les conflits relationnels est faible. C'est-à-dire que lorsqu'un conflit de tâche existe, à condition qu'il n'y ait pas de conflits relationnels de grande ampleur, il est bénéfique pour la performance. Deuxièmement, un conflit de

tâche est associé positivement à la performance s'il a lieu dans un groupe à un niveau de management - qui est situé à un niveau relativement haut dans la hiérarchie d'une organisation - contrairement à un conflit de tâche ayant lieu dans une équipe située plus bas dans la hiérarchie organisationnelle. Les auteurs soutiennent que des équipes de management sont plus aptes à ne pas laisser un conflit de tâche se transformer en un conflit relationnel, ce qui, par la suite, pourrait avoir des conséquences néfastes sur la performance. Les auteurs proposent quelques pistes d'interprétation ; en effet, il serait intéressant d'examiner dans des recherches futures si cela est dû au fait que les équipes de management sont plus pressées par le temps, et par conséquent, restent plus focalisées sur la tâche - ce qui empêche le conflit de tâche de se transformer en un conflit relationnel - ou si les membres d'une équipe de management ont plus *soft skills*, ce qui leur permet de mieux gérer la situation et de ne pas laisser un conflit de tâche s'intensifier, puis devenir un conflit relationnel. Finalement, les résultats montrent qu'un conflit de tâche est positivement associé à la performance, si la performance est mesurée par la performance financière ou la qualité des décisions comparée à la performance globale. Selon les auteurs, tandis que la performance globale est souvent subjective, elle risque d'être plus influencée par les sentiments négatifs souvent liés à des conflits de tâche, ce qui, par conséquent, peut provoquer des évaluations subjectives plus négatives de la performance globale. En même temps, la performance financière et la qualité des décisions sont souvent des indicateurs de performance plus objectifs, moins influencés par ces biais négatifs, résultant en une évaluation de performance plus positive, qui se traduit par une association plus positive entre le conflit de tâche et la performance (objective).

En somme, les deux méta-analyses estiment différemment l'effet des conflits de tâche sur la performance : tandis que l'étude de DE DREU et WEINGART (2003) estime un effet néfaste des conflits de tâche sur la performance, DE WIT et al. (2012) estiment un effet positif sous quelques conditions. Un nombre plus important d'études étant disponibles au moment où DE WIT et al. (2012) ont fait leur méta-analyse, cela peut potentiellement expliquer la différence de résultats obtenus. Ces études reflètent également une plus grande variation des différents modérateurs, ce qui permet leur inclusion dans l'étude DE WIT et al. (2012).

Cependant, les deux méta-analyses montrent également des résultats concordants, notamment sur le fait qu'un conflit de tâche est particulièrement néfaste lorsqu'il cohabite avec un conflit relationnel. A ce propos, une étude récente de SHAW/ZHU/DUFFY/SCOTT/SHIH et SUSANTO (2011) a étudié plus en détails l'association entre les deux types de conflits et leurs effets conjoints sur la performance. L'impact du conflit de tâche sur la performance dépend du niveau de conflit relationnel. Ainsi, lorsque le niveau de conflit relationnel est très *bas* dans un groupe, un conflit de tâche d'intensité moyenne impactera la performance très positivement. Cependant, lorsque le

conflit de tâche est illustré par une intensité extrême (soit très basse, soit très élevée), alors il aura des effets néfastes sur la performance. Cela signifie que le lien entre le conflit de tâche et la performance est caractérisé par une forme de « *U inversé* » (DE DREU, 2006), sous condition que le conflit relationnel soit bas dans le groupe. En revanche, lorsque le niveau de conflit relationnel est *élevé*, plus l'on constate un conflit de tâche élevé, plus la performance sera basse. Cela veut dire que le lien entre le conflit de tâche et la performance est caractérisé par une association négative et linéaire entre le conflit de tâche et la performance, sous condition que le conflit relationnel est haut dans le groupe. En effet, le conflit relationnel élevé distrait et épuise les ressources attentionnelles nécessaires pour traiter les différentes opinions et perspectives liées à un conflit de tâche. En plus, si le niveau de conflit relationnel est élevé, les membres ont tendance à attribuer des motifs déloyaux, et à critiquer les opinions des autres membres sur la tâche. Pour résumer, avec leur étude, SHAW et al. (2011) aident à mieux comprendre les associations subtiles entre le conflit de tâche et la performance, présupposant que le conflit relationnel est un modérateur important de cette association.

Pour terminer, il est également important de mentionner que les deux types de conséquences - attitudes de groupe et performances - ne sont pas complètement indépendants. En effet, l'engagement envers le groupe étant un indicateur d'attitude de groupe, engendrera probablement une augmentation de la performance (MARKS/MATHIEU/ZACCARO, 2001). Ceci démontre une complexité plus grande encore du lien entre les conflits et ses conséquences, qu'il pourrait être intéressant d'étudier dans des recherches plus approfondies.

2. Conséquences des conflits de tâche sur les attitudes de groupe

En ce qui concerne les conséquences des conflits de tâche sur les attitudes de groupe, les deux méta-analyses témoignent d'une portée très similaire ; plus particulièrement, ils établissent une association négative entre le conflit de tâche et la satisfaction du groupe. C'est-à-dire que plus les membres du groupe perçoivent des conflits de tâche, moins ils sont satisfaits avec le groupe. En prenant en compte plusieurs facettes des attitudes de travail, l'étude de DE WIT et al. (2012) démontre que des conflits de tâche sont négativement liés à la confiance intragroupe, ainsi qu'à l'engagement envers le groupe ; ils engendrent donc des conséquences néfastes. Plus précisément, les membres d'un groupe vivant un conflit de tâche vont témoigner moins de confiance envers le groupe et ses membres, et seront ainsi moins engagés envers le groupe. De plus, si l'association entre les conflits de tâche et les conflits relationnels est élevée (concurrence des deux types de conflits), les conflits de tâche seront plus négativement liés à la satisfaction du groupe, ainsi qu'à la cohésion du groupe.

Pour résumer, les deux méta-analyses relèvent des implications négatives du conflit de tâche sur les attitudes de groupe, particulièrement quand il coexiste avec des conflits relationnels.

C. Recherches sur les conséquences des conflits, au-delà de la différenciation entre conflit de tâche et conflit relationnel

1. Asymétrie de conflit

Dans les définitions du chapitre II, nous avons introduit le concept d'asymétrie de conflit, représentant la variation dans les perceptions de conflit entre les membres. Quelques chercheurs ont étudié la conséquence de l'asymétrie de groupe sur les processus de groupe. Par exemple, JEHN, RUPERT et NAUTA (2006) ont démontré qu'une asymétrie de conflit élevée – représentée par une grande dispersion de perception du conflit entre les membres d'un groupe - était liée à une diminution de la motivation et satisfaction de travail, ainsi qu'à un absentéisme élevé. De même, dans une étude plus récente, JEHN et al. (2010) ont trouvé que des groupes de travail ayant une asymétrie de conflit élevée fournissaient de moins bons résultats, en étant également moins créatifs, comparé à des groupes reflétant moins d'asymétrie de conflit.

En outre, l'étude de JEHN et al. (2010) montre que la position individuelle prise par le membre d'un groupe en comparaison avec le reste du groupe est également importante (asymétrie de conflit individuel). Plus précisément, le membre d'un groupe qui percevrait plus de conflit que le reste de son groupe, estimerait l'atmosphère de groupe - tels que l'engagement, le respect et la confiance - et les processus sociaux du groupe - telles que la coopération et la communication - moins positivement. Ce membre serait donc moins satisfait avec le groupe et estimerait leur performance moins favorablement.

En somme, ces résultats indiquent qu'il est préférable pour un groupe que les membres soient en accord dans leur perception de la qualité des interactions des membres, même si cette appréciation sur la qualité est mauvaise.

2. Conflit entre femmes ; conséquences particulièrement néfastes?

Récemment, SHEPPARD et AQUINO (2013) se sont intéressés aux conflits au travail dans une perspective de genre ; les conflits au travail entre hommes sont-ils perçus différemment des conflits entre femmes ? Plus précisément, ils ont émis l'hypothèse que des conflits entre femmes seraient perçus comme étant plus problématiques que des conflits entre hommes. De fait, la recherche en psychologie sociale a illustré que les stéréotypes de genre caractérisent la femme idéale comme étant très chaleureuse et

amicale et comme très peu compétitive et dominante. Par conséquent, une femme étant en conflit avec une autre femme transgresserait ces stéréotypes, étant donné que les comportements de conflits ne sont pas catégorisés comme chaleureux, mais plutôt dominants. Ceci peut résulter en une perception plus problématique encore des conflits entre femmes. Dans la même perspective, les stéréotypes de genre caractérisent, à l'inverse, l'homme idéal comme étant plutôt dominant. Dès lors, un homme étant en conflit ne transgresse pas les stéréotypes qui lui sont liés. Dès lors, un conflit entre hommes serait perçu comme normal, voire même comme un comportement sain.

Afin de tester leurs hypothèses, SHEPPARD et AQUINO (2013) ont mené une étude expérimentale, dans laquelle les participants étaient amenés à lire un scénario, décrivant un conflit entre deux managers dans une entreprise. Pour ce faire, trois scénarios ont été utilisés ; les scénarios étaient identiques, seul le genre des personnes mises en scène a été modifié. Dans la première condition, le conflit avait lieu entre deux femmes (condition « *conflit femme-femme* »). Dans la deuxième condition, deux hommes étaient en conflit (condition « *conflit homme-homme* »), et finalement, une troisième condition avec une femme et un homme (condition « *conflit femme-homme* »). Après avoir lu le scénario, les participants ont indiqué leurs perceptions des individus impliqués dans le conflit.

Les résultats ont montré que le conflit femme-femme a été perçu plus négativement ; plus spécifiquement, une femme impliquée dans un conflit avec une autre femme a été moins favorablement perçue quant à sa capacité à régler le conflit, en comparaison aux autres conditions testées (condition homme-homme et condition homme-femme). De plus, elle a été perçue comme peu engagée dans son travail, et comme voulant quitter son poste.

Pour résumer, la recherche de SHEPPARD et AQUINO (2013) indique que les conflits « *femme-femme* » au travail sont perçus comme plus problématiques, ce qui peut avoir des conséquences néfastes pour l'égalité des chances dans les organisations. Ainsi, un manager pourrait décider de ne pas assigner deux femmes à travailler ensemble sur une tâche, craignant qu'elles ne puissent pas mettre de côté les éventuelles difficultés interpersonnelles. Bien évidemment, d'autres études sont nécessaires afin de pouvoir tirer des conclusions fiables à ce sujet.

V. Conclusions

Pour conclure, voici un résumé des théories et résultats les plus importants et actuels dans la recherche portant sur les définitions du conflit, ses origines et ses conséquences. Nous avons pris le soin de différencier les deux types de conflits étudiés - conflit relationnel et conflit de tâche - et souligné l'importance du sentiment subjectif.

Ce chapitre sur le conflit au travail ayant mis en lumière certains des aspects de la littérature et de la recherche sur les conflits, il est important de souligner que ses aspects, élaborés dans des différentes sections du chapitre, sont fortement liés les uns aux autres. Plus précisément, les conflits ont souvent été vus comme médiateurs (variable de processus) entre la diversité de groupe et la performance de groupe (PELLED, 1996 ; PELLED et al., 1999). Ainsi, PELLED et al., (1999) ont démontré que la diversité non-visible est à l'origine d'une intensité de conflits de tâche plus élevée, ce qui augmente la performance de groupe. Dans ce sens, les conflits peuvent être considérés comme processus, liant les origines, telles que la diversité, à la fréquence et la performance des conflits et finalement, à la performance et les attitudes de groupe.

Dans ce qui suit, nous aimerions synthétiser notre raisonnement afin de répondre à notre questionnement de base, à savoir : un conflit est-il toujours néfaste ?

A. Quel conflit est le plus néfaste : conflit relationnel ou conflit de tâche ?

Avant de définir quel type de conflit est le plus néfaste, nous allons aborder séparément les deux types de conséquences rencontrés.

En ce qui concerne les attitudes de groupe, telles que la satisfaction ou l'intention de quitter le groupe, les deux types de conflits semblent être néfastes. Néanmoins, les conflits relationnels semblent l'être encore plus que les conflits de tâche. Ce constat est soutenu par des coefficients significativement plus négatifs pour l'association entre les conflits relationnels et les attitudes de groupe, que pour les coefficients décrivant l'association entre les conflits de tâche et les attitudes de groupe.

Quant à la performance de groupe, alors que les conflits relationnels semblent être néfastes selon les résultats des deux méta-analyses, la méta-analyse la plus récente, en accord avec un ensemble de théories importantes, indique que des conflits de tâche peuvent avoir, sous quelques conditions, des conséquences positives. Toutefois, il est important de mentionner que, dans le cas où ces conditions (modérateurs) ne sont pas prises en compte, la relation entre les conflits de tâche et la performance est de zéro dans cette même étude. Cela veut dire qu'il n'existe ni un effet néfaste, ni un effet bénéfique, en l'absence de certaines conditions. Dès lors, il est important pour les groupes et leurs responsables de connaître ces conditions afin de pouvoir potentiellement profiter de l'existence des conflits de tâche.

Au sujet de ces conditions, la complexité de la tâche peut être un facteur important : d'un côté, les tâches trop complexes rendent les conflits de tâche néfastes pour la performance, comme indiqué par DE DREU et WEINGART (2003). D'un autre côté, selon STAHL et al. (2010), travailler sur une tâche complexe, renforce le lien positif entre la

diversité et les conflits de tâche. De plus, l'intensité des conflits de tâche peut déterminer son impact sur la performance. Aussi, d'après DE DREU (2006), cela signifie qu'un niveau de conflit de tâche moyen est idéal pour la performance, parce qu'il favorise le partage des différentes opinions, solutions, motivations et perspectives entre les membres. Alors qu'un niveau de conflit de tâche bas provoque l'inactivité du groupe, alors qu'un niveau haut réduit la capacité des membres à traiter, percevoir et évaluer les différentes opinions des membres ; en somme, les deux niveaux d'intensité extrême réduisent la performance. Finalement, l'apparition chronologique du conflit dans la vie du groupe peut être cruciale. Ainsi, JEHN et MANNIX (2001) ont trouvé que des conflits de tâche peuvent être bénéfiques pour la performance, s'ils surgissent au milieu de la réalisation d'une tâche, étant donné que cette période est essentielle pour la création d'idées et l'adoption de nouvelles perspectives (GERSICK, 1988). Cependant, les groupes connaissant des conflits de tâche dès le début sont moins performants. Ce constat peut être lié au fait que, au début, les membres se connaissent moins bien, ils ont donc tendance à percevoir de manière négative les désaccords liés à la tâche - comme étant une critique personnelle - ce qui risque de provoquer des conflits relationnels.

Pour conclure, on peut dire que le conflit de tâche, premièrement, est moins néfaste pour les attitudes de groupe, comparativement aux conflits relationnels. De plus, il est même favorable pour la performance du groupe, parce qu'il stimulerait les discussions importantes et nécessaires par rapport à la réalisation de la tâche, encore une fois, sous quelques conditions.

B. Perspectives de recherches : gestion des conflits et implication pour la performance

Pour conclure ce chapitre, nous aimerions ouvrir quelques perspectives sur la gestion des conflits et son implication pour la performance de l'équipe.

Plus précisément, des recherches récentes indiquent que la manière dont sont gérés les conflits peut être encore plus cruciale pour la performance de l'équipe que le type de conflit en lui-même. Par exemple, des recherches montrent que lorsqu'il y a une importance relevée sur les buts communs, cela peut accentuer des effets néfastes des conflits de groupe sur la performance (ROBBINS/JUDGE, 2013). De plus, différents styles de management des conflits peuvent modérer le lien entre l'occurrence des conflits et leurs conséquences. Ainsi, un style de management collaboratif, caractérisé par des efforts émis dans le but de maximiser les intérêts de deux parties, est une condition nécessaire afin que les conflits de tâche soient bénéfiques pour l'innovation du groupe (VAN DE VLIERT, 1997 ; cité dans JEHN/BENDERSKY, 2003). De manière similaire, LOVELACE et al. (2001) ont trouvé que les conflits de tâche étaient bénéfiques pour

l'innovation, d'autant que les membres se sentaient à l'aise pour exprimer leurs doutes et que ces doutes étaient communiqués d'une manière collaborative.

L'importance de la gestion des conflits est aussi appuyée par le fait que des conflits, initialement liés uniquement à la tâche, peuvent s'étendre à des conflits relationnels (p. ex. XIE/LUAN, 2014). Cette notion est très importante vu que deux méta-analyses (DE DREU/WEINGART, 2003 ; DE WIT et al., 2012) ont démontré que le lien entre le conflit de tâche et la performance dépend du niveau de conflit relationnel dans le groupe ; notamment, lorsque beaucoup de conflits relationnels existent, les conflits de tâche sont moins bénéfiques pour la performance. PLUUT et PETRU (2013) ont trouvé qu'une stratégie efficace pour gérer les conflits (le *problem-oriented coping*) diminue la probabilité qu'un conflit de tâche s'élargisse à un conflit relationnel. De même, SIMONS et PETERSON (2000) ont trouvé dans des équipes de direction (*top management teams*) que l'utilisation de tactiques agressives de gestion de conflit lors d'un conflit de tâche – tel qu'un langage dur/abrasif pour exprimer son avis - augmente la probabilité qu'un conflit de tâche se transforme en un conflit relationnel, tandis qu'un haut niveau de confiance diminue cette probabilité.

Pour conclure, les conséquences diverses des conflits relationnels et de tâche décrites dans ce chapitre suggèrent de résoudre les conflits relationnels le plus rapidement possible, tandis qu'un niveau moyen de conflit de tâche devrait être encouragé et géré activement (JEHN/BENDERSKY, 2003). Les personnes souhaitant découvrir une revue de littérature récente concernant les styles de management du conflit peuvent se référer à TJOSVOLD, WONG et CHEN (2014). En outre, le chapitre de WENGER de ce volume s'intéresse plus particulièrement à la gestion des conflits.

VI. Bibliographie

- ACAR F. P. (2010). Analyzing the effects of diversity perceptions and shared leadership on emotional conflict : A dynamic approach. *The International Journal of Human Resource Management*, 21, pp. 1733-1753.
- ALAGNA S./REDDY D./COLLINS D. (1982). Perceptions of functioning in mixed-sex and male medical training groups. *Journal of Medical Education*, 57, pp. 801-803.
- BAILLIEN E./BOLLEN K./EUWEMA M./DE WITT H. (2104). Conflicts and conflict management styles as precursors of workplace bullying : A two-wave longitudinal study. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 23, pp. 511-524.
- BAUMEISTER R. (1998). The self. In D. T. Gilbert, S. T. Fiske, & G. Lindzey (Eds.), *The handbook of social psychology* (pp. 680-740). Boston, MA : McGraw-Hill.
- BEHFAHR K. J./MANNIX E. A./PETERSON R. S./TROCHIM W. M. K. (2011). Conflict in small groups : The meaning and consequences of process conflict. *Small Group Research*, 42, pp. 127-126.

- BLAKE R. R./MOUTON J. S. (1984). *Solving costly organizational conflicts*. San Francisco, CA : Jossey-Bass
- BYRNE D. E. (1971). *The Attraction Paradigm*. New York : Academic Press.
- CARNEVALE P. J./PROBST T. M. (1998). Social values and social conflict in creative problem solving and categorization. *Journal of Personality and Social Psychology*, 74, pp. 1300-1309.
- COHEN S. G./BAILEY D. E. (1997). What makes teams work : Group effectiveness research from the shop floor to the executive suite. *Journal of Management*, 23, pp. 239-290.
- DE CHURCH L. A./MARKS M. A. (2001). Maximizing the benefits of task conflict : The role of conflict management. *The International Journal of Conflict Management*, 12, pp. 4-22.
- DE DREU C. K. W. (2006). When too little or too much hurts : Evidence for a curvilinear relationship between task conflict and innovation in teams. *Journal of Management*, 32, pp. 83-107.
- DE DREU C. K. W./BEERSMA B. (2005). Conflict in Organizations : Beyond effectiveness and performance. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 14, pp. 105-117.
- DE DREU C. K. W./HARINCK F./VAN VIANEN A. E. M. (1999). Conflict and performance in groups and organizations. In C. L. Cooper, & I. Robertson (Eds.), *International Review of Industrial and Organizational Psychology* (pp. 369-414). Indianapolis, IN : Wiley.
- DE DREU C. K. W./WEINGART L. R. (2003). Task versus relationship conflict, team performance and team member satisfaction : A meta-analysis. *Journal of Applied Psychology*, 88, pp. 741-749.
- DE DREU C. K. W./WEST M. A. (2001). Minority dissent and team innovation : The importance of participation in decision making. *Journal of Applied Psychology*, 86, pp. 1191-1201.
- DE WIT F. R. C./GREER L. L./JEHN K. A. (2012). The paradox of intragroup conflict : A meta-analysis. *Journal of Applied Psychology*, 97, pp. 360-390.
- DOOLEY R. S./FRYXELL G. E./JUDGE W. Q. (2000). Belaboring the not-so-obvious : Consensus, commitment, and strategy implementation speed and success. *Journal of Management*, 26, pp. 1237-1257.
- EINARSEN S. (2000). Harrassment and bullying at work : A review of the scandinavian approach. *Aggression and Violent Behavior*, 5, pp. 379-401.
- GARCIA-PRIETO P./BELLARD E./SCHNEIDER S. C. (2003). Experiencing diversity, conflict, and emotions in teams. *Applied Psychology – An International Review*, 52, pp. 413-440.
- GREER L. L./JEHN K. A. (2007). The pivotal role of emotion in intragroup process conflict : An examination of the nature, causes, and effects of process conflict. *Research on Managing Groups and Teams*, 10, pp. 23-45.
- HAKMAN J. R. (2002). *Leading teams : Setting the stage for great performances*. Boston : Harvard Business School Publishing.
- HARRISON D. A./KLEIN K. J. (2007). What's the difference? Diversity constructs as seperation variety, or disparity in organizations. *Academy of Management Review*, 32, pp. 1199-1228.
- HARRISON D. A./PRICE K. H./BELL M. P. (1998). Beyond relational demography : Time and the effects of surface and deep-level diversity on work group cohesion. *Academy of Management Journal*, 41, pp. 96-107.

- HAUGE L. J./SKOGSTAD A./EINARSEN S. (2007). Relationships between stressful work environments and bullying : Results of a large representative study. *Work and Stress*, 21, pp. 220-242.
- HENTSCHEL T./SHEMLA M./WEGGE J./KEARNEY E. (2013). Perceived diversity and team functioning : The role of diversity beliefs and affect. *Small Group Research*, 44, pp. 33-61.
- HUNTER J. E./SCHMIDT F. L. (2004). *Methods of meta-analysis : Correcting error and bias in research findings* (2nd ed.). Thousand Oaks, CA : Sage.
- ILGEN D. (1999). Teams embedded in organizations : Some implications. *American Psychologist*, 54, pp. 129-139.
- JACKSON S. E./JOSHI A./EHRHARDT N. L. (2003). Recent research on team and organizational diversity : SWOT analysis and implications. *Journal of Management*, 29, pp. 801-830.
- JANIS I. (1972). *Victims of Group Think. A Psychological Study of Foreign-Policy Decisions and Fiascoes*. Boston : Houghton Mifflin.
- JEHN K. A. (1995). A multimethod examination of the benefits and detriments of intragroup conflict. *Administrative Science Quarterly*, 40, pp. 256-282.
- JEHN K. A. (1997). Qualitative analysis of conflict types and dimensions in organizational groups. *Administrative Science Quarterly*, 42, pp. 530-557.
- JEHN K. A./BENDERSKY C. (2003). Intragroup conflict in organizations : A contingency perspective on the conflict-outcome relationship. *Research in Organizational Behavior*, 25, pp. 187-242.
- JEHN K. A./BEZRUKOVA K. (2011). The faultline activation process and the effects of activated faultlines on coalition formation, conflict, and group outcomes. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 112, pp. 24-42.
- JEHN K. A./CHADWICK C./THATCHER S. M. B. (1997). To agree or not to agree : The effects of value congruence, individual demographic dissimilarity, and conflict on workgroup outcomes. *The International Journal of Conflict Management*, 8, pp. 287-305.
- JEHN K. A./GREER L. L./RUPERT J. (2008). Diversity, conflict, and their consequences. In A. P. Brief (Ed.), *Diversity at Work*. Cambridge : University Press.
- JEHN K. A./NORTHCRAFT G. B./NEALE M. A. (1999). Why differences make a difference : A field study of diversity, conflict, and performance in workgroups. *Administrative Science Quarterly*, 44, pp. 741-763.
- JEHN K. A./RISPENS S./THATCHER S. M. B. (2010). The effects of conflict asymmetry on work group and individual outcomes. *Academy of Management Journal*, 53, pp. 596-616.
- JEHN K. A./RUPERT J./NAUTA A. (2006). The effects of conflict asymmetry on mediation outcomes : Satisfaction, work motivation and absenteeism. *International Journal of Conflict Management*, 17, pp. 96-109.
- JOHN O. P./SRIVASTAVA S. (1999). The big five trait taxonomy : History, measurement, and theoretical perspectives. In L. A. Pervin & O. P. John (Eds.), *Handbook of Personality : Theory and Research* (pp. 102-138). New York : Guilford Press.
- KING E. B./HEBL M. R./BEAL D. J. (2009). Conflict and cooperation in diverse workgroups. *Journal of Social Issues*, 65, pp. 261-285.

- KNIGHT D./PEARCE C. L./SMITH K. G./OLIAN J. D./SIMS H. P./SMITH K. A./FLOOD P. (1999). Top management team diversity, group process, and strategic consensus. *Strategic Management Journal*, 20, pp. 445-465.
- KORSGAARD M. A./JEONG S. S./MAHONY D. M./PITARIU A. H. (2008). A multilevel view of intragroup conflict. *Journal of Management*, 34, pp. 1222-1252.
- LAU D. C./MURNIGHAN J. K. (1998). Demographic diversity and faultlines : The compositional dynamics of organizational groups. *Academy of Management Review*, 23, pp. 325-340.
- LEYMANN H. (1996). The content and development of mobbing at work. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 5, pp. 165-184.
- LI J./HAMBRICK D. C. (2005). Factional groups : A new vantage on demographic faultlines, conflict, and disintegration in work teams. *Academy of Management Journal*, 48, pp. 794-813.
- LOVELACE K./SHAPIRO D./WEINGART L. R. (2001). Maximizing cross-functional new product teams' innovativeness and constraint adherence : A conflict communications perspective. *Academy of Management Journal*, 24, pp. 779-784.
- MANNIX E./NEALE M. A. (2005). What differenceS make a difference? The promise and reality of diverse teams in organizations. *Psychological Science in the Public Interest*, 6, pp. 31-55.
- MARKS M. A./MATHIEU J. E./ZACCARO S. J. (2001). A temporally based framework and taxonomy of team processes. *Academy of Management Review*, 26, pp. 356-376.
- MOHAMMED S./ANGELL L. C. (2004). Surface- and deep-level diversity in workgroups : Examining the moderating effects of team orientation and team process on relationship conflict. *Journal of Organizational Behavior*, 25, pp. 1015-1039.
- O'REILLY C. A./WILLIAMS K. Y./BARSADE S. (1997). Group demography and innovation : Does diversity help? In E. Mannix & M. Neale (Eds.), *Research in the Management of Groups and Teams* (pp. 183-207). Greenwich : JAI Press.
- PEARSALL M. J./ELLIS A. P. J./EVANS J. M. (2008). Unlocking the effects of gender faultlines on team creativity : Is activation the key? *Journal of Applied Psychology*, 93, pp. 225-234.
- PELLED L. H. (1996). Demographic diversity, conflict, and work group outcomes : An intervening process theory. *Organization Science*, 7, pp. 615-631.
- PELLED L. H. (1997). Relational demography and perceptions of group conflict and performance : A field investigation. *The International Journal of Conflict Management*, 7, pp. 230-246.
- PELLED L. H./EISENHARDT K. M./XIN K. R. (1999). Exploring the black box : An analysis of work group diversity, conflict, and performance. *Administrative Science Quarterly*, 44, pp. 1-28.
- PONDY L. R. (1967). Organizational conflict : Concepts and models. *Administrative Science Quarterly*, 12, pp. 296-320.
- RANDEL A. E. (2002). Identity salience, a moderator of the relationship between group gender composition and work group conflict. *Journal of Organizational Behavior*, 23, pp. 749-766.
- ROBBINS S. P./JUDGE T. A. (2013). Conflict and Negotiation. In *Organizational Behavior* (pp. 479-512). Pearson.
- RUBIN J. Z./PRUITT D. G./KIM S. H. (1994). *Social Conflict : Escalation, Stalemate, and Settlement* (2nd ed.). New York, NY : McGraw-Hill.

- SCHULZ-HARDT S./BRODBECK F. C./MOJZISCH A./KERSCHREITER R./FREY D. (2006). Group decision making in hidden profile situations : Dissent as a facilitator for decision quality. *Journal of Personality and Social Psychology*, 91, pp. 1080-1093.
- SCHWENK C. R. (1990). Effects if devil's advocacy and dialectical inquiry on decision making : A meta-analysis. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 47, pp. 161-176.
- SHAW J. D./ZHU J./DUFFY M. K./SCOTT K. L./SHIH H.-A./SUSANTO E. (2011). A contingency model of conflict and team effectiveness. *Journal of Applied Psychology*, 96, pp. 391-400.
- SIMONS T./PETERSON R. (2000). Task conflict and relationship conflict in top management teams : The pivotal role of intragroup trust. *Journal of Applied Psychology*, 85, pp. 102-111.
- SONNENTAG S./UNGER D./NÄGEL I. J. (2013). Workplace conflict and employee well-being : The moderating role of detachment from work during off-job time. *International Journal of Conflict Management*, 24, pp. 166-183.
- STAHL G. K./MAZNEVSKI M. L./VOIGT A./JONSEN K. (2010). Unraveling the effects of cultural diversity in teams : A meta-analysis of research on multicultural work groups. *Journal of International Business Studies*, 41, pp. 690-709.
- SWANN W. B./POLZER J. T./SEYLE D. C./KO S. J. (2004). Finding value in diversity : Verification of personal and social self-views in diverse groups. *Academy of Management Review*, 29, pp. 9-27.
- TAJFEL H. (1981). *Human Groups and Social Categories : Studies in Social Psychology*. Cambridge : Cambridge University Press.
- TEKLEAB A. M./QUIGLEY N. R. (2014). Team deep-level diversity, relationship conflict, and team members' affective reactions : A cross-level investigation. *Journal of Business Research*, 67, pp. 394-402.
- THATCHER S. M. B./PATEL P. C. (2011). Demographic faultlines : A meta-analysis of the literature. *Journal of Applied Psychology*, 96, pp. 1119-1139.
- TJOSVOLD D. (2006). Defining conflict and making choices about its management. Lighting the dark side of organizational life. *Interanational Journal of Conflict Management*, 17, pp. 87-95.
- TURNER J. C. (1987). A self-categorization theory. In J. C. Turner, M. A. Hogg, P. J. Oakes, S. D. Reicher, & M. S. Wetherell (Eds.), *Rediscovering the Social Group : A self-categorization Theory* (pp. 42-67). Oxford : Basil Blackwell.
- VARELA O. E./BURKE M. J./LANDIS R. S. (2008). A model of emergence and dysfunctional effects of emotional conflicts in groups. *Group Dynamics : Theory, Research, and Practice*, 12, pp. 112-126.
- VODOSEK M. (2005). Cultural diversity, intragroup conflict, and group outcomes. *Academy of Management Conference Proceedings*. Honolulu, HI.
- WILLIAMS K. Y./O'REILLY C. A. (1998). Demography and diversity in organizations : A review of 40 years of research. *Research in Organizational Behavior*, 20, pp. 77-140.

Première partie - Cadre général et principes

B. Prévention des conflits

JEAN-PHILIPPE DUNAND et SANDRINE TORNARE

L'obligation de l'employeur de prévenir les conflits interpersonnels (sources, concrétisation et responsabilité)

Sommaire	Page
I. Introduction	30
II. Les sources de l'obligation de prévention	32
A. La protection de la personnalité (art. 328 CO)	32
1. Généralités	32
2. Article 328 al. 1 CO	33
3. Article 328 al. 2 CO	35
4. Synthèse	36
B. La prévention du harcèlement sexuel (art. 4 et 5 LEg)	36
1. Définition du harcèlement sexuel	37
2. Les mesures appropriées	37
C. La protection de la santé (art. 6 LTr)	38
1. Etat de faits	38
2. Principaux considérants	39
a) Objet du litige	39
b) Base légale	39
c) Proportionnalité	41
d) Egalité de traitement	41
3. Portée de l'arrêt	42
D. Sources complémentaires	43
E. Un concept uniforme de protection	44
III. Les moyens de prévention	44
A. Identification des risques	45
B. Identification de la nature du conflit	46
C. Mesures concrètes	47
D. Dispositifs de prévention des conflits (exemples tirés du secteur public)	48
IV. Les personnes chargées de la prévention	51
A. Personne de confiance	52
1. Tâches	52
2. Garanties	53

B. Médiateur	54
1. Tâches	55
2. Garanties	56
C. Enquêteur interne	56
1. Tâches	56
2. Garanties	57
D. Articulation entre les trois moyens de prévention	57
1. Personne de confiance/médiateur et membre de la hiérarchie	58
2. Personne de confiance et médiateur	58
3. Personne de confiance et enquêteur	59
V. La responsabilité contractuelle de l'employeur en cas d'inexécution de l'obligation de prévention	59
A. Principes généraux	60
B. Conditions de la responsabilité contractuelle (art. 97 CO)	61
1. Violation du contrat	61
2. Dommage	61
3. Lien de causalité	62
4. Faute	63
C. Responsabilité pour les actes des auxiliaires (art. 101 CO)	63
1. Norme d'imputation	63
2. Preuves libératoires	64
VI. Conclusion	66
VII. Bibliographie	67

I. Introduction

Dans un arrêt rendu le 9 mai 2012 (cause 2C_462/2011), le Tribunal fédéral a indiqué que l'autorité cantonale chargée de l'exécution de la législation sur le travail (cf. art. 41 LTr)¹ pouvait parfaitement imposer à une entreprise, en se fondant sur l'article 6 LTr, « la désignation d'une personne de confiance dans le but de prévenir les conflits internes pouvant survenir en son sein » (consid. 4.3).

Cet arrêt, qui a été largement diffusé bien qu'il n'ait pas été publié aux ATF, soulève de multiples questions et 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'autorité cantonale était dénuée de toute base légale². Il a également suscité des inquiétudes auprès des employeurs et des milieux professionnels concernés, notamment les responsables des

¹ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964, RS 822.11.

² SUBILIA/SCHWEIZER, p. 323 ss.

ressources humaines, qui se sont interrogés sur sa portée. Diverses tentatives d'explication ont été effectuées³. Dans une publication antérieure, nous avons pour notre part consacré quelques développements à la notion, au rôle et au statut juridique de la personne de confiance⁴. Des initiatives ont également été prises pour faciliter la bonne application de cette jurisprudence. Ainsi, les Chambres de commerce et de l'industrie suisses ont mis sur pied une procédure permettant aux entreprises affiliées 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 de commerce cantonale compétente⁵. Un certain nombre de structures privées de médiation ont également spontanément proposé leurs services aux entreprises pour assumer le rôle de personne de confiance.

La prévention des conflits interpersonnels s'inscrit dans le contexte général des risques psychosociaux, catégorie particulière de risques professionnels. Un rapport français rappelle la double notion de risque : probabilité de la survenance d'un événement dommageable et sévérité des conséquences⁶. Le champ des risques psychosociaux au travail intègre « *les phénomènes d'anxiété, de dépression et de stress ; les violences internes et externes dont les harcèlements (moral et sexuel) et toutes les formes de discrimination ; les conduites addictives liées* »⁷. La prise en considération et la prévention des risques psychosociaux sont dans l'intérêt de l'entreprise, comme dans celui des salariés. Les bénéfices liés à une réelle politique de santé au travail sont de nature économique (une plus forte productivité, une meilleure compétitivité, une réduction des coûts – ceux liés à l'absentéisme sont de l'ordre de 12 à 36% – ; une image positive pour les clients attentifs à l'éthique de l'entreprise) et sociale (climat de travail moins conflictuel, attractivité de l'entreprise sur le marché du travail, qualité du management) ; du côté des employés, on relève notamment une forte amélioration de la satisfaction au travail, une bonne motivation ou encore un sentiment de sécurité⁸.

Nous souhaitons dans cette contribution faire le point sur l'obligation de prévention des conflits interpersonnels en droit privé du travail. Après avoir précisé les sources de cette obligation (chapitre II), nous en étudierons la concrétisation. Nous distinguerons les moyens que doit mettre en œuvre l'employeur (chapitre III) et les acteurs chargés de la prévention (chapitre IV). Nous évoquerons enfin les conditions de la responsabilité de l'employeur qui ne respecte pas l'obligation de prévention (chapitre V).

³ Cf. notamment, BENNINGER, p. 6 s. et SECO, *Mobbing*, p. 30 ss.

⁴ DUNAND/TORNARE, p. 151 ss.

⁵ Cf. la contribution de DELLEY/STREIT-LUZIO dans le présent ouvrage, *infra*, p. 231.

⁶ MINISTÈRE DU TRAVAIL, p. 23.

⁷ VALLÉ, p. 48-49.

⁸ VALLÉ, p. 62-63 ; KÜNZI/VICARIO/KÜNZI/JEANDET, p. 63 ss.

II. Les sources de l'obligation de prévention

Comme nous l'avons vu, c'est dans le cadre d'un litige portant sur l'application de la législation sur le travail (art. 6 LTr) que le Tribunal fédéral a eu l'occasion de mettre en évidence l'obligation de l'employeur de prévenir les conflits interpersonnels⁹. Avant d'exposer l'argumentation du Tribunal fédéral qui porte sur les prescriptions de protection de la santé contenues dans la législation sur le travail (section C), nous aurons l'occasion de souligner que l'obligation de prévention découle également des règles sur la protection de la personnalité (section A) et qu'elle apparaît expressément dans les dispositions de la loi sur l'égalité qui répriment le harcèlement sexuel (section B). Nous mentionnerons aussi l'existence de sources non légales complémentaires (section D). Il y a finalement lieu de reconnaître l'existence d'un concept uniforme de protection dans la législation suisse (section E).

A. La protection de la personnalité (art. 328 CO)¹⁰

Il s'agit dans cette section de démontrer que l'article 328 CO englobe l'obligation pour l'employeur de prévenir les conflits interpersonnels pouvant survenir dans l'entreprise. L'article 328 CO est composé de deux alinéas. C'est ainsi qu'après quelques généralités (sous-section 1), nous traiterons de l'alinéa premier consacré à la protection de la personnalité au sens large (sous-section 2), puis de l'alinéa second qui régit plus précisément les mesures à prendre pour protéger la santé et l'intégrité (sous-section 3). Il sera alors temps d'opérer une courte synthèse (sous-section 4).

1. Généralités

L'article 328 CO régit le devoir de l'employeur de protéger la personnalité de ses employés. Il intègre et concrétise, dans le contrat de travail, les principes généraux de protection de la personnalité qui sont énoncés aux articles 27 ss du Code civil^{11 12}. Le devoir de l'employeur revêt une importance particulière, en raison du rapport de subordination du travailleur à l'égard de l'employeur¹³.

⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_462/2011 du 9 mai 2012.

¹⁰ Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911, RS 220.

¹¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 19 décembre 1994, consid. 3a, in : SJ 1995 669 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 328 CO, p. 140.

¹² Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210.

¹³ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_103/2008 du 30 juin 2008, consid. 6.2.

La protection de la personnalité recouvre l'ensemble des valeurs essentielles, physiques, affectives et sociales liées à la personne humaine¹⁴. Les aspects protégés sont notamment l'intégrité physique, la santé physique et psychique, l'intégrité morale et la considération sociale, les libertés individuelles, ainsi que la sphère privée¹⁵.

L'article 328 CO peut être considéré comme l'un des principes cardinaux du droit du travail qui rayonne tant sur le droit privé que sur le droit public du travail¹⁶. Ainsi que l'ont relevé des auteurs, l'article 328 CO constitue une « *norme ouverte qui permet une concrétisation évolutive du droit dans le monde du travail, tenant compte des transformations techniques et des changements de comportement, comme le montre la jurisprudence toujours plus abondante des tribunaux relative à cette norme* »¹⁷. Il suffit, en effet, de consulter la jurisprudence¹⁸ ainsi que les éditions successives des ouvrages consacrés au droit du travail¹⁹ pour constater que la protection de la personnalité des travailleurs est l'un des domaines qui s'est le plus développé ces dernières décennies. Relèvent, par exemple, de l'article 328 CO, la protection contre le harcèlement psychologique et le harcèlement sexuel, la protection contre une surcharge chronique de travail, la protection des dénonciateurs, le droit de ne pas être traité de manière discriminatoire, le droit à l'information, le droit à l'image ou encore le droit d'être occupé²⁰.

2. Article 328 al. 1 CO

Selon l'alinéa premier, l'employeur doit « *protéger* » et « *respecter* », dans les rapports de travail, la personnalité des travailleurs. Il est tenu de « *manifester les égards voulus* » pour leur santé et de « *veiller au maintien* » de la moralité. Il doit en particulier « *veiller* » à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement ni désavantagés en raison de tels actes.

En concrétisation de la terminologie légale, il est admis que l'employeur doit non seulement respecter la personnalité des travailleurs, mais aussi la protéger. Son

¹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_103/2008 du 30 juin 2008, consid. 6.2.

¹⁵ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 *ad* art. 328 CO, p. 141.

¹⁶ DUNAND, Commentaire, N 3 *ad* art. 328 CO, p. 271.

¹⁷ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 *ad* art. 328 CO, p. 140 s.

¹⁸ La jurisprudence sur l'article 328 CO est résumée sur une vingtaine de pages par FAVRE/MUNOZ/TOBLER, dans la deuxième édition de leur code annoté, parue en 2010.

¹⁹ Cf. p. ex. WYLER/HEINZER, p. 310 ss, qui consacrent 65 pages au thème de la protection de la personnalité du travailleur dans la 3^e édition du Précis de droit Stämpfli, paru en 2014.

²⁰ Cf. CARRUZZO, N 2 *ad* art. 328 CO, p. 273 ss ; DUNAND, Commentaire, N 30 ss *ad* art. 328 CO, p. 281 ss ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ss *ad* art. 328 CO, p. 510 ss ; WYLER/HEINZER, p. 318 ss.

obligation comporte donc autant un aspect négatif (ne pas porter directement atteinte) que positif (prendre les « *mesures adéquates* » pour que l'atteinte ne se produise pas)²¹.

Il résulte de ce qui précède que l'employeur doit prendre des mesures préventives pour protéger ses employés et leur assurer un milieu de travail sûr et sain qui respecte leur personnalité²². Il organisera le travail, définira les tâches et responsabilités, et il instruira ses employés en conséquence. Il s'assurera de la bonne application des directives et sanctionnera leur non-respect²³.

La jurisprudence a indiqué que l'article 328 al. 1 CO imposait à l'employeur de « *prendre des mesures adéquates* » lorsque la personnalité du travailleur faisait l'objet d'atteintes notamment de la part d'autres membres du personnel²⁴.

En outre, dans de nombreux arrêts, un lien a été fait entre protection de la personnalité et congé abusif (cf. l'art. 336 al. 1 let. a CO). Selon le Tribunal fédéral, s'il est établi qu'une situation conflictuelle sur le lieu de travail due au caractère difficile d'un employé nuit notablement au travail en commun dans l'entreprise, le congé donné à celui-ci n'est pas abusif, à condition toutefois que l'employeur ait pris toutes les mesures que l'on pouvait attendre de lui pour désamorcer le conflit²⁵. L'employeur est donc avisé de ne recourir au licenciement qu'après avoir cherché en vain d'autres solutions et constaté qu'il n'était raisonnablement pas possible de poursuivre les relations de travail²⁶.

Le Tribunal fédéral n'a pas encore eu l'occasion de décrire de manière précise la nature ou l'ampleur des mesures à prendre par l'employeur au regard de l'article 328 alinéa 1 CO²⁷, mais a pu néanmoins définir quelques lignes directrices au gré des jurisprudences. Il a ainsi été considéré que l'employeur avait satisfait à son obligation d'aide et assistance qu'il doit au travailleur en vertu de l'article 328 alinéa 1 CO, en organisant plusieurs entrevues entre la travailleuse et ses supérieures hiérarchiques ou collègues de

²¹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_128/2007 du 9 juillet 2007, consid. 2.2 ; AUBERT, CR CO I, N 2 *ad* art. 328 CO, p. 2025 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 *ad* art. 328 CO, p. 140 ; CARRUZZO, N 2 *ad* art. 328 CO, p. 273 ; DUNAND, Commentaire, N 19 *ad* art. 328 CO, p. 276 ; SONNENBERG, p. 67 ss.

²² BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 7 *ad* art. 328 CO, p. 144 ; DUNAND, Commentaire, N 20 *ad* art. 328 CO, p. 276 ; PORTMANN, N 11a *ad* art. 328 CO, p. 1924 ; SONNENBERG, p. 67 ; TERCIER/FAVRE, N 3522, p. 521 ; WYLER/HEINZER, p. 314 et 356.

²³ DUNAND, Commentaire, N 20 *ad* art. 328 CO, p. 276.

²⁴ ATF 127 III 351, consid. 4b ; arrêt du Tribunal fédéral 4C.253/2001 du 18 décembre 2001, consid. 2.

²⁵ ATF 132 III 115, consid. 2.2, JdT 2006 I 152 ; ATF 125 III 70, consid. 2a-c ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_158/2010 du 22 juin 2012, consid. 3.2.

²⁶ DUNAND, Commentaire, N 33 *ad* art. 336 CO, p. 667.

²⁷ WYLER/HEINZER, p. 356 s.

travail, lors desquelles tous les intéressés, y compris la travailleuse concernée, avaient pu faire valoir leur point de vue²⁸.

En revanche, le Tribunal fédéral a estimé que l'employeur n'avait pas pris les mesures adéquates dans une affaire dans laquelle l'employeur s'était contenté d'adresser un avertissement unilatéral et n'avait pas vraiment donné suite au souhait de l'employée qui avait sollicité en vain un entretien après une dispute qui l'avait opposée à une collègue²⁹. De même, dans une autre affaire, le Tribunal fédéral a considéré que l'employeur n'avait « pas fait tout ce que l'on pouvait attendre de lui pour désamorcer la situation conflictuelle régnant dans l'équipe et dont l'employée licenciée n'était pas la seule responsable ». En particulier, une séance avait été tenue en l'absence de l'intéressée, une deuxième séance avait été organisée sans toutefois qu'elle ne débouche « sur des mesures concrètes ou sur des propositions de nature à améliorer l'ambiance » au sein de l'équipe, et enfin un rapport d'évaluation avait été demandé à une personne qui avait accusé l'employée concernée de *mobbing*³⁰. Enfin, dans un autre litige, il a été jugé qu'il ne faisait pas de doute que la nature et la virulence des propos formulés à l'encontre d'un employé « appelaient une réaction de la part de l'employeur pour régler ce conflit relationnel qui allait manifestement au-delà d'une tension passagère entre deux collègues de travail »³¹.

3. Article 328 al. 2 CO

Selon l'article 328 al. 2 CO, l'employeur doit prendre, « pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail permettent équitablement de l'exiger de lui ». Cette obligation découle autant de l'article 328 CO que de règles de droit public (cf. art. 6 LTr et 82 LAA³²³³). Comme le relève SONNENBERG, la conception du devoir de protection de l'employeur a évolué : « à une logique d'indemnisation passive des travailleurs accidentés et malades s'est progressivement adjointe une obligation active de prévention et de réduction des risques de santé »³⁴.

Certes, il faut souligner que tout conflit au travail n'implique pas nécessairement d'atteinte à la santé des personnes concernées. En pratique, un conflit mal géré est

²⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 4C_46/2006 du 12 avril 2006, consid. 3.2.

²⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.253/2001 du 18 décembre 2001, consid. 3b.

³⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.189/2003 du 23 septembre 2003, consid. 5.3.

³¹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_18/2011 du 7 février 2012, consid. 6.3.

³² Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981, RS 832.20.

³³ SONNENBERG, p. 103 ss.

³⁴ SONNENBERG, p. 67.

toutefois susceptible de provoquer une telle atteinte. Tel est en particulier le cas des situations de *mobbing* qui constituent des atteintes graves à la personnalité, et souvent à la santé des victimes³⁵.

L'article 328 alinéa 2 CO vise tous les risques liés à l'exploitation de l'entreprise. L'employeur doit prévenir les accidents de travail, et, plus généralement toutes les atteintes à la santé pouvant résulter de l'exécution du travail³⁶. Pour déterminer de manière concrète quelles mesures doit prendre l'employeur pour protéger la santé des salariés, il faut examiner non seulement les ordonnances du Conseil fédéral, mais aussi les différentes recommandations et normes techniques correspondant aux standards de protection à prendre en considération au moment déterminant³⁷.

L'employeur doit engager les travailleurs, les former et les instruire, en fonction des spécificités de l'activité déployée et des risques qu'elle comporte³⁸. Il doit s'assurer que les mesures prescrites ont été bien comprises et qu'elles sont respectées³⁹.

4. Synthèse

Au vu de ce qui précède, il n'est aujourd'hui guère contestable que l'employeur a une véritable obligation de prévention des conflits interpersonnels fondée sur l'article 328 CO. Il en résulte des devoirs d'information sur les types et les risques de conflits, d'organisation des rapports de travail de manière à assurer de bonnes relations entre collègues de travail, de mise à disposition de personnes compétentes pour écouter et conseiller les employés, et enfin de systèmes efficaces de gestion des conflits⁴⁰. Une telle obligation se trouve confortée et précisée dans la loi sur l'égalité (cf. section B *infra*) et la loi sur le travail (cf. section C *infra*).

B. La prévention du harcèlement sexuel (art. 4 et 5 LEg⁴¹)

Selon l'article 328 alinéa 1 CO, deuxième phrase, l'employeur « *veille à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes* ». Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail

³⁵ DEVEAUD-PLÉDRAN, p. 47 ss ; DUNAND, *Harcèlement*, p. 23 ; WENNUBST, p. 76 s.

³⁶ ATF 132 III 257, consid. 5.2, JdT 2007 I 274 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 14 *ad* art. 328 CO, p. 148.

³⁷ DUNAND, *Commentaire*, N 25 *ad* art. 328 CO, p. 279 ; SONNENBERG, p. 38 ss.

³⁸ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 14 *ad* art. 328 CO, p. 148 ; SONNENBERG, p. 69.

³⁹ CARRUZZO, N 3 *ad* art. 328 CO, p. 279 s.

⁴⁰ Pour le détail, cf. chapitre III *infra*.

⁴¹ Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995, RS 151.1.

constitue non seulement une atteinte à la personnalité des travailleurs, au sens de l'article 328 CO, mais aussi une forme grave de discrimination fondée sur le sexe dans l'emploi, qui est prohibée par la loi sur l'égalité (art. 3 à 5 LEg)⁴². Après avoir rappelé la notion de harcèlement sexuel dans les relations de travail (sous-section 1), nous mentionnerons l'obligation de prévention qui a été codifiée dans la LEg (sous-section 2).

1. Définition du harcèlement sexuel

Selon l'article 4 LEg, le harcèlement sexuel comprend « *tout comportement importun de caractère sexuel ou tout autre comportement fondé sur l'appartenance sexuelle, qui porte atteinte à la dignité de la personne sur son lieu de travail, en particulier le fait de proférer des menaces, de promettre des avantages, d'imposer des contraintes ou d'exercer des pressions de toute nature sur une personne en vue d'obtenir d'elle des faveurs de nature sexuelle* ». On admet cependant que la définition légale est trop étroite. Ainsi, bien que les exemples cités à l'article 4 LEg ne se réfèrent qu'à des abus d'autorité, la loi n'exclut pas d'autres actes qui portent atteinte à la dignité du travailleur et qui contribuent à rendre le climat de travail hostile⁴³. Selon le Tribunal fédéral, des remarques sexistes, des commentaires grossiers, des plaisanteries déplacées, l'envoi de courriels contenant des caricatures ou des plaisanteries lourdes, à caractère sexuel, ou encore l'affichage d'icônes et de photos indécentes rentrent, par exemple, dans la définition du harcèlement sexuel⁴⁴.

Tout comme sous l'empire de l'article 328 CO, l'employeur doit non seulement s'abstenir de porter lui-même atteinte à la personnalité de ses employés, mais doit aussi protéger le personnel contre les atteintes émanant de supérieurs hiérarchiques, de collègues ou de tiers⁴⁵.

2. Les mesures appropriées

Selon l'article 5 alinéa 3 LEg, lorsque la discrimination porte sur un cas de harcèlement sexuel, le tribunal peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité, à moins que l'employeur ne prouve qu'il a pris les mesures appropriées afin de prévenir les actes ou d'y mettre fin. Le devoir de diligence de l'employeur comporte ainsi un double aspect : une obligation de prévenir la survenance d'un harcèlement sexuel sur le

⁴² LEMPEN, Commentaire, N 1 *ad* art. 4 LEg, p. 100.

⁴³ LEMPEN, Commentaire, N 7 *s ad* art. 4 LEg, p. 102 s ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 *ad* art. 328 CO, p. 511 ; WYLER/HEINZER, p. 345 s.

⁴⁴ ATF 126 III 395, consid. 7b/bb ; arrêt du Tribunal fédéral 4C.289/2006 du 7 février 2007, consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4C.289/2006 du 5 février 2007, consid. 3.2.

⁴⁵ LEMPEN, Commentaire, N 22 *ad* art. 4 LEg, p. 113 s.

lieu de travail et une obligation d'y remédier lorsqu'un harcèlement a déjà été commis⁴⁶. Le Tribunal fédéral a précisé que lorsque l'auteur du harcèlement est un organe de la personne morale qui a engagé la victime, l'employeur ne dispose pas de la preuve libératoire instituée par l'article 5 alinéa 3 LEg⁴⁷.

Les mesures de prévention sont multiples. Elles comprendront une déclaration de principe, selon laquelle l'entreprise ne tolérera aucune atteinte à l'intégrité personnelle, un règlement d'entreprise, une information à l'ensemble du personnel sur la notion et les sanctions, la formation des cadres, la désignation d'une personne interne ou externe à l'entreprise auprès de laquelle les employés peuvent solliciter des conseils, ainsi qu'une organisation adéquate du travail favorisant un climat de travail sain et respectueux⁴⁸.

C. La protection de la santé (art. 6 LTr⁴⁹)

L'article 6 alinéa 1 LTr prescrit 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. Il doit en outre prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité personnelle des travailleurs* »⁵⁰. Comme indiqué dans notre introduction, le Tribunal fédéral a jugé que cette disposition légale permettait d'imposer à une entreprise la désignation d'une personne de confiance en vue de prévenir les conflits pouvant survenir en son sein⁵¹. Avant de définir la portée de cette jurisprudence (sous-section 3), il convient d'en résumer l'état de faits (sous-section 1) ainsi que les principaux considérants (sous-section 2).

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 durant 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 de travail (ci-après : l'Office cantonal) a ouvert une enquête.

⁴⁶ LEMPEN, Commentaire, N 23 *ad* art. 4 LEg, p. 114.

⁴⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_473/2013 du 2 décembre 2013, consid. 3.3.

⁴⁸ BRÜHWILER, N 4 *ad* art. 328 CO, p. 224 ; LEMPEN, Commentaire, N 27 *ad* art. 4 LEg, p. 117 s ; LEMPEN, Harcèlement, p. 216 ss et 230 ss.

⁴⁹ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964, RS 822.11.

⁵⁰ Pour une analyse de l'article 6 LTr, cf. SONNENBERG, p. 103 ss.

⁵¹ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_462/2011 du 9 mai 2012.

Après une longue instruction, l'Office cantonal a intimé l'ordre à l'employeur de concevoir et 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 (a). Sur le fond, la recourante a soutenu en substance que l'exigence de nommer une personne de confiance hors hiérarchie ne reposait sur aucune base légale (b). Elle invoquait aussi, à titre subsidiaire, une violation de la proportionnalité (c) et de l'égalité de traitement (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 preuve 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 été ou non victime de *mobbing* (consid. 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 (consid. 3.4).

b) Base légale

Selon le Tribunal fédéral, l'article 6 LTr 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 » (consid. 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* » (consid. 4.3).

Les juges de Mon-Repos ont fondé leur 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 (consid. 4.1)⁵².

Deuxièmement, lors de la révision de la LTr de 1998, entrée en vigueur le 1^{er} août 2000⁵³, le législateur avait instauré à l'article 6 LTr une base légale pour 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 du Conseil fédéral, mais aussi les différentes recommandations et 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) (consid. 4.2)⁵⁴.

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 (consid. 4.2)⁵⁵.

⁵² 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, in : FF 1994 II, p. 177 s.

⁵³ RO 2000, p. 1580.

⁵⁴ Cf. SECO, Commentaire, p. 302 – H.

⁵⁵ Le Tribunal fédéral cite les contributions de CARRON, p. 128, DUNAND, Harcèlement, p. 32 et MÜLLER, N 9 ad art. 6 LTr.

c) Proportionnalité

La recourante considérait également 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*, notre Haute Cour a considéré 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* » (consid. 5.2).

Le Tribunal fédéral 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 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* » (consid. 5.2).

d) Egalité de traitement

Enfin, la recourante prétendait que la mesure imposée était contraire au principe de l'égalité de traitement, car celle-ci aurait dû être imposée à toutes les entreprises présentant les mêmes caractéristiques.

Notre Haute Cour 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* » (consid. 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 est sans pertinence par rapport à la situation de la recourante qui, elle, a fait l'objet d'une procédure prévue dans la LTr (consid. 5.3).

3. Portée de l'arrêt

L'arrêt ici présenté 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 avons souhaité contribuer aux efforts d'explication dans notre contribution consacrée au rôle et au statut de la personne de confiance⁵⁶.

Nous considérons toutefois que l'arrêt consacre les conceptions qui ont cours en matière de prévention des conflits et qu'il complète et précise, plus qu'il ne modifie l'interprétation actuelle des articles 328 CO et 4/5 LEg. L'apport principal de l'arrêt est de souligner que tout conflit mal géré est susceptible d'atteindre la santé des personnes concernées et qu'il est donc indispensable pour préserver la santé des employés de mettre sur pied des mécanismes de prévention des conflits.

Dans la gestion des conflits, 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)⁵⁷. 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* » (consid. 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, 335 ss CO, etc.) ni de le décharger de ses responsabilités (cf. art. 41, 97, 101, 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 conflits⁵⁸.

⁵⁶ Cf. DUNAND/TORNARE, p. 151 ss.

⁵⁷ Sur la distinction, cf. notamment LEMPEN, p. 233 ss ; SECO, *Mobbing*, p. 29 ss.

⁵⁸ WYLER, *Chronique*, p. 202.

D. Sources complémentaires

La loi est complétée par des règles contenues dans des sources diverses, comme les conventions collectives de travail ou les règlements d'entreprises.

Traditionnellement, les conventions collectives de travail contiennent rarement des dispositions sur la prévention des conflits interpersonnels et, lorsqu'elles en traitent, se contentent le plus souvent d'une injonction générale de protection de la santé et de la personnalité fondée sur l'art. 328 CO ou l'art. 6 LTr, en mentionnant plus spécifiquement les harcèlements sexuel et psychologique⁵⁹.

Une évolution semble toutefois voir le jour : nous prendrons l'exemple de la Convention collective conclue entre « Médias Suisses », l'Association des médias privés romands, et « *impressum* », syndicat des journalistes suisses⁶⁰. L'article 17^{bis} de la convention est consacré à la protection de la santé au travail. Selon l'alinéa premier, les « *membres de Médias Suisses prennent toutes les mesures nécessaires permettant d'assurer et d'améliorer la protection de la santé physique et psychique de leurs employés. Ils doivent en particulier faire en sorte que des efforts excessifs soient évités et que le travail soit organisé de façon appropriée. Ils informent également leurs employés des mesures prises pour assurer la santé physique et psychique de ceux-ci* ». Quant à l'alinéa 2, il précise que Médias Suisses « *s'engage à promouvoir, auprès de ses membres, le recours à des intervenants externes neutres (médecin-conseil, spécialiste de la santé du travail, assistante sociale, etc.) pour prévenir et résoudre les conflits du travail qui pourraient surgir dans leurs rédaction. Médias Suisses informe impressum de la liste des intervenants une fois l'an* ».

A l'exception de certaines grandes et moyennes entreprises, les directives, règlements ou chartes paraissent peu fréquents en matière de prévention des conflits⁶¹. Les protocoles existants ne sont malheureusement pas toujours connus des salariés, en raison d'un manque d'information interne ou d'un cercle de destinataires limité aux cadres et supérieurs hiérarchiques de l'entreprise. Le secteur public semble avoir pris de l'avance et certaines administrations cantonales ou municipales se sont dotées de règles de protection de la personnalité intégrant un protocole d'intervention dont les moyens et les contours présentent un intérêt évident.

⁵⁹ Cf. aussi STEIGER-SACKMANN, p. 204 ss.

⁶⁰ Convention collective du 1^{er} janvier 2014.

⁶¹ Cf. aussi STEIGER-SACKMANN, p. 206 ss.

E. Un concept uniforme de protection

Alors que la jurisprudence et la doctrine avaient déjà admis que les articles 328 CO et 6 LTr poursuivent les mêmes objectifs en ce qui concerne la protection de la santé des travailleurs⁶², il faut désormais reconnaître qu'ils visent également les mêmes buts en matière de prévention des conflits interpersonnels au travail. Il s'agit d'un concept unitaire de prévention qui résulte des dispositions du code des obligations sur le contrat de travail, de la législation sur le travail (LTr et ses ordonnances d'application) et de la loi fédérale sur l'égalité, telles qu'elles sont interprétées par la jurisprudence. On doit admettre en ce sens que la portée de l'arrêt 2C_462/2011 dépasse le cadre du champ d'application de la LTr et qu'il existe bel et bien une obligation de prévention à charge de tous les employeurs de notre pays.

On attendra de l'employeur qu'il prenne les mesures de prévention adéquates qui correspondent à l'état de la technique et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise⁶³. Cela comporte un devoir d'information, ainsi que la possibilité de contacter une personne compétente, hors hiérarchie et dans le respect de la confidentialité. L'intervention d'une personne de confiance constitue un moyen privilégié mais non exclusif de prévention. Comme l'a précisé 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* » (consid. 5.3). C'est précisément aux divers moyens de prévention que sera consacré le prochain chapitre.

III. Les moyens de prévention

Prévenir les situations conflictuelles dans le souci de limiter les atteintes à la personnalité implique que cette thématique fasse partie des préoccupations de l'entreprise. On distingue généralement trois niveaux de prévention⁶⁴. Le niveau primaire consiste à agir en amont des dangers potentiels dans le but de réduire voire supprimer l'exposition aux facteurs de risques. Il invite à réaliser un bilan des risques, ainsi qu'à organiser une

⁶² Cf. notamment ATF 132 III 257, consid. 5.4, JdT 2007 I 274 ; AUBRY GIRARDIN, p. 60 ss ; WYLER/HEINZER, p. 318 ss.

⁶³ ATF 132 III 257, consid. 5.4.4, JdT 2007 I 274 ; STEIGER-SACKMANN, p. 159 ss.

⁶⁴ COMBALBERT, p. 86 ; LANCON, p. 169 ; SONNENBERG, p. 67 ss.

information et une formation destinées aux employés et aux cadres. Le niveau secondaire vise le diagnostic et les actions correctrices d'une situation pathogène qui peut encore être corrigée. Elle nécessite la mise en place d'un dispositif de prévention et de gestion des conflits qui fasse l'objet d'une information efficace à destination de tous les employés. Enfin, le niveau tertiaire porte sur les moyens de réparation possibles. Il implique qu'en cas de survenance du risque, les moyens prévus pour gérer le conflit et accompagner la personne victime d'une atteinte (moyens « *curatifs* ») soient réellement mis en oeuvre⁶⁵. Les trois niveaux doivent être pris en considération dans une prévention globale, aujourd'hui souvent préconisée par les spécialistes⁶⁶.

Une démarche de prévention des conflits interpersonnels commence par l'identification des facteurs de risques (section A), et en particulier des conflits susceptibles de porter atteinte à la personnalité des personnes impliquées (section B). Elle implique ensuite des mesures concrètes de prévention (section C) qu'il est recommandé de formaliser dans un dispositif (section D).

A. Identification des risques

Les facteurs de risques psychosociaux au travail désignent les contraintes mentales ayant des conséquences négatives sur la santé ainsi que les harcèlements liés à des aspects psychosociaux portant atteinte à l'intégrité personnelle des travailleurs⁶⁷. Les risques psychosociaux sont de plusieurs ordres : matériels et physiques (risques professionnels, pénibilité), organisationnels (reconnaissance, sens du travail, autonomie, perspectives, soutien), relationnels (interpersonnels, hiérarchiques), et individuels (vie privée, état de santé, histoire personnelle)⁶⁸. Leur importance dans la compréhension du problème peut varier en fonction des situations, mais aussi des disciplines qui sont mobilisées : management du changement, sociologie du travail, ergonomie, psychologie des organisations, médecine du travail, éthique, psychiatrie ou encore droit⁶⁹. La complexité des facteurs possibles fait émerger la nécessité d'approches globales et d'interventions pluridisciplinaires.

Les spécialistes reconnaissent largement « *le rôle prépondérant des facteurs organisationnels dans la prolifération des comportements violents* »⁷⁰. On peut citer

⁶⁵ Cf. dans le présent ouvrage les contributions de WENGER, p. 73 et DANTHE, p. 109.

⁶⁶ AYENSA, p. 21 ss ; LAURENT/PATUREL, p. 257 ss.

⁶⁷ SECO, Commentaire, p. 302 – A.

⁶⁸ AYENSA, p. 22.

⁶⁹ COURCY/SAVOIE/BRUNET, p. 50 ; LEFEBVRE/POIROT, p. 69 ss ; VALLEE, p. 45.

⁷⁰ COURCY/SAVOIE/BRUNET, p. 37 ss ; MICHIELS, p. 5.

l'insuffisance d'autonomie des employés, le manque de clarté des cahiers des charges, l'absence de mesures de motivation, le manque de considération et l'inconfort physique, mais aussi les tensions entre différents secteurs de l'entreprise, sa structure très hiérarchique, des changements fréquents dans l'organisation, un climat de travail marqué par une vive compétition et de nombreux conflits interpersonnels, ou encore la banalisation de la violence au sein de l'entreprise⁷¹. Cette analyse est partagée par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) qui voit dans un style de direction disciplinant, peu tolérant et discriminatoire, générant la crainte, la méfiance, la concurrence extrême et l'intimidation, comme dans une organisation du travail lacunaire et stressante, des facteurs de risques importants ; les caractéristiques liées aux personnes impliquées dans des situations de harcèlement ou de discrimination jouent quant à elles un rôle mineur⁷². La violence, comprise comme une conséquence des rapports sociaux au travail, peut avoir pour éléments déclencheurs, la réduction d'effectifs, les restructurations, la flexibilité ou encore la pression sur l'évaluation des performances⁷³. L'un des enjeux actuels semble être l'élaboration de cadres statistiques permettant l'évaluation des risques et la maîtrise de leur évolution, comme l'indique l'exemple de la France⁷⁴.

B. Identification de la nature du conflit

Le conflit ne se confond pas avec l'atteinte à la personnalité, dont la violation est sanctionnée par le droit, mais il peut constituer un facteur de risque⁷⁵. « *Inévitable, utile parfois, les conflits peuvent agir, selon les circonstances, autant comme levier d'un changement souhaité que comme frein à une adaptation nécessaire* »⁷⁶. L'espace de travail met en lien, plusieurs heures par jour, des personnes ayant des caractères, des opinions, des attentes, des expériences et des missions fort divers. Les désaccords importants, fondés sur des intérêts divergents, font partie des relations humaines et donc des relations de travail. L'efficacité impliquerait l'altérité, et donc le conflit, qui permet une évolution des normes et valeurs de l'entreprise dans le sens d'une adéquation renforcée avec son environnement⁷⁷.

⁷¹ COURCY/SAVOIE/BRUNET, p. 47.

⁷² SECO, *Mobbing*, p. 20 ss.

⁷³ DEJOURS, p. 50 ss.

⁷⁴ MINISTÈRE du travail, rubrique « *objectif* ».

⁷⁵ Cf. dans le présent ouvrage, la contribution de STEINER/KRINGS, p. 1 consacrée à la notion et aux conséquences des conflits.

⁷⁶ KÜNZI/VICARIO/KÜNZI/JEANDET, p. 63.

⁷⁷ LEFEBVRE/POIROT, p. 52.

En certaines circonstances, les situations conflictuelles font émerger des comportements qui portent atteinte à l'intégrité des salariés. Le conflit et la violence ne se confondent pas. Le premier implique une reconnaissance des individus dans leur désaccord, avec un droit à la parole, tandis que la seconde marque la fin de ce droit. La violence, s'exprimant par la force, l'humiliation ou l'abandon, dénie à l'autre sa qualité d'être humain⁷⁸. Certaines approches, en thérapie sociale par exemple, ont précisément pour objet de créer des conditions favorables à la gestion des conflits, compris comme constructifs et réparateurs, en favorisant l'empathie, l'expression des besoins, des peurs et des préjugés, dans un cadre de respect et de confiance⁷⁹. Le conflit est ainsi compris comme la possibilité de faire émerger les désaccords et de repenser la situation, pour retrouver une nouvelle forme d'équilibre⁸⁰.

Pour l'entreprise, gérer un conflit demande à quitter une vision négative du phénomène, réfléchir sur une situation souvent plus complexe que les désaccords entre deux ou plusieurs salariés (facteurs organisationnels inhérents au conflit), engager du temps, de l'énergie et des moyens, coordonner plusieurs actions, plusieurs intervenants, mais aussi à prendre, cas échéant, les sanctions contre l'auteur d'une atteinte. Il s'agit d'accepter une possible remise en question du fonctionnement de l'entreprise.

C. Mesures concrètes

Une politique crédible de prévention des conflits interpersonnels devrait comprendre les mesures suivantes⁸¹. Il faut en premier lieu définir et communiquer à l'ensemble des employés un cadre référentiel qui permet de consolider les attentes de l'employeur en matière de comportements adéquats et non discriminants. Il peut s'agir d'une déclaration de principe qui sera accompagnée d'une directive interne contenant un rappel des valeurs inhérentes à une communication respectueuse, ainsi qu'une liste des comportements non acceptés dans l'entreprise, avec la mention des responsabilités de chacun en cas de survenance : sanctions pour l'auteur, mais aussi pour les cadres qui auraient failli à leur obligation de prévenir les conflits et gérer les situations conflictuelles causales.

Il s'agit aussi d'organiser l'entreprise de telle manière que les relations de travail puissent se développer de manière saine et harmonieuse. Les cadres et le personnel doivent être formés en conséquence. Les offres de formation continue aujourd'hui,

⁷⁸ DEBOUT, p. 31.

⁷⁹ Pour une approche concrète : ROTHENBÜHLER, p. 14 s.

⁸⁰ DESRUMAUX, p. 179 ss ; ROUAT/LAPORTE, p. 170 ; VALLÉE, p. 52 s.

⁸¹ LEMPEN, Harcèlement, p. 216 ss et 230 ss ; SECO, Commentaire, p. 302 – G/H ; STEIGER-SACKMANN, p. 152 ss ; WAEBER, Protection, p. 52 ss.

notamment celles des cadres, comprennent de plus en plus souvent des ateliers sur la gestion des conflits. Le catalogue de formation d'une fédération regroupant des entreprises propose par exemple un séminaire intitulé « *Gestion des comportements difficiles et prévention des conflits* » qui est destiné aux cadres et responsables d'entreprises. L'axe choisi est l'acquisition de compétences pour mener un entretien difficile, par l'adoption d'attitudes et de mots propres à apaiser une situation tendue qui risque de dégénérer⁸². Dans le domaine managérial, d'autres moyens peuvent être relevés, comme ceux axés sur la motivation des salariés (favoriser leur participation à certaines décisions, reconnaître le travail accompli, confier des tâches nécessitant plus d'autonomie et de responsabilité, etc.)⁸³.

Enfin, des règles d'intervention de personnes de confiance, de médiateurs et d'enquêteurs, seront définies et communiquées au personnel. Nous les examinerons en détail ci-après.

Les tribunaux sont généralement appelés à examiner les moyens de prévention pris par une entreprise dans deux situations : une demande en dommages-intérêts ou en réparation du tort moral formée par l'employé ou un licenciement abusif prononcé par l'employeur⁸⁴. Il s'agira en particulier de déterminer si l'employeur a respecté son devoir de protéger la personnalité de son employé dans le cas concret (art. 328 CO). Les moyens de prévention des conflits sont examinés dans la situation du cas d'espèce. Liés à une prévention de type tertiaire, ces moyens dits « *curatifs* » apparaissent rarement comme partie d'un dispositif complet de protection de la personnalité. Or, compte tenu de la complexité des facteurs de risques et de l'importance des conséquences de violations de la personnalité au travail, une articulation plus ambitieuse, comprenant également des moyens de prévention de type primaire et secondaire, semble de plus en plus pertinente. Le secteur public connaît un certain nombre d'exemples de dispositifs relativement complets⁸⁵.

D. Dispositifs de prévention des conflits (exemples tirés du secteur public)

Les cantons de Vaud et Genève connaissent un protocole assez semblable, avec la constitution d'un groupe de conseillers en protection de la personnalité, dont les missions

⁸² Fédération des entreprises romandes, Genève (FER-Ge), Offre de formation 2015 en partenariat avec la fondation pour la formation des adultes (IFAGE), Genève.

⁸³ KÜNZI/VICARIO/KÜNZI/JEANDET, p. 142.

⁸⁴ Cf. dans le présent ouvrage la contribution de DANTHE, p. 109.

⁸⁵ Cf. aussi dans le présent ouvrage les contributions de DÉFAGO GAUDIN, p. 145 et de GOLAY, p. 247.

générales sont la prévention et la gestion des atteintes à la personnalité (VD : toute forme de difficultés relationnelles importantes), y compris le harcèlement psychologique et sexuel⁸⁶. Une prestation de formation sur ces thèmes pour les collaborateurs est aussi assumée par ces groupes. Les demandes, formées par les personnes en souffrance ou par l'autorité d'engagement ou les ressources humaines, sont traitées selon une démarche formelle ou informelle. La première consiste en une investigation répondant au principe administratif du droit d'être entendu et fait suite à une plainte formelle écrite. Elle est précédée d'un examen préalable menant au classement de la plainte ou à l'ouverture de l'investigation, laquelle comprend les auditions des parties et des témoins, ainsi que la consultation des pièces utiles. Un rapport, indiquant si les éléments constitutifs d'une atteinte à la personnalité ou d'un harcèlement sont réalisés, est rendu à l'autorité d'engagement, afin qu'elle prenne une éventuelle décision (sanction administrative). Les démarches informelles consistent en un ou plusieurs entretiens confidentiels visant à clarifier les besoins de la personne en souffrance et à pouvoir lui proposer différentes solutions : soit une orientation vers d'autres structures/personnes (hiérarchie, ressources humaines, service de santé du personnel/médecin cantonal, autre organisme), soit vers une médiation mise en place au sein du groupe de protection. Ces règlements comprennent également des normes sur la protection accordée aux personnes plaignantes et aux témoins, mais aussi la garantie de la confidentialité dans la phase informelle. Le règlement genevois prévoit la possibilité pour le groupe de confiance de proposer des recommandations à l'autorité d'engagement (mesures collectives et/ou recommandations de type organisationnel ; ouverture d'une enquête administrative) à l'issue de l'examen préalable et il précise les informations qui sont transmises à la personne plaignante et à la personne mise en cause à l'issue de l'investigation. Il prévoit qu'une copie des décisions prises par l'autorité d'engagement lui est adressée.

Le dispositif de prévention du canton du Jura repose sur plusieurs structures. En premier lieu, un groupe de confiance, compris comme un lieu d'écoute, de conseil, d'appui et de médiation⁸⁷. Les membres du groupe ont tous un emploi au sein de l'administration (juge, directrice, psychologue, chef de section – composition en 2014). Ils offrent des entretiens individuels et peuvent, en cas d'accord des personnes, engager un processus de médiation. Celui-ci est décrit dans une ordonnance⁸⁸, qui rappelle le principe de confidentialité (art. 127) et prévoit la tenue d'un procès-verbal en cas de succès et d'un rapport formel destiné aux parties et au service des ressources humaines en cas d'échec,

⁸⁶ Règlement relatif à la gestion des conflits au travail et à la lutte contre le harcèlement du 9 décembre 2002 (RCTH, 172.31.7) ; règlement relatif à la protection de la personnalité à l'État de Genève du 12 décembre 2012 (RPPers, B 5 05.10).

⁸⁷ Art. 56 de la loi du canton du Jura sur le personnel de l'Etat du 22 septembre 2010 (173.11).

⁸⁸ Ordonnance sur le personnel de l'Etat du canton du Jura du 29 novembre 2011 (OPE-Jura).

permettant à ce service de prendre les mesures nécessaires (art. 125). Avant le recours aux personnes de confiance, la personne en souffrance peut tenter de faire cesser le comportement attentatoire en s'adressant aux personnes auteurs et aussi « *à son supérieur hiérarchique ou ses collègues* » (art. 122). L'ordonnance prévoit également le principe de non-ingérence entre le groupe de confiance et la hiérarchie et les ressources humaines (art. 128), de même que la possibilité pour l'autorité d'engagement, en cas de comportement violent les droits de la personnalité, d'ouvrir une procédure de licenciement, dont le résultat est porté à la connaissance de la personne plaignante (art. 129). En second lieu, un service d'aide et de conseil d'ordre psychologique vient compléter le dispositif pour les employés qui rencontrent des problèmes sur leur lieu de travail (art. 132), avec pour mission d'aider à l'identification et à la clarification des problèmes pour trouver des solutions « *face aux difficultés quotidiennes (organisation, tensions, découragement, lassitude, etc.)* » (al. 1). En troisième lieu, des mesures, telles que la supervision visant un soutien professionnel et psychologique sur le long terme peuvent être proposées par le service des ressources humaines, sur requête spécifique ou collective d'un service (al. 3).

Le dispositif de la municipalité de Lausanne offre un autre exemple intéressant. Il instaure une cellule d'aide à la résolution des conflits et de lutte contre le harcèlement (cellule ARC)⁸⁹, chargée de prévenir et de lutter contre « *toutes les formes de comportements abusifs, de conflits⁹⁰ ou de harcèlement* » (art. 2 al. 1) en dispensant des conseils, en organisant une médiation ou une concertation (table ronde) ou en demandant l'ouverture d'enquête interne (art. 2 al. 2). Le cercle des bénéficiaires est large (des apprentis aux conseillers municipaux), ainsi que celui des prestations qui recouvrent un travail de prévention (sensibilisation de l'ensemble du personnel, formation du personnel dirigeant, conseil en matière de communication dans les situations conflictuelles, avec priorité à l'intervention des supérieures hiérarchiques si la cause du conflit est de type organisationnelle) et un travail de gestion des situations conflictuelles au moyen de la médiation, de la concertation ou de l'enquête interne (chapitre 4). La procédure de concertation, outil original de prévention, vise les situations pour lesquelles une médiation n'est pas possible soit en raison du nombre de personnes concernées, soit si les supérieurs hiérarchiques sont impliqués, soit encore lorsque les personnes refusent d'autres démarches et que les problèmes pourraient avoir « *une influence négative sur l'ensemble des rapports de travail d'un service ou d'une unité organisationnelle* »

⁸⁹ Dispositions réglementaires municipales relatives à la prévention et à la gestion des conflits et au harcèlement du 1^{er} octobre 2008.

⁹⁰ Le conflit définit « *toute situation de désaccord susceptible d'engendrer des tensions, ou des ruptures entre deux ou plusieurs personnes et d'avoir ainsi une influence négative sur les rapports de travail quelque en soit la cause* » (art. 4).

(art. 19 al. 1 let. c). La cellule ARC convoque les personnes qu'elle estime nécessaire, peut s'adjoindre toute personne ayant des compétences utiles (médecin, psychologue, juriste) et mène les débats à l'issue desquels elle propose les mesures adéquates pour restaurer « *un cadre de collaboration serein* » (art. 21 al. 1). Les chefs de service ou le conseiller ou la conseillère municipale concernée sont informés de la procédure et des noms des personnes participantes (al. 2). En cas d'échec de cette procédure, la cellule ARC joue un rôle actif dans la prise de mesures nécessaires en relançant les supérieurs hiérarchiques, voire en transmettant le dossier à la délégation municipale des affaires du personnel. Une place est laissée aux témoins de comportements abusifs, à côté des personnes qui s'en estiment victimes (art. 7). En cas de comportements graves, la cellule ARC peut demander une enquête interne (art. 24). La municipalité doit ouvrir l'enquête, qui est confiée à des personnes qualifiées tel un ancien juge par exemple (art. 26), ou négocier avec la cellule ARC une investigation préliminaire à charge du service du personnel, étant précisé que le résultat de la négociation fait l'objet d'un rapport signé des deux entités (art. 25 al. 3). En cas d'infraction, la cellule ARC doit immédiatement consulter le service juridique pour savoir si le juge d'instruction doit être saisi.

IV. Les personnes chargées de la prévention

Nous avons vu que dans son fameux arrêt 2C_462/2011, le Tribunal fédéral a précisé que « *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* » (consid. 5. 3).

En pratique, les dispositifs de prévention qui existent dans les entreprises privées et les administrations publiques attestent le recours fréquent à une personne de confiance chargée de prévenir et parfois de gérer les conflits. Les situations sont toutefois très diverses : premièrement, ce sont fréquemment plusieurs personnes, un groupe de personnes, un « *groupe de confiance* », voire une personne morale qui sont désignées ; deuxièmement, les dénominations sont elles aussi variées (arbitre interne, auditeur, conseiller en protection de la personnalité, enquêteur, groupe de confiance, intervenant externe, investigateur, juge de paix en entreprise, médiateur, « *ombudsman* », personne de confiance, etc.) ; troisièmement, enfin, les « *personnes de confiance* » sont souvent chargées de tâches multiples qui vont bien au-delà des missions d'écoute et de conseil : concilier les protagonistes du conflit, organiser et assumer des médiations, proposer à la hiérarchie des mesures pour faire cesser les atteintes ou les prévenir, solliciter l'ouverture

d'enquêtes internes, voire procéder à des investigations permettant à l'autorité d'engagement de prononcer des sanctions allant jusqu'au licenciement⁹¹.

Nous proposerons ici quelques pistes de clarification. Nous distinguerons la personne de confiance (section A), le médiateur (section B) et l'enquêteur (section C). Nous nous attacherons aussi à préciser les articulations entre ces trois acteurs de la prévention (section D), étant rappelé que la personne de confiance et la médiation font partie des moyens « *informels* », au contraire de l'enquête interne comprise comme une mesure « *formelle* ».

A. Personne de confiance

Selon le SECO, « *la personne de confiance a pour tâche de soutenir les personnes qui sollicitent des conseils, de leur assurer une pleine discrétion et d'entreprendre des démarches à leur demande. La personne de confiance est soumise au secret professionnel* »⁹². Nous traiterons ici des tâches de la personne de confiance (sous-section 1) et des garanties nécessaires à son activité (sous-section 2).

1. Tâches

La personne de confiance a pour tâche de soutenir les personnes victimes. Dans le contexte du travail, la personne de confiance s'inscrit historiquement dans la prévention du harcèlement sexuel. Il s'agit de permettre à une personne qui s'estime victime de cette atteinte de pouvoir parler de sa situation à une personne hors hiérarchie, en toute confidentialité. Dans ce contexte, la personne de confiance joue un rôle fondamental dans la reconnaissance de la souffrance vécue par la personne harcelée et dans la possibilité qu'elle offre à celle-ci de sortir de son silence. L'accompagnement comprend souvent la possibilité de « *représenter* » la victime face à sa hiérarchie, voire de suggérer des mesures organisationnelles pour faire cesser l'atteinte, ce qui permet à la personne de confiance de jouer un rôle au niveau individuel mais aussi au niveau collectif. Les personnes assumant ce rôle peuvent faire partie des ressources humaines, de la direction, du service social infirmier, du service juridique, de la commission du personnel, de la commission syndicale, mais aussi du ou de la médecin du personnel par exemple⁹³.

La reconnaissance en tant que risques psychosociaux du harcèlement psychologique (*mobbing*), mais surtout des atteintes à la personnalité qui ne constituent pas un

⁹¹ Cf. DUNAND/TORNARE, p. 162 s.

⁹² SECO, *Mobbing*, p. 30.

⁹³ DUCRET, p. 6.

harcèlement⁹⁴, semble marquer une transformation du rôle de la personne de confiance, si l'on se réfère aux dispositifs cantonaux et municipal pris en exemple. Initialement investie du rôle de soutien⁹⁵ en cas d'atteintes aiguës, la personne de confiance pourrait adopter une posture plus « neutre » dans les cas de moindre gravité, en offrant d'abord à la personne en souffrance un regard objectif sur le contexte conflictuel, ce qui n'enlève rien à l'importance de cette écoute qualifiée. Elle doit aussi conseiller la personne en souffrance et clarifier avec elle la solution la plus adéquate parmi les actions possibles. Ce rôle stratégique commande, outre une formation appropriée, une connaissance correcte des moyens offerts aux employés, sur le plan légal comme sur le plan des réglementations de l'entreprise elle-même. La question de la formation des personnes de confiance est d'ailleurs d'actualité.

2. Garanties

Les deux principes mis en évidence par le Tribunal fédéral sont l'indépendance et la confidentialité. La personne de confiance doit, selon notre Haute Cour, garantir la confidentialité des entretiens qu'elle aura avec les salariés de l'entreprise et, si elle participe déjà à une structure interne, ne pas avoir de rapports hiérarchiques avec les employés concernés. Le principe d'indépendance implique qu'une personne de confiance ne peut être choisie parmi les organes ou la direction. Un membre des ressources humaines désigné pour cette tâche pourrait se trouver dépositaire de certaines informations dont il ne pourrait se servir, sauf à violer le principe de confidentialité, alors même que des mesures de gestion ressortant aux ressources humaines pourraient ou devraient être envisagées. Ceci démontre la difficulté à concilier ces deux missions⁹⁶. La question est cependant ouverte et dépend des règles internes de l'entreprise. L'avantage pourrait consister, pour une personne désignée à l'interne, en une meilleure connaissance des réalités de l'entreprise et des outils de prévention à mobiliser.

⁹⁴ Définition de l'Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail : « *Le harcèlement fait référence à un comportement abusif, répété, dirigé à l'encontre d'un salarié ou d'un groupe de salariés et consistant à traiter injustement, à humilier, à fragiliser ou à menacer la personne harcelée. Le harcèlement peut se manifester sous la forme d'attaques aussi bien verbales que physiques ou par des actes plus subtils tels que des manœuvres visant à isoler la personne dans la structure sociale. Le statut d'une personne, ses compétences professionnelles, sa vie privée, ses caractéristiques physiques, son origine ethnique, son genre ou ses préférences sexuelles peuvent donner lieu à du harcèlement* ».

⁹⁵ Le SECO relève aussi la tâche d'encourager des victimes à se défendre activement et à poser des limites très claires à l'auteur du harcèlement, de les conseiller à consigner les agissements importuns si ceux-ci ne cessent pas, comme de les informer sur la procédure formelle et sur les voies judiciaires civiles et pénales (SECO, *Mobbing*, p. 30).

⁹⁶ Cf. SECO, *Mobbing*, p. 31.

Une personne de confiance choisie en dehors du personnel de l'entreprise semble plus propice à garantir l'indépendance et la confidentialité. Il ne faut cependant pas perdre de vue les relations financières qui lient cette personne à l'employeur. Il conviendrait de donner la préférence à une désignation et une rémunération par un organe paritaire, formé de représentants des entreprises et des syndicats. Que la personne de confiance soit choisie à l'intérieur ou à l'extérieur de l'entreprise, sur la base d'un mandat ou d'un autre lien juridique, sa désignation doit être assortie d'une clause de garantie d'indépendance. La concrétisation de ce principe dépendra de la procédure mise en place, de l'information qui est donnée à l'ensemble des salariés à ce propos ainsi que du choix même de la personne, laquelle pourrait impliquer une décision des salariés.

La confidentialité suppose qu'aucune information ne peut être transmise à l'employeur sans l'accord de la personne qui sollicite de l'aide. Nous nous sommes posés la question d'une éventuelle limite à ce principe lorsque les éléments portés à la connaissance de la personne de confiance comportent un risque élevé d'atteintes graves à la personnalité d'autres travailleurs⁹⁷. Si la réflexion menée avec la personne de confiance peut encourager un salarié à rompre le silence, la personne de confiance est liée à la décision individuelle du salarié. Dans un dispositif que nous avons étudié, en cas d'indices importants sur une situation de harcèlement ou de comportements abusifs graves, le groupe de confiance doit obligatoirement demander une enquête avec ou sans le consentement de la partie requérante, ce qui prime sur toute considération de confidentialité. Une telle clause est intéressante puisqu'elle marque la primauté de l'intérêt collectif sur l'intérêt individuel, permettant ainsi une prévention consolidée. Il nous paraît cependant indispensable qu'une telle exception figure dans une disposition écrite, portée à la connaissance des salariés et qu'elle soit rappelée lors de la première entrevue avec la personne de confiance.

B. Médiateur

L'objectif de la médiation est un rétablissement de la communication entre les personnes en conflit au moyen d'un processus formel (obligation de moyens). Outil au service du rétablissement d'une communication de qualité, le travail de médiation s'opère au niveau de « *l'interpersonnel* ». Le caractère volontaire de la démarche, de même que la présence du médiateur, compris comme un tiers neutre et impartial ou multipartial (embrassant tous les points de vue), de même que la confidentialité qui s'applique tant au médiateur qu'aux médians, sont les conditions régulièrement mises en avant pour définir la

⁹⁷ DUNAND/TORNARE, p. 170 s.

médiation. Nous traiterons ci-dessous des tâches du médiateur (sous-section 1), puis des garanties nécessaires à son activité (sous-section 2).

1. Tâches

La médiation offre un espace de clarification sur les enjeux du conflit. « *Si le médiateur est garant du cadre des échanges (communication équilibrée et respectueuse), les médians sont responsables de leur qualité (explications nécessaires et informations transparentes)* »⁹⁸.

Les protocoles de prévention du harcèlement, notamment sexuel, qui ne prévoient que la seule médiation comme moyen à disposition des salariés, consacrent une individualisation d'un problème éminemment structurel, solution inadéquate en terme de protection de la personnalité⁹⁹.

Processus communicationnel¹⁰⁰, la médiation ne s'improvise pas et obéit à une succession d'étapes, parfois décrites dans les dispositifs de prévention, mais toujours explicitées par le médiateur : entretiens préalables, individuels le plus souvent (vérification du caractère volontaire de l'engagement et de l'adéquation du moyen avec un contexte interpersonnel), rencontre de médiation (résumé bref du différend par chaque participant, exposé des besoins et attentes ; interventions du médiateur sur la radicalisation des positions et sur les valeurs touchées par le conflit, synthèses sur les différences et les points communs ; pistes de solution). Dans une médiation « classique », 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, ne propose de solution à la place des personnes en conflits. L'issue de la médiation appartient aux médians et certains dispositifs leur laissent la décision de transmettre ou non le contenu d'un éventuel accord. Seule l'information qu'une médiation a eu lieu ou non peut être transmise à l'autorité d'engagement ou au service des ressources humaines par le médiateur, à condition que le cas ait été délégué par ces instances. En ce cas, les médians restent acteurs de leurs conventions, conformément à l'esprit de la médiation, ce qui n'exclut pas une réflexion en cours de processus sur l'importance de transmettre à l'employeur certaines réflexions qui touchent, par exemple, à l'organisation du travail comme cause du différend.

Une rencontre entre personnes en conflit organisée par une personne de confiance, sans que la neutralité du tiers, le caractère volontaire de l'engagement du mis en cause ou encore la confidentialité du processus ne soient garantis, ne constituent pas une

⁹⁸ DUNAND/TORNARE, p. 163 s.

⁹⁹ DUNAND/TORNARE, p. 173.

¹⁰⁰ MAURIOL, p. 21 et références.

médiation au sens strict, ce qui n'exclut pas que cette démarche reste pertinente, à condition de la définir par un autre vocable et pour autant que les règles du jeu soient claires et sans confusion avec une médiation stricte¹⁰¹.

2. Garanties

Les principes guidant le médiateur sont l'indépendance, la neutralité, l'impartialité, le non-jugement, et la confidentialité. L'indépendance du médiateur signifie qu'il doit pouvoir mener sa mission sans pression, à l'écart des éventuelles attentes de la hiérarchie et des ressources humaines. Une clarification sur ce principe avec l'employeur est essentielle, car le médiateur peut être confondu avec un consultant ayant une obligation de résultat¹⁰². L'accord entre les médiateurs ne porte pas nécessairement sur un engagement par rapport aux faits qui sont à l'origine du différend, dans la mesure où le processus de médiation a pour effet de consolider la confiance et non d'établir des faits. La vision des uns et des autres se modifie généralement au fil des séances, dans le sens d'une confiance retrouvée, voire d'une envie de poursuivre ou de reprendre la collaboration. Un danger peut consister pour le médiateur à devoir transmettre un accord qui contient des engagements précis des collaborateurs visant l'interpersonnel, engagements permettant ensuite à la hiérarchie de les sanctionner.

En ce qui concerne la neutralité, l'impartialité, le non-jugement ou la confidentialité, nous renvoyons le lecteur à la contribution de LUC WENGER portant notamment sur la médiation¹⁰³.

C. Enquêteur interne

Les spécialistes en matière de prévention des conflits relèvent l'importance des sanctions en matière d'atteinte à l'intégrité, comme véritable moyen de prévention. Le rôle de l'enquêteur est déterminant dans ce cadre. Nous évoquerons ici les tâches de l'enquêteur interne (sous-section 1), puis les garanties nécessaires à son activité (sous-section 2).

1. Tâches

L'enquête interne doit être distinguée de l'enquête judiciaire. L'enquêteur a pour mission d'éclaircir les faits constitutifs d'une atteinte et donc de récolter les preuves et de les apprécier dans ce but. L'enquête interne est menée pour le compte de l'employeur lors d'allégations d'atteintes graves à la personnalité, comme le harcèlement sexuel ou le

¹⁰¹ DUNAND/TORNARE, p. 174.

¹⁰² AYENSA, p. 83.

¹⁰³ WENGER, p. 73.

mobbing. Le prononcé d'une éventuelle sanction, sur la base d'un rapport d'enquête prenant la forme écrite, appartient à la hiérarchie et non à l'enquêteur lui-même. Les personnes généralement désignées comme enquêtrices sont, dans le secteur public, des personnes issues du milieu judiciaire, tel un juge en fonction ou à la retraite, ou un avocat. Une formation dans le domaine des atteintes à la personnalité et des conflits de travail devrait être exigée.

2. Garanties

En matière de droit public, les enquêtes administratives, internes ou les investigations, doivent respecter l'équité, notamment le droit d'être entendu des parties (cf. art. 29 et 30 Cst¹⁰⁴). Des normes précises sont le plus souvent adoptées pour cadrer cette intervention. Dans le secteur privé, l'enquête doit assurer un traitement équitable aux parties (information nécessaire à la préparation de leur cas, occasion de s'exprimer et de consulter le dossier, impliquant la tenue de procès-verbaux lors des auditions). L'enquêteur doit être neutre et impartial et doit s'en tenir aux faits et éléments pertinents¹⁰⁵. Un employeur qui ne respecterait pas ces garanties minimales pourrait engager sa responsabilité eu égard à la protection de la personnalité dont il est le garant.

La question d'une personne choisie à l'interne ou à l'externe dépend de la taille de l'entreprise¹⁰⁶, mais aussi de la position hiérarchique de l'auteur présumé. Certains dispositifs prévoient une audition séparée de la victime et de l'auteur présumés. Les témoins sont alors entendus hors la présence des parties.

D. Articulation entre les trois moyens de prévention

Les trois étapes d'intervention en matière tertiaire : confiance et écoute des salariés en souffrance, recherche de solutions destinées à régler les conflits et enfin interpellation formelle de la direction sur les situations « résistantes »¹⁰⁷ se retrouvent partiellement incarnées par la personne de confiance, le médiateur et l'enquêteur. L'enquête ne devrait être envisagée que lorsque les autres modes de résolution restent infructueux ou sont inadéquats, ce qui repose sur la logique d'une prévention adéquate tablant sur l'importance des moyens informels, propres à ménager le lien de confiance entre les personnes, voire à l'améliorer comme à consolider les liens des équipes de travail¹⁰⁸. En

¹⁰⁴ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

¹⁰⁵ COURCY/SAVOIE/BRUNET, p. 123.

¹⁰⁶ SECO, *Mobbing*, p. 17.

¹⁰⁷ ROUAT, p. 279.

¹⁰⁸ COURCY/SAVOIE/BRUNET, p. 122 ss ; ROUAT, p. 278.

pratique, nous l'avons vu, les rôles ne sont pas toujours clairement distingués. Nous mentionnerons ici les problèmes résultant du cumul de fonctions, entre personne de confiance ou médiateur et membre de la hiérarchie (sous-section 1), entre personne de confiance et médiateur (sous-section 2) et enfin entre personne de confiance et enquêteur (sous-section 3)¹⁰⁹.

1. Personne de confiance/médiateur et membre de la hiérarchie

Le cumul entre personne de confiance et organe ou membre de la hiérarchie a été écarté par le Tribunal fédéral, nous l'avons mentionné. Pour les mêmes raisons, le cumul entre organe ou membre de la hiérarchie et médiateur doit être exclu. Donner à la personne de confiance, chargée d'écouter et de conseiller la personne en souffrance, la tâche de mener une médiation en toute impartialité, ou donner au médiateur ou groupe de médiateurs la tâche de mener une investigation suite au dépôt d'une plainte formelle, posent de délicates questions sur le respect des principes inhérents à chaque moyen de prévention, tels que nous les avons identifiés en amont.

2. Personne de confiance et médiateur

Certains dispositifs de prévention donnent à la personne de confiance la compétence de conduire une médiation. Ce cumul peut entraîner, selon nous, un risque de confusion, peu propice à l'apaisement des situations conflictuelles.

L'écoute accordée à la personne en souffrance, empathique et non jugeante, caractérise la mission de la personne de confiance comme celle du médiateur. Cette similitude pourrait laisser penser que le cumul des deux fonctions peut être assumé aisément par la même personne. Or, la neutralité et l'impartialité inhérentes au rôle du médiateur peuvent être incompatibles avec la mission d'une personne de confiance, consistant à accompagner, soutenir et conseiller une personne en souffrance, dans une vision stratégique de résolution des conflits. Conseiller la médiation puis endosser l'habit du médiateur peut indiquer une attente particulière sur l'issue du processus, contraire au principe de neutralité. L'impartialité peut être affectée si la personne de confiance a accompagné une personne sur plusieurs entretiens ou si celle-ci a été vraisemblablement victime d'une atteinte aiguë (harcèlement sexuel ou *mobbing*). Par ailleurs, dans ce type de situation, la médiation paraît inappropriée vu la difficulté de vérifier l'engagement volontaire des parties ainsi que le niveau minimum d'égalité nécessaire entre elles, sous réserve de cas tout à fait exceptionnels¹¹⁰.

¹⁰⁹ Cf. aussi DUNAND/TORNARE, p. 172 ss et références.

¹¹⁰ DUCRET, p. 63 ; DUNAND/TORNARE, p. 172 ss.

3. Personne de confiance et enquêteur

Nul ne peut être juge et partie. Or, cette situation caractériserait en quelque sorte la personne de confiance qui assumerait également la fonction d'enquêteur. La neutralité et l'impartialité de l'enquêteur ne font pas bon ménage avec l'accompagnement et le conseil offerts par la personne de confiance à la personne en souffrance. La confidentialité, exigée de la personne de confiance, permettrait à celle-ci d'obtenir un certain nombre d'informations dont elle ne pourrait pas faire état en qualité d'enquêtrice¹¹¹. Ce cumul 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).

Il faut relever l'importance que peut revêtir l'accompagnement offert par une personne de confiance à la personne qui a sollicité son aide et a finalement déposé plainte. La période postérieure à une enquête interne reste très délicate, pour le plaignant, comme pour le mis en cause, mais aussi pour l'équipe dont un certain nombre de membres ont été entendus comme témoins. Un accompagnement devrait également être proposé aux personnes qui en ressentent le besoin, soit individuel (personne de confiance, psychologue d'entreprise, coach, etc.), soit collectif ou les deux.

V. La responsabilité contractuelle de l'employeur en cas d'inexécution de l'obligation de prévention

Après avoir suggéré plusieurs pistes relatives aux modalités de l'obligation de prévention, il convient de se demander quels sont les risques pour l'employeur qui ne respecterait pas ou qu'imparfaitement cette obligation. Il faut rappeler que le travailleur atteint dans ses droits de la personnalité dispose de plusieurs instruments juridiques ou voies de droit à l'encontre de son employeur¹¹². Dans sa contribution à laquelle nous renvoyons, MARIE-GISÈLE DANTHE évoque les diverses actions et mesures pouvant être prises contre l'employeur sur les plans administratif (sanctions administratives prononcées par l'autorité cantonale chargée de l'application de la LTr), civil (actions défensives et actions réparatrices) et pénal (sanctions des infractions pénales prévues dans le code pénal et la LTr)¹¹³. Nous souhaitons quant à nous, nous focaliser sur quelques aspects de la responsabilité contractuelle de l'employeur. C'est ainsi qu'après

¹¹¹ CANTIN, p. 52 ; DUNAND/TORNARE, p. 175.

¹¹² Cf. DUNAND, Commentaire, N 64 ss *ad* art. 328 CO, p. 293 ss.

¹¹³ Cf. *infra*, p. 109 ss.

avoir rappelé les principes généraux (section A), nous nous intéresserons aux conditions de la responsabilité contractuelle (section B) et à la question de la responsabilité pour les actes des auxiliaires (section C).

A. Principes généraux

Une atteinte aux droits de la personnalité du travailleur constitue en même temps un acte illicite, susceptible d'engager la responsabilité délictuelle de l'employeur (cf. art. 41 al. 1 CO), et une violation du contrat de travail, susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle (cf. art. 97 al. 1 et 328 al. 2 CO)¹¹⁴. Quand un acte est à la fois illicite et contraire à une obligation contractuelle, le droit suisse reconnaît au lésé un concours alternatif d'actions¹¹⁵. La victime choisira généralement la voie contractuelle, dont le régime du fardeau de la preuve (cf. art. 97 al. 1 CO), de la responsabilité du fait des auxiliaires (cf. art. 101 al. 1 CO) et de la prescription (cf. art. 127 CO) lui est plus avantageux¹¹⁶.

L'article 328 CO fonde une responsabilité directe de l'employeur pour ses propres agissements ou omissions, ainsi que pour les actes qui peuvent être commis par des tiers¹¹⁷. Lorsque l'employeur est une personne morale, il faut lui imputer les actes de ses organes (cf. art. 55 al. 2 CC)¹¹⁸. Par ailleurs, comme nous le verrons ci-dessous, l'employeur répond aussi des actes de ses auxiliaires (cf. art. 55 et 101 CO)¹¹⁹. La violation des obligations prévues à l'article 328 CO entraîne la responsabilité contractuelle de l'employeur pour le préjudice matériel et/ou pour le tort moral causé au travailleur (cf. art. 99 al. 3 et 49 CO)¹²⁰. En pratique, le coût des conséquences des conflits au travail repose toutefois sur les assurances privées et sociales, et donc sur la communauté des assurés¹²¹.

¹¹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 14 janvier 1992, consid. 1a, *in* : SJ 1993 351.

¹¹⁵ WYLER, Responsabilité, p. 253.

¹¹⁶ TERCIER/PICHONNAZ, N 1194 ss, p. 268 ss.

¹¹⁷ SONNENBERG, p. 99 ; WYLER/HEINZER, p. 314.

¹¹⁸ ATF 128 III 76, consid. 1b ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_544/2008 du 10 février 2009, consid. 2.3 ; WYLER/HEINZER, p. 315 s.

¹¹⁹ ATF 137 III 303, consid. 2.2.2 ; ATF 125 III 70, consid. 3a.

¹²⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 2C.2/2000 du 4 avril 2003, consid. 2.3 ; DUNAND, Commentaire, N 76 *ad* art. 328 CO, p. 297.

¹²¹ Cf. la contribution de DUPONT dans le présent ouvrage, *infra*, p. 179.

B. Conditions de la responsabilité contractuelle (art. 97 CO)

Pour mettre en route la responsabilité contractuelle de l'employeur, le travailleur doit prouver la violation du contrat (sous-section 1), le dommage (sous-section 2), ainsi que le lien de causalité entre les deux (sous-section 3). En revanche, la faute est présumée (sous-section 4).

1. Violation du contrat

Toute atteinte aux droits de la personnalité du travailleur constitue en principe une violation des obligations contractuelles de l'employeur au sens de l'article 328 CO. Une telle violation peut résulter autant d'une action que d'une abstention imputable à l'employeur¹²². L'absence de mécanisme de prévention des conflits, un conflit interpersonnel mal géré ou l'existence d'un harcèlement (psychologique ou sexuel) sont autant d'exemples d'atteintes.

2. Dommage

Le dommage est défini comme la diminution involontaire du patrimoine d'une personne¹²³. Le dommage résultant d'une atteinte à la personnalité est la perte patrimoniale découlant de cette atteinte. Lorsque le conflit a abouti au départ de la victime de l'entreprise, par exemple parce qu'elle a été licenciée, le dommage peut consister en une perte de gain liée au chômage et en des frais de recherche d'un nouvel emploi ou de formation¹²⁴.

Quand l'atteinte à la personnalité est également constitutive d'une atteinte à la santé physique ou à la santé mentale du travailleur, par exemple dans certains cas de *mobbing*, l'on est en présence d'une lésion corporelle. Le dommage peut comprendre la prise en charge de frais médicaux non couverts par une assurance¹²⁵. Il consistera aussi dans l'impossibilité pour la victime d'utiliser pleinement sa capacité de gain¹²⁶. Pour déterminer les conséquences pécuniaires de l'incapacité de gain, il faut estimer le gain que le lésé aurait obtenu de son activité professionnelle s'il n'avait pas subi l'événement dommageable. Le calcul de la perte de gain s'effectuera sur la base du salaire net, toutes les cotisations aux assurances sociales devant être déduites du salaire brut. Il conviendra alors de distinguer trois périodes, à savoir celle comprise entre la date de l'événement dommageable et celle de l'arrêt cantonal, celle s'étendant jusqu'à la retraite et enfin celle

¹²² PORTMANN, N 53 *ad* art. 328 CO, p. 1941.

¹²³ TERCIER/PICHONNAZ, N 1210, p. 272.

¹²⁴ WENNUBST, p. 162 s.

¹²⁵ WENNUBST, p. 163.

¹²⁶ ATF 127 III 403, consid. 4a, JdT 2001 I 482.

débutant à ce moment-là. Pour cette dernière période, il y a lieu de calculer le dommage de rente¹²⁷.

3. Lien de causalité

Pour qu'un dommage puisse être réparé, il faut qu'il existe entre celui-ci et la violation du contrat un lien de causalité naturelle et adéquate. Il y a causalité naturelle lorsque le fait générateur de responsabilité est une condition *sine qua non* du résultat¹²⁸. Autrement dit, la causalité naturelle est toujours donnée lorsque l'on ne peut faire abstraction de l'évènement en question sans que le résultat ne tombe aussi¹²⁹. Selon la jurisprudence constante, un lien de causalité est adéquat quand un évènement est propre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à produire ou à favoriser une conséquence semblable à celle qui s'est réalisée concrètement¹³⁰.

La condition du lien de causalité est sans doute la plus délicate. Lorsqu'une incapacité de travail est à l'origine d'une action en dommages-intérêts, il appartient à la victime d'alléguer et de prouver les faits permettant de constater que le comportement de l'employeur, par exemple, la prétendue omission d'adopter des mesures destinées à protéger sa personnalité et sa santé, a été la condition *sine qua non* du résultat, soit du dommage subi, par exemple son invalidité. Il s'agira donc pour le travailleur de démontrer que si l'employeur avait pris les mesures qu'on pouvait attendre de lui, la victime ne serait pas dans l'incapacité de travailler¹³¹. Il a, par exemple, été jugé que la condition de la causalité naturelle et adéquate était réalisée dans un cas où le comportement de l'employeur était la cause directe et prépondérante pour ne pas dire unique de l'invalidité de l'employée et, partant, de sa perte de gain¹³².

Il faut encore préciser que la jurisprudence se demande parfois si le comportement inadéquat d'un employé qui est invoqué par l'employeur pour justifier son licenciement (immédiat) n'est pas dû à une violation par ce dernier des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 328 CO. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a examiné si le licenciement immédiat d'un employé qui avait perpétré une agression physique à l'encontre d'une supérieure hiérarchique, âgée de 61 ans et de constitution menue, était ou non justifié au sens de l'article 337 CO. Notre Haute Cour a considéré que la perte de maîtrise de l'employé trouvait son origine dans son mauvais état de santé dont la cause

¹²⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, consid. 5.3.1.

¹²⁸ ATF 128 III 174, consid. 2b.

¹²⁹ ATF 119 V 335, consid. 1.

¹³⁰ ATF 129 III 312, consid. 3.3 ; ATF 121 III 350, consid. 7a.

¹³¹ Arrêt du tribunal fédéral 4A_245/2009 du 6 avril 2010, consid. 4.4. Cf. aussi arrêt du Tribunal fédéral 4A_564/2008 du 26 mai 2009, consid. 3.2.

¹³² Arrêt du Tribunal fédéral 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, consid. 6.2.

résidait exclusivement dans le *mobbing* dont il avait été victime pendant presque une année. Il fallait donc conclure que le licenciement immédiat de l'employé était injustifié, car l'employeur, qui n'avait pris aucune mesure sous l'angle de l'article 328 CO pour désamorcer le conflit de nature interpersonnelle, était (en partie au moins) responsable des faits qui s'étaient produits au sein de son entreprise¹³³.

4. Faute

La faute se définit comme un manquement de la volonté aux devoirs imposés par le contrat ; en l'occurrence cela signifie que l'employeur n'a pas agi conformément à ce que l'on était en droit d'attendre de lui, soit qu'il ait intentionnellement violé ses obligations, soit qu'il ait agi par négligence en ne faisant pas preuve de la diligence requise¹³⁴. La faute est présumée : il appartient en conséquence à l'employeur de prouver qu'aucune faute ne lui est imputable (cf. art. 97 al. 1 CO). En pratique, il sera difficile à l'employeur qui n'a pas pris les mesures de prévention adéquates d'apporter la preuve requise.

C. Responsabilité pour les actes des auxiliaires (art. 101 CO)

La responsabilité contractuelle à raison des actes des auxiliaires est régie par l'article 101 CO. Il résulte de cette disposition légale que l'employeur répond des actes de ses auxiliaires, c'est-à-dire de ses collaborateurs, quel que soit leur niveau hiérarchique, voire de tiers extérieurs à l'entreprise lorsqu'il leur a délégué des tâches¹³⁵. Est un auxiliaire toute personne qui, du consentement du débiteur, soit de l'employeur, exécute ou concourt à l'exécution d'une obligation de celui-ci¹³⁶. Pour que l'article 101 CO soit applicable, il suffit que l'auxiliaire ait agi au su et avec le consentement du débiteur, même s'il n'y a aucun lien de subordination¹³⁷. Nous traiterons ici de l'article 101 CO comme norme d'imputation (sous-section 1), ainsi que de la question des preuves libératoires (sous-section 2).

1. Norme d'imputation

L'application de l'article 101 CO dans des cas d'atteinte à la personnalité d'un travailleur pose des problèmes juridiques délicats¹³⁸. Il faut rappeler que cette disposition a pour but

¹³³ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_60/2014 du 22 juillet 2012, consid. 3.5.

¹³⁴ TERCIER/PICHONNAZ, N 1230, p. 276.

¹³⁵ ATF 125 III 70, consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_578/2011 du 12 janvier 2012, consid. 6.4.

¹³⁶ THÉVENOZ, N 5 *ad* art. 101 CO, p. 788.

¹³⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, consid. 4.1.

¹³⁸ Cf. DUNAND, Commentaire, N 89 *ss ad* art. 328 CO, p. 304 *ss* et les références citées.

de rendre le débiteur responsable comme il l'aurait été s'il n'avait pas confié l'exécution de son obligation à un auxiliaire, mais s'en était occupé personnellement¹³⁹. Le débiteur répond du comportement de son auxiliaire comme s'il s'agissait du sien propre, même si l'auxiliaire a excédé ses compétences et agi au mépris d'instructions reçues¹⁴⁰. Contrairement à l'article 97 CO, ni la faute du débiteur ni celle de l'auxiliaire ne sont une condition d'application¹⁴¹.

Dans les relations de travail, l'article 101 CO régit selon nous en premier lieu les relations contractuelles nouées entre l'employeur et un tiers (externe à l'entreprise). Il est aussi envisageable, en second lieu, d'appliquer cette disposition dans les relations internes de 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. Autrement dit, on peut se demander si l'on ne devrait imputer à l'employeur, sur la base de l'article 101 alinéa 1 CO, que le comportement des travailleurs auxquels il a confié des tâches de direction à l'égard de son personnel. Dans un arrêt semble-t-il isolé, le Tribunal fédéral a paru soutenir un tel raisonnement¹⁴², de même que la doctrine aujourd'hui largement majoritaire¹⁴³.

S'agissant de l'obligation de prévention des conflits interpersonnels, la responsabilité de l'employeur est nécessairement engagée puisqu'il est tenu de mettre en œuvre les moyens adéquats en déléguant au besoin les tâches de direction aux personnes compétentes.

2. Preuves libératoires

La question d'éventuelles preuves libératoires accordées à l'employeur est également problématique¹⁴⁴. En effet, l'article 101 CO est une norme de responsabilité particulièrement sévère pour le débiteur (ici, l'employeur) puisqu'il ne peut pas apporter de véritable preuve libératoire : le débiteur ne peut en effet s'exonérer qu'en prouvant que, s'il avait personnellement agi comme l'a fait l'auxiliaire, on ne pourrait lui

¹³⁹ DONATIELLO, N 384, p. 110.

¹⁴⁰ CA/GE du 2 novembre 1989, *in* : SJ 1990 642.

¹⁴¹ THÉVENOZ, N 2 *ad* art. 101 CO, p. 787.

¹⁴² Cf. ATF 137 III 303, consid. 2.2.2 ; cf. aussi TPH/GE du 21 novembre 1991, consid. 3b, *in* : JAR 1992 166.

¹⁴³ AUBERT, Commentaire, N 52 *ad* art. 5 LEg, p. 137 s ; BRÜHWILER, N 17 *ad* art. 328 CO, p. 238 ; CARRON, p. 126 ; DUNAND, Commentaire, N 89 *ad* art. 328 CO, p. 305 ; PORTMANN, N 20 *ad* art. 328 CO, p. 1929 et N 53a *ad* art. 328 CO, p. 1941 ; SUBILIA/DUC, N 45 *ad* art. 328 CO, p. 327 ; WYLER/HEINZER, p. 353 ss.

¹⁴⁴ DUNAND, Commentaire, N 90 *ad* art. 328 CO, p. 305 et les références citées.

reprocher ce comportement (critère dit de la faute hypothétique)¹⁴⁵. Cette preuve est impossible à apporter en cas d'atteinte à la personnalité. La loi instaure ainsi une responsabilité « *quasi causale* » de l'employeur¹⁴⁶.

Dans cette logique, le Tribunal fédéral a considéré que l'employeur ne pouvait s'exonérer de la responsabilité découlant de l'article 101 CO en prouvant qu'il avait pris toutes les mesures nécessaires pour protéger la personnalité de la victime après que celle-ci avait fait part de la situation, puisque l'employeur répond également des atteintes à la personnalité commises auparavant par son auxiliaire¹⁴⁷. Une telle solution ne nous semble pas très éloignée de la reconnaissance d'une obligation de résultat dans la prévention des risques psychosociaux¹⁴⁸, principe qui a fait son chemin en droit français¹⁴⁹.

L'application sans réserve de l'article 101 alinéa 1 CO peut cependant paraître inéquitable lorsque l'employeur a pris toutes les mesures de prévention, d'organisation et de surveillance nécessaires et que, sans qu'il ait été ou qu'il ait pu être au courant, des atteintes à la personnalité d'un employé se sont produites dans son entreprise¹⁵⁰.

Dans une publication antérieure, l'un des deux auteurs de la présente publication s'est demandé s'il n'était pas préférable de considérer que l'article 328 CO constituait une norme d'imputation *sui generis* qui serait assortie de réelles preuves libératoires¹⁵¹. On pourrait alors s'inspirer ou appliquer par analogie la réglementation relative au harcèlement sexuel qui, comme nous l'avons vu, exclut le versement d'une indemnité à la victime lorsque l'employeur a prouvé « *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 « *ou y mettre fin* » (cf. art. 5 al. 3 LEg). Un tel régime permettrait de fixer des critères identiques de responsabilité de l'employeur que la victime ait été harcelée sexuellement ou psychologiquement¹⁵². Notons que la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois a retenu cette

¹⁴⁵ THÉVENOZ, N 26 *ad* art. 101 CO, p. 795 ; CCC/NE du 31 janvier 2000, consid. 3a, *in* : RJN 2000 122.

¹⁴⁶ TPH/GE du 21 novembre 1991, consid. 3b, *in* : JAR 1992 166 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 16 *ad* art. 328 CO, p. 551 ; WAEBER, *Mobbing*, p. 793.

¹⁴⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_128/2007 du 9 juillet 2007, consid. 2.2.

¹⁴⁸ SONNENBERG, p. 73.

¹⁴⁹ JULLIOT, p. 65 ss ; LEFEBVRE/POIROT, p. 16.

¹⁵⁰ SONNENBERG, p. 98 ss.

¹⁵¹ DUNAND, *Harcèlement*, p. 30 s.

¹⁵² DUNAND, *Commentaire*, N 92 *ad* art. 328 CO, p. 306.

solution¹⁵³. En revanche, le Tribunal fédéral ne semble pas avoir encore eu l'occasion de se prononcer.

VI. Conclusion

Nous avons vu que la législation suisse, telle qu'interprétée aujourd'hui par la jurisprudence et la doctrine, fonde une obligation de l'employeur de prévenir les conflits interpersonnels. L'employeur qui ne respecte pas les règles en la matière engage sa responsabilité et s'expose à diverses sanctions. Mais les enjeux sont encore plus vastes.

Lorsqu'une atteinte à la personnalité est annoncée, l'employeur, qui ne s'est pas doté de moyens de gestion des conflits, doit non seulement faire face à une situation pour laquelle il ne s'est pas (suffisamment) préparé, mais aussi, dans certains cas, présenter à l'inspection du travail un dispositif élaboré dans l'urgence. Les moyens de prévention risquent alors de n'être qu'une réponse hâtive et limitée au seul cas litigieux, réponse souvent insuffisante tant pour le salarié en souffrance que pour l'inspection du travail et, finalement, pour l'entreprise elle-même dans une vision à moyen et long termes. Une entreprise qui instaurerait une personne de confiance, ou un recours au médiateur, sans avoir clarifié l'articulation entre ce moyen et d'autres interventions possibles, ni informé les employés sur l'existence de ces moyens, répondrait certes formellement à l'obligation de prévenir les conflits, mais sans véritable intention de gérer les risques. L'outil de prévention ne serait qu'une mesure alibi, sans réelle portée sur une prévention efficace des conflits et propre à accroître la méfiance des salariés envers leur employeur.

L'adoption d'un plan de prévention, hors situation conflictuelle qui appelle des réponses urgentes, engage l'entreprise dans une réelle réflexion sur la place accordée à la santé des salariés, notamment psychique, avec une sensibilisation de la direction aux risques psychosociaux et aux conflits, par des formations adéquates. L'entreprise doit identifier les facteurs de risques et développer des solutions, en mobilisant des acteurs à l'interne, par exemple en créant un comité de pilotage, avec l'aide de consultants externes au besoin. Leurs compétences et leur regard extérieur peuvent s'avérer de précieux atouts¹⁵⁴. Les solutions doivent être mises en oeuvre et les résultats doivent être évalués. Les ressources humaines restent incontournables dans ces processus, en raison de leur rôle dans la gestion des relations au travail.

¹⁵³ TC/VD du 22 février 2008, consid. 4d, in : JAR 2009 642.

¹⁵⁴ Cf. SECO, *Mobbing*, p. 34.

Personne de confiance, médiation et enquête interne sont des moyens de prévention tertiaire, dont seul le premier a été, en l'état, reconnu comme faisant partie des standards de prévention. La médiation pourrait bien suivre, étant donné son intégration quasi systématique dans les protocoles d'une certaine importance. D'autres moyens tertiaires existent également, comme la concertation réunissant autour d'une même table spécialistes des conflits, hiérarchie et ressources humaines, voire intervenants externes.

L'existence de différents outils, certains internes, d'autres externes à l'entreprise, visant des niveaux de prévention complémentaires et exigeant des compétences différentes dans leur maniement invite à une réflexion sur le travail en réseau. Les questions de transmissions de données, de confidentialité, d'un éventuel ordre de priorité d'une prévention collective sur une prévention individuelle, des pouvoirs respectifs des différents acteurs ainsi que des difficultés à travailler en complémentarité, ouvrent des champs d'exploration intéressants.

Comme l'a relevé le Tribunal fédéral, les conflits interpersonnels et les atteintes psychiques sur le lieu de travail génèrent absentéisme, perte de productivité et coûts importants¹⁵⁵. Selon le célèbre adage, « *il vaut mieux prévenir que guérir* », l'organisation et la mise en œuvre de mesures de prévention 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.

VII. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

AUBERT G., Commentaire de l'article 328 CO, *in* : Thévenoz/Werro (éd.), Commentaire romand, Code des obligations I, Bâle 2012 (cité : AUBERT, CR CO I).

AUBERT G., Commentaire de l'article 5 LEg, *in* : Aubert/Lempen (éd.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 (cité : AUBERT, Commentaire).

AUBRY GIRARDIN F., Protection de la santé au travail : cadre juridique général, *in* : Guillod (éd.), Santé et travail, Berne 2008, pp. 45-62.

AYENSA M.-C., Souffrance au travail, l'urgence d'une médiation vivante, Paris 2011.

¹⁵⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_462/2011, consid. 5.2. Cf. aussi DEVEAUD-PLÉDRAN, p. 106 ss, DUNAND, Harcèlement, p. 16 ; SCHEIDEGGER/PITTELOU, N 22 *ad* art. 6 LTr, p. 122 et WENNUBST, p. 189 ss.

- BENNINGER M., Bientôt des arbitres externes pour prévenir les conflits ?, *in* : HR Today, août 2013, pp. 6-7.
- BRÜHWILER J., Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-232 OR, Bâle 2014.
- BRUNNER C./BÜHLER J.-M./WAEBER J.-B./BRUCHEZ C., Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2004.
- CANTIN J.-M., L'abus d'autorité au travail : une forme de harcèlement, Ontario 2000.
- CARRON V., *Mobbing* et demeure de l'employeur, *in* : Wyler (éd.), Panorama en droit du travail, Berne 2009, pp. 115-139.
- CARRUZZO P., Le contrat individuel de travail – Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zurich/Bâle/Genève 2009.
- COMBALBERT N., La souffrance au travail, Comment agir sur les risques psycho-sociaux, Paris 2010.
- COURCY F./SAVOIE A./BRUNET L., Violences au travail, Canada 2004.
- DEBOUT M., Des violences aux risques psychosociaux, *in* : Risques psychosociaux au travail, France 2008.
- DEJOURS C., Conjurer la violence, Paris 2007, p. 50 ss.
- DESRUMEAUX P., Le harcèlement moral au travail, réponses psychosociales, organisationnelles et cliniques, Rennes 2011.
- DEVEAUD-PLÉDRAN M., Le harcèlement dans les relations de travail – Etude pluridisciplinaire de la question du harcèlement suivie d'une étude comparée entre le droit suisse et quelques législations étrangères, Genève/Zurich/Bâle 2011.
- DONATIello G., Responsabilité du débiteur : de la délégation à l'organisation de l'exécution des obligations, Genève/Zurich/Bâle 2010.
- DUCRET V., Mesures prises par les entreprises pour prévenir le harcèlement sexuel, éd. Le Deuxième Observatoire, Genève 2003.
- DUNAND J.-P., Commentaire des articles 328 et 336 CO, *in* : Dunand/Mahon (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013 (cité : DUNAND, Commentaire).
- DUNAND J.-P., Le harcèlement psychologique (*mobbing*) en droit privé suisse du travail, *in* : RJN 2006, pp. 13-45 (cité : DUNAND, Harcèlement).
- DUNAND J.-P./TORNARE S., « *Personne de confiance* » et prévention des conflits au travail – Perspectives ouvertes par l'arrêt du TF 2C_462/2011, *in* : Festschrift – Zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zurich/Saint-Gall 2014, pp. 151-176.
- FAVRE C./MUNOZ C./TOBLER R. A., Le contrat de travail, Code annoté de la jurisprudence fédérale et cantonale, Lausanne 2010.
- JULLIOT S., Approche juridique, *in* : Risques psychosociaux au travail, France 2008.
- KÜNZI G./VICARIO A./KÜNZI D./JEANDET C., Harcèlement sur le lieu de travail, Lausanne 2006.
- LEMPEN K., Commentaire de l'article 4 LEg, *in* : Aubert/Lempen (éd.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 (cité : LEMPEN, Commentaire).
- LEMPEN K., Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur – Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne, Genève/Zurich/Bâle 2006 (cité : LEMPEN, Harcèlement).

- LANCON J.-M., La place du coaching et de la formation professionnelle dans la prévention des risques psychosociaux, *in* : La souffrance au travail, Paris 2010.
- LAURENT P./PATUREL D., Articuler la pluridisciplinarité, *in* : Risques psychosociaux au travail, France 2008.
- LEFEBVRE B./POIROT M., Stress et risques psychosociaux au travail, Issy-les-Moulineaux 2011.
- MAURIOL M., La médiation, contribution au mieux-être au travail, Paris 2014.
- MICHIELS C., L'action des services de santé au travail, entretien, *in* : Revue Non-violence actualité, mars-avril 2014.
- MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI ET DE LA SANTÉ, Rapport du Collège d'expertise sur le suivi des risques psychosociaux au travail, Mesurer les facteurs psychosociaux de risque au travail pour les maîtriser, Paris 2011 (cité : MINISTÈRE DU TRAVAIL).
- MÜLLER R. A., Commentaire de l'article 6 LTr, *in* : ArG Kommentar, Zurich 2009.
- PORTMANN W., Commentaire de l'article 328 CO, *in* : Honsell/Vogt/Wiegand (éd.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Bâle 2011.
- ROTHENBÜHLER I., Former au conflit, condition de la coopération, *in* : Revue Non-violence actualité, mars-avril 2014.
- ROUAT S., Passer des procédures au processus, *in* : Risques psychosociaux au travail, France 2008, pp. 227-285.
- ROUAT S./LAPORTE J., Agressions et *hold-up*, *in* : Risques psychosociaux au travail, France 2008, pp. 155-162.
- SCHEIDEGGER H.-U./PITTELOUD C., Commentaire de l'article 6 LTr, *in* : Geiser/von Kaenel/Wyler (éd.), Berne 2005.
- SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Commentaire de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail, Annexe de l'art. 2 OLT 3, Berne 2014, pp. 302 A - 302 H (cité : SECO, Commentaire).
- SÉCRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO), *Mobbing* et autres formes de harcèlement – Protection de l'intégrité personnelle au travail, Berne 2013 (cité : SECO, *Mobbing*).
- SONNENBERG C., La protection de la personnalité du travailleur : sauvegarde de sa santé et sécurité au travail, Lausanne 2010.
- STEIGER-SACKMANN S., Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz – Rechtliche Möglichkeiten zur Verbesserung der Prävention, Zurich/Bâle/Genève 2013.
- STREIFF U./VON KAENEL A. et RUDOLPH R., Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Zurich/Bâle/Genève 2012.
- SUBILIA O./SCHWEIZER S., *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, *in* : DTA 2012, pp. 323-332.
- TERCIER P./FAVRE P. G., Les contrats spéciaux, Genève/Zurich/Bâle 2009.
- TERCIER P./PICHONNAZ P., Le droit des obligations, Genève/Zurich/Bâle 2012.
- THÉVENOZ L., Commentaire de l'article 101 CO, *in* : Thévenoz/Werro (éd.), Commentaire romand, Code des obligations I, Bâle 2012.
- VALLÉ M., Approche scientifique, *in* : Risques psychosociaux au travail, France 2008, pp. 39-49.

- WAEBER J.-B., La protection de la personnalité dans les rapports de travail, *in* : Aubert/Guinhard/Piccot (éd.), *Harcèlement au travail*, Zurich/Bâle/Genève 2002, pp. 37-61 (cité : WAEBER, Protection).
- WAEBER J.-B., Le *mobbing* ou harcèlement psychologique au travail, quelles solutions ?, *in* : PJA 7/1998, pp. 792-796 (cité : WAEBER, *Mobbing*).
- WENNUST G., *Mobbing – Le harcèlement psychologique analysé sur le lieu de travail*, Lausanne 1999.
- WYLER R., Chronique de droit du travail, *in* : JdT 2013 II, pp. 187-209 (cité : WYLER, Chronique).
- WYLER R., La responsabilité civile de l'employeur, y compris en ce qui concerne les actes de ses organes et auxiliaires, *in* : DTA 2011, pp. 249-259 (cité : WYLER, Responsabilité).
- WYLER R. et HEINZER B., *Droit du travail*, Berne 2014.

Première partie - Cadre général et principes

C. Gestion des conflits

LUC WENGER

Gestion des conflits : défis, réflexions, outils

Sommaire	Page
I. Gérer les conflits, pourquoi ?	74
A. Aspects légaux, rappel	75
B. Motifs sociologiques	75
C. Motifs psychologiques	76
1. Introduction	76
2. Besoin de reconnaissance	77
3. Besoin d'écoute et autres besoins	79
D. Conséquences économiques	79
II. Gérer les conflits, comment ? Outils	80
A. Introduction	80
B. L'entretien d'accompagnement	80
C. La médiation	81
1. Définition	81
2. Conditions	82
a) Autonomie	82
b) Vérification du périmètre de la médiation à raison des personnes et de l'objet	84
c) Bonne foi	84
d) Construction de l'avenir	85
e) Confidentialité	85
f) Respect réciproque	87
3. Déroulement	87
4. Caractéristiques du rôle de médiateur	89
5. Médiation dans les relations de travail. Y a-t-il des spécificités ?	90
6. La force du dispositif de médiation	91
D. Formation et/ou <i>coaching</i> individuel et d'équipe	92
E. L'audit relationnel	93
F. Le cas du harcèlement psychologique	93
1. Introduction	93
2. Médiation	94
3. Enquête	95
G. De quelques compétences requises en matière de gestion des conflits	96
III. Création d'un dispositif de prévention et de gestion des conflits	98
A. Dispositif interne ou externe	98
B. Champ d'application	99
C. Quels intervenants pour la gestion des conflits ?	100
D. Dispositif formel et informel ?	102
E. Saisine	102

IV. Conclusion	103
V. Bibliographie	103

I. Gérer les conflits, pourquoi ?

Personne n'aime les conflits. Ils stressent, blessent, font souffrir, engagent dans des rapports de force ou en résultent, prennent de l'énergie, détruisent, bloquent, font peur, font fuir, font attaquer, pétrifient et on pourrait allonger la liste.

Les conflits sont à la base de l'évolution des systèmes vivants, depuis l'infiniment petit déjà. C'est notre manière de les aborder qui les rend menaçants ou féconds, destructeurs ou prometteurs d'évolution¹.

En réalité, les conflits sont un appel à l'établissement d'un nouvel équilibre d'un changement. D'ailleurs, les caractères qui composent le mot « *conflit* » en chinois signifient à la fois « *danger* » et « *opportunité* ». Il est vrai qu'ils ne sont pas plus faciles à vivre pour autant. Mais cet appel répond à la question posée dans le titre. Les conflits peuvent apporter une évolution positive s'ils sont réglés, du moins gérés. Ne pas les gérer, ni les régler ne peut être que néfaste. Les problèmes se règlent rarement seuls ! Laisser se perpétuer les conflits entraîne généralement une aggravation de la situation, avec le cortège des inconvénients que l'on connaît en matière de santé physique et psychique.

Les outils décrits au chapitre suivant sont destinés à sortir d'une vision dualiste, selon laquelle il ne peut y avoir qu'un gagnant et un perdant à l'issue du conflit. Avant d'aborder ces outils, il nous paraît utile de visiter les principaux motifs qui sous-tendent le *pourquoi* de l'évolution juridique actuelle en matière de gestion des conflits.

Enfin, pour faire le lien avec les relations de travail étudiées dans le cadre de la présente collection, il n'est certes pas superflu de relever explicitement que la gestion des conflits est destinée à maintenir ou améliorer le climat de travail dans les entreprises, ce qui est d'une importance évidente pour la santé physique et psychique des travailleurs, sans parler de l'incidence favorable d'un bon climat sur la productivité.

¹ KOURILSKY, p. 245.

A. Aspects légaux, rappel

Les aspects légaux de la gestion des conflits ont déjà été traités dans le cadre des contributions dans cet ouvrage sur la responsabilité de l'employeur en matière de prévention des conflits². Cette responsabilité touche tant la prévention que la gestion³. On voit d'ailleurs assez mal pourquoi seule la prévention des conflits serait visée par le législateur pour protéger les travailleurs. La prévention, aussi importante et souhaitable, ne suffit hélas pas à éviter tout conflit, de sorte que des mesures de gestion doivent être mises en place.

B. Motifs sociologiques

Depuis la fin des années 1960, et plus intensément depuis le milieu des années 1990, nous vivons des transformations sociales profondes qui touchent à la fois notre rapport à la norme, au savoir et au contrôle. « *Le modèle de l'Etat social, qui apparaît à la fin du XIX^e siècle, a été structuré par une certaine conception du savoir et de la norme légitimes.* » Il s'agit de « *la conception positiviste* »⁴ le savoir social devait être « *scientifique* » et était produit par « *les experts* » organisés selon leurs disciplines distinctes.

Selon DE MUNCK, les mutations par rapport à la norme et au savoir ont « *une incidence très profonde sur notre conception de l'Etat et du droit* ». C'est une conception de la loi qui est mise en question⁵.

Le monde du travail nous fournit un bon exemple : nous sommes issus de la société « *fordiste* ». Le mode de production qui prédomine de nos jours est axé sur les services et est très flexible. Cette transformation du mode de production s'accompagne d'un changement dans la « *production du savoir* ». Nous passons d'un monde organisé et formalisé, où la formation et les tâches de chacun étaient clairement définies et où les tâches de conception étaient clairement distinguées des tâches d'exécution, le travail manuel de l'intellectuel. C'est un monde dans lequel les savoirs étaient stables et délimités⁶.

De nos jours, les savoirs sont innovants et mouvants, partagés. Chacun peut être un expert en ce qui lui concerne. Le résultat en est que le savoir partagé, celui qui permet de

² Cf. contribution de DUNAND/TORNARE, p. 29 dans le présent ouvrage.

³ DUNAND/MAHON, N 21 *ad* art. 328 et TF 2C_462/2011 du 9 mai 2012, commenté *supra*.

⁴ DE MUNCK, La crise de l'Etat, p. 17.

⁵ DE MUNCK, De la loi à la médiation, p. 311.

⁶ *Ibid.*, p. 312.

collectivement qualifier une situation de travail, n'est plus prédonné, mais produit au sein même de la situation par les acteurs concernés dans les contextes imprévisibles et complexes. « *Ce n'est plus la norme qui détermine ce que doit être une situation, c'est aussi la situation qui détermine ce que doit être la norme* »⁷.

Ces mutations entraînent des tensions. Il n'est plus possible de fixer des normes générales applicables à tous. Elles sont négociées par entreprise ou par branche, comme par exemple la réduction du temps de travail.

Les transformations de la production du savoir et du rapport à la norme ont aussi modifié le contrôle social que les employeurs exercent sur leurs collaborateurs : les entreprises prennent conscience que le contrôle hiérarchique et vertical n'est pas le contrôle social le plus efficace. Ils adoptent de nouveaux procédés de contrôle, plus latéraux et basés sur des évaluations, y compris par des pairs.

Dans ce contexte, « *la médiation n'est pas seulement un symptôme de ces transformations. Elle se présente aussi comme un remède* »⁸, symptôme de la crise de la mise en question de l'autorité quant à sa légitimité, remède quant à la place qu'elle accorde au savoir commun et le sens ordinaire de justesse.

C. Motifs psychologiques

1. Introduction

Si le droit protège la personnalité, donc en particulier l'intégrité physique, la santé physique et psychique, l'intégrité morale, la considération sociale et les libertés individuelles, c'est surtout la santé psychique qui est visée, du moins dans un premier temps, en matière de gestion des conflits.

Poser les limites de la protection de la santé psychique s'avère d'une complexité redoutable. La psychiatrie a démontré depuis longtemps que tous les êtres présentent, de manière diverse des fragilités. Pour faire un lien avec les relations de travail, cela signifie que les travailleurs ne commencent pas une activité professionnelle avec le même capital de santé psychique, comme pour la santé physique d'ailleurs. Cependant les problèmes de santé psychique sont moins apparents et plus difficiles à cerner.

La difficulté dans l'appréhension de la santé psychique a fait couler beaucoup d'encre. ISAAC NEWTON disait déjà : « *Je sais calculer la vitesse des étoiles, pas la folie des*

⁷ *Ibid.*, pp. 312-313.

⁸ *Ibid.*, p. 314.

hommes » ! La discussion autour du DSM-5 (Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux, de l'anglais Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders) en fournit un autre exemple : il était critiqué avant sa publication déjà et faisait l'objet de polémiques et de controverses. En particulier, la dernière édition faisait craindre de provoquer une inflation diagnostique, exposant des bien portants à d'inutiles et coûteux traitements⁹. La normalité est en définitive difficilement saisissable. Les dictionnaires nous disent qu'un état de santé normal est celui qui n'est affecté d'aucune modification pathologique, mais que l'état pathologique est celui qui s'écarte d'un type... normal de fonctionnement ! Les philosophes qui font dépendre la notion de normalité du temps, des lieux et des cultures ne sont pas non plus parvenus à la cerner, pas plus que la médecine ou les statistiques, au point que les plus provocateurs sont allés jusqu'à dire que le trouble mental était un mythe...¹⁰.

Au vu de cette difficulté, on peut partir d'un point de vue empirique, plutôt que d'une notion objectivement établie. L'expérience pratique des personnes confrontées aux problèmes affectant le climat de travail permet de répertorier un certain nombre de besoins psychologiques qui sont régulièrement évoqués.

2. Besoin de reconnaissance

Le besoin de reconnaissance est un besoin que les intervenants rencontrent très souvent dans les relations de travail.

Il s'agit d'un besoin fondamental, décrit notamment par MASLOW dans sa célèbre « *pyramide des besoins* », qui est un des modèles de motivation les plus enseignés¹¹.

Ce besoin semble s'inscrire dans un mouvement ascendant. Les modifications du rapport à l'autorité que les sociologues ont mis en évidence (notamment DE MUNCK, cf. *let. B supra*) en sont peut-être aussi la cause. Ces modifications ont pour effet d'élargir le problème de la reconnaissance. En effet, dans un modèle de régulation formaliste, d'autorité verticale très marquée, le besoin de reconnaissance s'exprimait surtout dans ce rapport hiérarchique. Dans un modèle formel-négocié, il s'agit de se faire reconnaître non seulement par l'autorité, mais encore par les égaux¹². DE MUNCK s'appuie notamment sur les travaux de HONNETH qui, dans son ouvrage sur *La lutte pour la reconnaissance*¹³, en identifie 3 piliers : l'amour (au sens large, soit un lien affectif), le

⁹ FRANCES, p. 17.

¹⁰ FRANCES, *op. cit.* p. 31 ss ; dans ce sens aussi : FOUCAULT, p. 15 ss notamment.

¹¹ MASLOW, pp. 370-396.

¹² DE MUNCK, De la loi à la médiation, p. 35.

¹³ HONNETH, p. 113 ss.

droit (reconnaissance comme personne titulaire de droits et obligations) et la reconnaissance dite culturelle, touchant la vie sociale, donc en particulier aussi les relations sociales¹⁴. DE MUNCK relève que l'augmentation des plaintes pour harcèlement psychologique est révélatrice de cette évolution sociale : ces plaintes sont « *une non-reconnaissance réciproque d'une non-insertion dans les circuits de la communication normale* ». Cela vaut non seulement dans une relation d'autorité, mais aussi entre collègues¹⁵.

De manière générale, dans une acception large, on peut parler de mécanisme de reconnaissance chaque fois qu'une personne reçoit une information qui lui donne le sentiment d'exister un peu plus¹⁶.

La reconnaissance constitue un des principaux enjeux dans nos relations sociales, peut-être même le principal. Un tel enjeu est complexe, car subjectif par essence : il diffère pour une situation selon les lieux, les périodes et les personnes.

Il apparaît assez rapidement qu'il peut y avoir très vite une tension entre ce besoin de reconnaissance et la vie professionnelle. Le problème se complique singulièrement lorsqu'un employé, pour des raisons qui lui appartiennent, demande davantage de reconnaissance qu'il ne peut en recevoir dans sa vie privée¹⁷. Il en va de même lorsqu'une personne, de par sa structure psychique, son passé, son histoire, fait preuve d'un besoin si fort qu'il entre en conflit avec ses collègues de travail ou ses supérieurs auxquels on ne peut pas demander de le combler. Il n'est pas rare de constater que de tels sujets s'enferment dans un rôle de victime de leur entourage, par exemple sous l'étiquette de harcèlement psychologique. C'est précisément dans ces cas de figure que l'intervenant peut être en prise avec le flou des limites de la santé psychique évoquée ci-dessus. Où s'arrête la légitimité du besoin de reconnaissance, où s'arrête le devoir de protection de la santé psychique ? Il apparaît que cette limite est difficilement objectivable et nécessite un doigté certain.

Il n'est pas inutile de faire observer que ce besoin de reconnaissance ne se manifeste pas seulement par les employé-e-s envers leurs supérieurs, mais aussi par ceux-ci envers leurs subordonnés et entre personnes de même niveau hiérarchique. Le manque de reconnaissance des cadres ou de collègues peut aussi avoir un effet pragmatique, soit un effet sur le comportement et le management, voire une escalade symétrique dans un conflit.

¹⁴ HONNETH, p. 113 ss.

¹⁵ DE MUNCK, De la loi à la médiation, p. 36.

¹⁶ MALAREWICZ, Systémique et entreprise, p. 143.

¹⁷ MALAREWICZ, Systémique et entreprise, p. 144.

Il importe donc, dans la gestion des conflits, notamment en médiation, de travailler aussi sur ces besoins, de les identifier aux différents niveaux d'une organisation.

Les signes de reconnaissance fréquemment mentionnés dans les relations de travail sont notamment : la hauteur ou les modalités de la rémunération, l'implication dans les processus de décision, un contact plus étroit avec les décideurs. Des signes plus ponctuels ou matériels tels que les accès à des informations, des primes ou avantages en nature, un bureau plus grand, un secrétariat, de la souplesse dans les heures de travail, une voiture de fonction, des repas d'affaires, etc. peuvent aussi contribuer à satisfaire ces besoins. Toutefois la reconnaissance par des moyens matériels ne suffit pas à satisfaire les besoins affectifs parfois inépuisables¹⁸.

3. Besoin d'écoute et autres besoins

Les intervenants dans les conflits de travail constatent souvent l'actualité du besoin d'être écouté et entendu. L'écoute active permet de se sentir entendu, de se décroiser de ses problèmes et de recevoir de l'empathie.

Les limites du besoin d'écoute posent certainement moins de problèmes que celles du besoin de reconnaissance. Il n'est plus guère contesté qu'un management vertical, cassant, ne donnant non seulement aucune voix au chapitre, mais encore aucune écoute, n'est plus adapté ni adéquat d'un point de vue sociétal.

On pourrait évoquer un certain nombre d'autres besoins encore, tels que le respect, la sécurité, la considération sociale, l'autonomie, le soutien, la confiance qui feront l'objet d'une appréciation en fonction du contexte, des valeurs et de la culture de l'entreprise. Ici également, les besoins ne peuvent être objectivés pour en fixer des critères aisément cernables.

D. Conséquences économiques

Les incidences d'une bonne gestion des conflits, et donc d'un bon climat de travail sur la productivité ou le rendement sont difficiles à mesurer et à quantifier. Toutefois, il tombe sous le sens qu'ils sont meilleurs dans un climat de travail favorable. Les médiatrices et médiateurs ou personnes de confiance qui reçoivent des travailleurs qui s'adressent à eux en raison de situations conflictuelles peuvent témoigner qu'ils expriment dans la presque totalité des cas que leur énergie, leur créativité et souvent leur temps sont absorbés par le

¹⁸ *Ibid.*, pp. 144-145.

conflit qu'ils vivent. A l'inverse, un bon climat de travail favorise l'épanouissement des ressources et compétences des individus.

II. Gérer les conflits, comment ? Outils

A. Introduction

Seront brièvement examinés *infra* quelques outils éprouvés pour la gestion des conflits dans les relations de travail, étant entendu que l'employeur conserve sa liberté quant aux choix et modalités de procédure de gestion des conflits, pour autant que ceux-ci respectent les standards usuels, qui doivent permettre aux travailleurs de s'adresser à une personne hors hiérarchie, dans ou à l'extérieur de l'entreprise¹⁹.

B. L'entretien d'accompagnement

La gestion d'un conflit commence en règle générale par un entretien individuel avec la personne qui a saisi le médiateur ou la personne de confiance. Ce premier entretien est d'une importance capitale. Demander un tel entretien est en général une démarche plutôt difficile et énergivore. Avant d'entreprendre une telle démarche, le demandeur tentera en principe de trouver seul des solutions à ses difficultés. Une consultation est hélas trop souvent considérée comme un échec personnel, comme si la ou les personnes avec lesquelles le demandeur est en conflit ne portaient aucune responsabilité. La conséquence est que la résolution du conflit risque d'être tardive et rendue plus difficile. Or, il est rare que les problèmes se résolvent d'eux-mêmes !

L'importance de cet entretien se mesure aussi au fait que l'erreur d'analyse ou de perception du professionnel peut être décisive pour la suite. Il s'ensuit aussi que le premier défi est de ne pas se laisser entraîner et engager sur la voie de son interlocuteur sans garder un juste recul. Celui-ci est pris dans sa perception de la situation, souvent érigée en vérité objective. Si le récepteur parvient à créer de la distance, à activer les ressources du demandeur, le choix de l'intervention adéquate (entretiens individuels, coaching individuel ou d'équipe, médiation) sera plus aisé.

Le second défi est d'assurer une bonne qualité d'écoute. D'ailleurs, l'écoute active est une technique d'accompagnement. Elle permet aussi l'expression d'empathie et engendre le soulagement d'être compris.

¹⁹ WYLER in : JdT 2013 II 187, p. 201.

La position de tiers et l'absence de pouvoir de l'interlocuteur sollicité est d'importance, de même que la confidentialité de l'entretien. En effet, dans cette position, le récepteur pourra aussi amener son interlocuteur à la réflexivité, voire même, si nécessaire, lui servir de miroir en le confrontant à son mode relationnel. Pratiqués avec bienveillance, ces entretiens ne font courir aucun risque au demandeur grâce à la confidentialité et à cette absence de pouvoir. Ils peuvent être d'une grande utilité et l'aident à voir la situation d'une autre perspective.

D'expérience, plus de la moitié des situations soumises à un intervenant se terminent après un, éventuellement deux entretiens. La qualité de l'écoute, du travail à deux sur les perceptions et la communication notamment, engendrent des progrès notables.

C. La médiation

1. Définition

De manière générale et succincte, la médiation est une méthode alternative de gestion des conflits. On distingue en effet les modes juridictionnels de règlement des conflits des modes amiables (ou alternatifs). Les premiers modes de règlement, traditionnels, aboutissent à une décision de justice revêtue de la force exécutoire, les seconds relèvent de l'autonomie des parties. Ces deux modes peuvent se dérouler soit indépendamment, soit s'articuler entre eux. Médiation et procès ont tous deux pour vocation de mettre fin à un litige. La médiation, quant à elle, permet aux protagonistes de sortir d'un cadrage cognitif purement juridique et de prendre eux-mêmes des décisions communes. Les médiations ne sont pas régies par des normes de procédure, mais se déroulent sous l'autorité délibérative d'un médiateur²⁰.

Au-delà d'une technique de gestion des conflits, la médiation est aussi une forme de régulation sociale²¹. Les médiés conservent la gestion de leurs conflits. Le médiateur fait appel à leurs ressources.

Les définitions de la médiation sont très nombreuses. Certaines font référence au conflit, à sa résolution, aux solutions auxquelles elle permet d'aboutir.

²⁰ Cf. notamment GUY-ECABERT, Contexte et perspective de la médiation, p. 48 et réf. citées ; GUY-ECABERT, Procédure administrative et médiation, p. 17 ss. Les articles 213 ss du Code de procédure Civile ne régissent pas la médiation en tant que telle, mais la façon dont elle s'articule avec la procédure judiciaire.

²¹ Cf. l'ouvrage de BONAFÉ-SCHMITT.

D'autres définitions ne mentionnent guère le conflit, préférant mettre l'accent sur le lien, la relation, la communication et la délibération.

Enfin, certaines définitions mettent surtout en exergue le processus, la régulation sociale et les différents cadrages d'une situation que la médiation permet de faire. Sous l'angle sociologique de la mutation du rapport à la norme, la médiation apparaît comme une manière de reconnecter des discours. L'absence de code préétabli pour résoudre les litiges caractérise la médiation.

Il y a bien sûr de nombreux dénominateurs communs qui seront repris dans le présent chapitre, notamment sur le processus, les conditions de base, les qualités du médiateur ou de la médiatrice. Toutefois, il convient de relever qu'il y a plusieurs courants de médiation que l'on peut juste mentionner dans le cadre de la présente étude. Un courant très connu et pratiqué est axé sur le champ psycho-affectif, tel que la communication non-violente orientée sur les besoins et sentiments²², ainsi que la négociation raisonnée, appelée aussi modèle de Harvard qui propose de séparer le problème des personnes²³. Relevons cependant l'intérêt très prégnant de l'approche pragmatique, ou procédurale de la médiation, portant sur les processus et non pas sur les contenus d'action²⁴.

Je vous propose la définition retenue par le Conseil de l'Europe qui, à mon sens, recouvre de larges aspects de la médiation. Elle met en plus l'accent sur le lien, la relation et donc la communication et non exclusivement sur le conflit. Cette définition servira de base dans la présente contribution pour traiter des dénominateurs communs qu'elle présente.

« La médiation est un processus de création et de recréation du lien social et de gestion des conflits (prévention ou règlement) qui repose sur l'autonomie des partenaires et dans lequel un tiers impartial, indépendant et sans pouvoir de trancher, le médiateur, favorise par l'organisation d'entretiens confidentiels le rétablissement de la communication ou la solution du conflit ».

2. Conditions

a) Autonomie

La médiation postule que les protagonistes se décident de leur propre gré, de manière volontaire et autonome d'entrer dans un processus. Une médiation ne saurait donc être imposée. Cette règle s'explique par la simple raison que la médiation est destinée à

²² Cf. l'ouvrage de ROSENBERG.

²³ Cf. l'ouvrage de FISCHER/URY.

²⁴ GUY-ECABERT, Contexte et perspective de la médiation, p. 50 et réf. citées.

aborder de manière ouverte et complète le conflit sous ses multiples aspects. Les médiés sont appelés à faire preuve d'ouverture. Il apparaît clairement que l'absence d'autonomie ne permettrait pas d'atteindre ce but.

Dans les relations de travail, cette exigence soulève des questions. Qu'en est-il de l'autonomie des médiés si un employeur les « *exhorte* », voire les enjoint à entreprendre une médiation ? Une vision puriste commanderait la renonciation à la médiation dans un tel cas.

Les expériences faites dans la vie professionnelle mettent cependant en doute une telle vision. Si une instance hiérarchique demande à des employé-e-s en conflit de s'adresser à un médiateur, il appartiendra tout d'abord à ce dernier, lors des entretiens préalables usuels, de vérifier le degré d'adhésion au processus par les protagonistes. A défaut d'entretien préalable, cette vérification peut se faire au début de la première séance, en posant le cadre du processus de médiation.

Il convient de se rappeler la difficulté que représente la démarche de contacter un tiers pour la résolution d'un conflit ou pour le rétablissement d'un lien, démarche parfois accompagnée d'un cortège de doutes, de culpabilité et de sentiment d'infériorité. Les entretiens préalables, voire le cadrage opéré en début de médiation permettent souvent de débayer le chemin et d'éliminer des a priori.

On peut objecter que si, après dues clarifications, les médiés s'engagent dans un processus de médiation en connaissance de cause, ils ont recouvré leur autonomie. C'est souvent vrai et souhaitable. Toutefois, on ne saurait faire abstraction du fait que l'invitation à entreprendre une médiation, à défaut d'une injonction à le faire, laisse planer une certaine pression, même si les employé-e-s restent en théorie libres de leur décision. Mais à tout prendre, il est peut-être préférable d'entreprendre une médiation, même partiellement réussie, plutôt qu'une autre forme de règlement, imposée soit par la voie managériale, soit par la voie judiciaire. Or, quoi qu'il advienne du processus de médiation, les autres voies restent de toutes manières praticables. Sans médiation, une possibilité de règlement amiable n'aurait pas pu avoir lieu. En cas de médiation recommandée par un supérieur hiérarchique, le libre choix est en quelque sorte remplacé par le choix du moindre mal. Une autonomie que certains médiateurs comparent non sans humour, à l'autonomie qu'il y a d'aller trouver son dentiste...

S'il devait y avoir pression d'un supérieur ou des médiés, il ne saurait en revanche y avoir de pression du médiateur.

On peut rappeler dans ce contexte que l'ordre juridique connaît d'autres domaines où la médiation est déléguée, en d'autres termes où les parties sont envoyées en médiation par une autorité. L'exemple le plus frappant est la médiation pénale pour les mineurs dont le protocole d'accord peut ensuite remplacer le jugement. Les médiés, en particulier

l'auteur, subissent une pression évidente : l'absence de médiation expose à un procès pénal et à un jugement²⁵.

b) Vérification du périmètre de la médiation à raison des personnes et de l'objet

Un soin particulier doit aussi être voué au périmètre des personnes concernées. Les médiés qui ont souhaité le processus sont-ils les seuls concernés par l'objet de la médiation ? Y a-t-il d'autres « *stakeholders* » ? Dans quelle mesure, à quel stade, pour quel objet à traiter doivent-ils être partie prenante ?

En tout état de cause, les médiés ne sauraient prendre de décisions affectant des personnes n'ayant pas pu participer à l'élaboration des résultats de la médiation.

Une médiation ne peut porter que sur les points sur lesquels les médiés ont une action, une marge de manœuvre possible. Dans le cadre des relations de travail, il convient d'examiner ou faire examiner le cadre institutionnel ou légal. En principe, la compétence à raison de la matière se limite au champ de l'activité professionnelle. D'autres pays connaissent des institutions et pratiques plus extensives (cf. let. e *infra*).

c) Bonne foi

Les modèles de médiation ne divergent guère sur cette condition. Instrumentaliser la médiation va à l'encontre de son essence. En revanche, si cette exigence s'articule clairement en théorie, elle est difficile à vérifier en pratique. Comment s'assurer que les médiés souhaitent obtenir de bonne foi une issue à leur conflit ? La tentation n'est-elle pas grande dans certains cas de vouloir utiliser le médiateur pour convaincre son interlocuteur de l'adéquation de son point de vue ? Il est des cas où une telle tentative de manipulation est déjouée dès l'entretien préliminaire. Parfois ce n'est qu'au moment de la médiation que le médiateur peut clarifier la situation, rappeler le cadre, voire interrompre la médiation.

Cela dit, la bonne foi n'est pas une notion absolue. Rappelons ici que la normalité est difficile à appréhender (cf. let. c, ch. 1 *supra*). La perception différente d'une même situation par deux personnes en conflit ne signifie de loin pas que l'une d'elles est de mauvaise foi... même si une telle perception est parfois connotée comme telle par une partie à la médiation²⁶.

²⁵ PERRIER, p. 297.

²⁶ Cf. ch. 6 *infra*.

d) Construction de l'avenir

Une différence fondamentale entre le mode traditionnel de gestion des conflits, soit le mode juridictionnel, et la médiation comme mode amiable, est que le mode traditionnel établit des faits en se fondant sur le passé, puis établit des responsabilités en conséquence, alors que la médiation part certes du passé pour comprendre les problèmes dans leur complexité, mais n'établit pas de responsabilités. Elle cherche à construire la résolution d'une situation problématique ou litigieuse axée sur l'avenir.

Cette particularité de la médiation se confirme également dans les relations de travail. Une médiation se justifie avant tout pour permettre aux protagonistes de trouver un moyen favorable de poursuivre (ou non, ce qui peut aussi être un résultat souhaité pour l'avenir) leur collaboration.

A l'extrême, la situation dans laquelle des médiés ne veulent plus continuer leur collaboration au travail, mais souhaitent se rencontrer pour tourner la page, se décharger du poids d'un passé douloureux et tenter de comprendre ce qui s'est produit porte également sur l'avenir, puisqu'il s'agit de se préparer à un changement, donc au futur. La question qui se pose dans de tels cas est de savoir si la résolution d'un tel problème incombe à l'employeur. Il arrive parfois que celui-ci accepte de prendre en charge financièrement une médiation pour de tels motifs.

e) Confidentialité

But : le but de la règle de confidentialité en médiation est de permettre aux médiés de traiter le conflit dans son ensemble, d'aller au fond du problème, d'en toucher les racines. Cette démarche implique un certain dévoilement. Devant un tribunal, « *tout ce qui est dit peut être retenu contre soi* ». Les parties peuvent s'abstenir d'en dire trop, se disculper et charger l'autre par calcul, au risque de déguiser tout ou partie de la réalité. La sanction judiciaire peut cristalliser les positions. La médiation se propose d'éviter ces écueils²⁷.

Dans les relations de travail, la confidentialité revêt à l'évidence une importance accrue. En effet, le dévoilement, l'ouverture qui est attendue des médiés pourrait mettre à jour des erreurs ou des fragilités. Les révéler peut faire courir des risques, par exemple sous forme de représailles ou de sanctions de la part de l'employeur.

Périmètre de la confidentialité quant au contenu : la question de la confidentialité devra être traitée avec soin tout d'abord au moment où une entreprise confie un mandat de médiation. Il est généralement légitime qu'elle reçoive un retour sur le résultat de la

²⁷ PEKAR LEMPEREUR/SALZER/COLSON, p. 119 et COURVOISIER, p. 119.

médiation. Ce retour peut être laconique : « *la médiation a eu lieu* », ou « *la médiation a réussi* », ou encore « *la médiation a échoué* ». Encore faut-il savoir ce qu'est une médiation réussie ou échouée, ce qui est de loin plus compliqué qu'il appert à première vue. En effet, l'appréciation sur l'issue de la médiation est éminemment subjective. Une médiation qui aboutit au constat que la collaboration est décidément impossible et qu'il vaut peut-être mieux ne pas s'obstiner à tenter l'impossible peut aussi être une forme de réussite. Au moins tout aura été tenté par les protagonistes et l'autorité d'engagement pour trouver des solutions par le dialogue. Il existe bien sûr des cas où seule une intervention managériale peut venir à bout du problème ou du conflit.

Le mandant pourrait avoir des desseins moins nobles que la bonne continuation des rapports de travail entre médiés ou d'avoir en mains les données nécessaires pour prendre les bonnes décisions. Il pourrait être tenté d'avoir recours à ce moyen pour obtenir des informations inaccessibles par d'autres voies. La médiation ne doit à l'évidence pas ouvrir une telle porte.

Le périmètre du retour au mandant sera donc fixé par les médiés. La confidentialité devra être traitée avec soin à l'entretien de préparation à la médiation déjà, ou au plus tard au début de la séance de médiation. Les médiés décident d'un commun accord du degré de confidentialité qu'ils veulent donner à leur échange. Peut-être trouvent-ils un intérêt à le communiquer à leur hiérarchie ou au service des ressources humaines. Le contenu à communiquer le cas échéant est également négocié. La communication peut se limiter, ce qui est régulièrement le cas, au résultat obtenu. La qualification de ce résultat fait également l'objet d'un éventuel accord.

Dans la pratique, devant l'incertitude quant au contenu de la médiation, les médiés s'engagent souvent à une confidentialité entière en début de séance, puis reprennent cette question en fin de séance pour la confirmer ou la modifier.

Périmètre de la confidentialité quant aux personnes : la confidentialité de la médiation est une règle largement admise. Encore faut-il distinguer le devoir de confidentialité du médiateur et celui des médiés.

Le devoir de confidentialité des médiateurs se fonde sur les règles déontologiques, ce qui confère une protection toute relative. Si une médiation échoue et que les médiés se confrontent devant les instances judiciaires, un médiateur convoqué comme témoin ne pourra se prévaloir, en règle générale, d'un secret professionnel. Il pourra invoquer le secret de fonction s'il agit comme médiateur fonctionnaire dans une collectivité publique, ou le secret professionnel s'il intervient comme avocat. La confidentialité

couvre les déclarations des parties dans le cadre d'une médiation judiciaire. La question des pièces produites en médiation ne semble donc pas bénéficier de cette protection²⁸.

Le devoir de confidentialité des médiés est contractuel. L'accord sur la confidentialité peut non seulement déterminer le contenu qui va être transmis ou non, mais aussi déterminer les modalités de transmission : l'information sera-t-elle donnée au mandant par les médiés ou par le médiateur ? Y a-t-il d'autres personnes à informer que le mandant, comme par exemple les collègues de travail ou le juge ?

f) Respect réciproque

Pour que les délibérations respectent les conditions mentionnées ci-dessus, elles doivent se dérouler dans un climat respectueux.

Dans les relations de travail, les conflits émergent régulièrement dans le cadre de rapports hiérarchiques. Si la médiation est un moment d'égalité entre protagonistes, tout en respectant les positions institutionnelles des médiés, le médiateur veillera à ce que les échanges se fassent de manière respectueuse de la personnalité de chacun. Même s'il est évident que les émotions doivent pouvoir s'exprimer, un cadre constructif de discussion doit être maintenu²⁹.

3. Déroulement

En principe, la médiation est précédée d'entretiens individuels entre le médiateur et les médiés. Ces entretiens permettent de vérifier si les conditions de la médiation sont réunies. Ils permettent aussi de cerner non seulement le problème, mais aussi les ressources en présence, de définir les attentes de la médiation et de bien en établir le cadre³⁰.

En pratique, l'entretien de préparation à la médiation peut se faire en même temps que le l'entretien de prise de contact visé sous chiffre 2 *supra*, pour autant que la personne demandeuse souhaite s'engager dans un processus de médiation.

Au moment de cet entretien ou au début de la séance de médiation, le médiateur fera en principe signer aux médiés un engagement à la médiation qui reprend les conditions de la médiation, en particulier l'engagement à entrer dans le processus de médiation de bonne foi, de respecter la confidentialité et de veiller à des échanges respectueux et constructifs.

²⁸ Cf. art. 216 CPC et MIRIMANOFF, p. 82 ss.

²⁹ Cf. aussi PEKAR LEMPEREUR/SALZER/COLSON, p. 138 et p. 238.

³⁰ COURVOISIER, p. 130.

Le déroulement de la séance de médiation se déroule selon les phases suivantes³¹ :

1. Rappel du cadre par le médiateur : temps à disposition, règles et conditions de la médiation, le cas échéant signature de l'engagement à la médiation.
2. Phase de récit : chaque protagoniste exprime la situation qui l'amène en médiation selon son point de vue, exprime ses intérêts, ses valeurs, sa perception, sa vision du problème, ainsi que ses attentes de la médiation. Le médiateur veille, pendant cette phase, à ce que chacun puisse s'exprimer sans interruption. C'est une phase d'expression et d'écoute, non d'interaction directe.
3. Le médiateur reformule ou fait reformuler les points essentiels.
4. La phase suivante est destinée à l'échange sur le récit, sur les points d'accord, de désaccord, sur leurs savoirs. C'est une phase importante durant laquelle la communication détient une large place. Le médiateur, par différents outils à sa disposition, s'assure de la compréhension réciproque des valeurs, arguments ou émotions de l'autre. C'est aussi un moment d'empathie et de découverte de cadrages cognitifs divers.
5. L'étape suivante est consacrée à la recherche de solutions, de la manière la plus prospective possible. Le médiateur veillera, comme dans les étapes précédentes, mais surtout pour celle-ci, à poser des questions ouvertes. Les solutions doivent être co-construites par les médiés. Ce n'est pas le rôle du médiateur de proposer des solutions. Elles doivent émaner des médiés. C'est la garantie de leur efficacité et de la responsabilisation des médiés inhérente au processus de médiation. Ils sont experts de leur situation, le médiateur étant expert du processus.

En cas d'accord – total ou partiel – les médiés le consignent – ou non – par écrit. La transmission éventuelle de cet accord est négociée (cf. let. e) *supra*).

En vertu du principe d'autonomie, les protagonistes, tout comme les médiateurs, peuvent interrompre la médiation en tout temps.

Médiateur et médiés décident en fin de séance du suivi de la médiation. Une nouvelle séance est-elle appropriée ? En cas d'accord, faut-il convenir d'un point de situation pour l'ancrer dans le futur ? En pratique, il est généralement convenu d'un entretien téléphonique à une échéance négociée pour faire le point, avec à la clé une éventuelle nouvelle séance pour avancer encore dans la construction des relations à venir si nécessaire, ou la clôture du dossier.

³¹ MILBURN, p. 101 ss.

Tant les médiés que le médiateur ont le droit d'interrompre un processus de médiation. Cette règle découle directement du principe d'autonomie (cf. let. b, a) *supra*).

4. Caractéristiques du rôle de médiateur³²

Le médiateur est un tiers. La constellation ternaire ou triadique caractérise fondamentalement la structure de la médiation³³.

Le médiateur doit faire preuve de neutralité, soit d'absence de préférence pour telle solution retenue. Il doit veiller à ce que les accords soient réellement le fruit de la volonté librement consentie des médiés et n'exerce aucune pression pour obtenir leur adhésion.

L'impartialité du médiateur concerne les relations avec les médiés. Il doit être indépendant non seulement d'elles, mais aussi d'éventuels tiers concernés tels que l'employeur et éviter toute prise de position partisane. Plutôt que l'impartialité, la systémique retient la notion de multipartialité, ou de partialité multidirectionnelle³⁴.

L'absence de pouvoir du médiateur est une caractéristique fondamentale de l'activité du médiateur. Il ne peut prendre aucune décision sur le contenu apporté par les médiés, ni imposer une solution. Il a une position d'autorité sur le seul déroulement du processus : il donne la parole, reformule, dirige la séance. C'est lui qui donne la parole, qui veille au bon déroulement des discussions et au cadre de la médiation : autonomie, respect, bonne foi, équilibre des protagonistes en particulier.

Il n'appartient pas au médiateur de proposer des solutions. Il reprendrait à son compte la responsabilité des interlocuteurs, jouerait le rôle de conseiller, alors qu'il est chargé de faire émerger les solutions appartenant aux médiés. Il est responsable du processus, non du résultat.

Enfin, le médiateur doit veiller à l'équilibre des médiés. Cette tâche est d'autant plus délicate dans les relations de travail lorsque les médiés occupent des positions hiérarchiques différentes.

³² GUY-ECABERT, Procédure administrative et médiation, p. 20 ss ; PEKAR LEMPEREUR/SALZER/COLSON, p. 61 ss ; COURVOISIER, p. 121.

³³ GUY-ECABERT, Procédure administrative et médiation, p. 20 ss. Pour aller plus loin, VOLCKRICK, p. 133 ss ; KOURLISKY, p. 253.

³⁴ Cf. l'ouvrage de BOSZORMENYI-NAGY/FRAMO.

Enfin, précisons que le titre de médiateur n'est pas protégé par la loi. En revanche les standards professionnels sont précis. Aujourd'hui les standards de la Fédération suisse des associations de médiation (FSM) font foi³⁵.

5. Médiation dans les relations de travail. Y a-t-il des spécificités ?

La médiation est un mode de gestion de conflits adapté aux relations de travail. Quelques spécificités ont déjà été abordées ci-dessus en matière d'autonomie des parties et de confidentialité.

Y en a-t-il d'autres ? La médiation se déroule dans un cadre institutionnel obéissant à tout un arsenal de règles. Il est évident que le cadre de la médiation ne peut être en porte-à-faux avec elles. Comme indiqué ci-dessus, une médiation ne peut porter que sur les points sur lesquels les médiés ont une action, une marge de manœuvre possible. Énoncée de cette manière, la règle paraît claire. Par exemple, l'objet de la médiation ne pourrait porter sur un nombre de semaines de vacances ou sur un nombre d'heures hebdomadaires à fournir selon les règles de l'entreprise. D'autres sujets sont de délimitation plus délicate et peuvent cacher d'autres problèmes, implicites au premier abord. Des problèmes de salaire ou de répartition des tâches par exemple pourraient cacher des problèmes relationnels et de communication dont ils ne sont que des symptômes. Il en va de même lorsque des décisions managériales telles que des sanctions ont été prises, ou que des procédures disciplinaires sont en cours. La pratique montre que dans certains dispositifs de gestion de conflits, les médiateurs refusent d'entrer en matière dans de telles situations. D'autres dispositifs ou médiateurs ont une approche plus nuancée. Il n'est pas exclu que de telles procédures résultent de problèmes relationnels non résolus, comme il n'est pas exclu non plus que la demande de médiation – comme d'ailleurs une plainte pour violation de la personnalité ou harcèlement – soit un moyen détourné pour déplacer un problème issu d'un manque de compétences ou de performances sur un terrain relationnel. La manœuvre viserait alors à éviter des sanctions, voire un licenciement.

Il apparaît difficile, voire impossible d'établir *ex ante* des règles pour les intervenants dans de tels cas. Mieux vaut s'en remettre à la compétence des médiateurs chargés de vérifier que le conflit est bien « *médiable* » dans les conditions indiquées ci-dessus.

La compétence à raison de la matière des médiateurs se limite en principe aux conflits ou difficultés liés aux relations de travail. Il existe cependant des employeurs qui étendent leurs prestations au champ privé, pour autant que les employé-e-s le souhaitent. Au

³⁵ <http://www.infomediation.ch/cms/index.php?id=179&L=1> (consulté le 20.11.2014) ; MIRIMANOFF, p. 36.

Canada par exemple, il existe une multitude de firmes offrant des Programme d'Aide aux Employés (PAE) aux entreprises privées ou publiques. Outre des services de soutien psychologique, certaines de ces firmes ont élargi la prestation à des conseils sur le plan juridique, familial, de couple ou social. Evidemment, dans le contexte très syndiqué du Canada, l'indépendance du PAE est un critère déterminant de son acceptabilité. C'est la raison pour laquelle ces PAE sont habituellement mis en œuvre par des firmes privées indépendantes des employeurs qui les sollicitent. Il existe néanmoins des exceptions, puisque par exemple, les Services d'aide aux employés (SAE) du Gouvernement fédéral du Canada font partie des plus importants PAE existants. Ils comprennent un centre d'intervention de crise, rigoureusement confidentiel, accessible 24 heures sur 24, tous les jours de l'année, composé d'un réseau national de plus de 700 professionnels en santé mentale³⁶ !

6. La force du dispositif de médiation

Le dispositif de médiation présente des originalités qui constituent aussi sa force.

Le conflit vécu par les protagonistes est délocalisé, vécu ailleurs dans le temps et l'espace que d'accoutumée.

Les parties en conflit se parlent devant ou par l'intermédiaire d'un tiers.

Elles s'engagent en médiation dans une perspective de recherche de solution et de collaboration future.

Ce dispositif crée une dynamique très différente, ouvre des perspectives et un espace différents. Il peut changer la vision du conflit et engager le changement.

En procédant par comparaison entre justice et médiation, on peut établir en outre les parallèles suivants, qui font apparaître les alternatives intéressantes de la médiation.

- Logique verticale (justice) *versus* logique horizontale (médiation).
- Recherche de la vérité *versus* recherche de l'équilibre (on ne cherche pas qui a raison ou tort, il n'y a pas de perspective moraliste).
- Ordre public *versus* satisfaction des besoins des personnes.
- Référence au droit *versus* référence à l'équité (ou références multiples). Il y a subjectivation. La légitimité n'est plus dans la norme, mais dans la personne.
- Principe de rupture *versus* principe du lien.

³⁶ VANDEPOL/BRAVERMAN/LABARDEE, pp. 119-131 ; <http://www.hc-sc.gc.ca/ewh-semt/occup-travail/empl/eap-pae-fra.php> (consulté le 20.11.2014) ; VOIROL, p. 132.

D. Formation et/ou *coaching* individuel et d'équipe

La majorité des conflits dans les relations de travail impliquent des cadres. Il faut bien admettre que la tâche de manager n'est pas aisée et que les cadres y sont souvent peu, voire pas du tout préparés. Très souvent encore, les cadres sont choisis pour leurs compétences professionnelles, avec la croyance que les compétences sociales et managériales emboîteront le pas. Or, rien n'est moins sûr. La conduite de personnes est un métier en soi.

L'ouverture au dialogue, à la réflexivité des sujets, en même temps qu'un cadrage clair nécessitent l'acquisition de compétences en la matière et un travail sur soi-même³⁷.

Un système adéquat de prévention et de gestion des conflits appelle un accompagnement des cadres soit par une formation appropriée, soit par un coaching individuel, l'un n'excluant pas l'autre.

Définir le coaching n'est pas aisé. Il met en œuvre un style d'approche centré sur la personne pour faire émerger ce dont elle a besoin en vue d'une prise de conscience et d'une responsabilisation qui vont l'amener à la réalisation de sa vision et de ses objectifs. Il s'agit donc de l'accompagnement d'un processus de changement³⁸.

Le questionnement ouvert, destiné à faire émerger les ressources de la personne est à la base du coaching. Aussi, Socrate est-il considéré par certains comme père du coaching par sa maïeutique. Les fondements du coaching s'appuient largement sur les apports de la thérapie systémique brève axée sur les ressources et solutions³⁹.

Concrètement, dans les organisations et entreprises, le coaching fait l'objet d'un édifice contractuel entre coach et coaché, incluant la hiérarchie pour la fixation des objectifs et les conditions (durée et coûts notamment).

Il arrive fréquemment que les conflits ne touchent pas que deux ou plusieurs personnes. Une équipe entière peut poser des problèmes de fonctionnement. Un coaching d'équipe peut être approprié dans de tels cas de figure.

Une telle intervention est décidée en règle générale par la hiérarchie ou le service des ressources humaines, soit directement, soit sur proposition de la personne en charge de la gestion des conflits (médiateur ou personne de confiance par exemple). La hiérarchie de

³⁷ Cf. rétrospective sur 5 ans d'activités du Groupe de confiance de l'Etat de Genève, p. 10, in : <http://www.ge.ch/confiance/documents-telecharger.asp> (consulté le 20.11.2014) et ch. I B *supra*.

³⁸ WHITMORE, p. 19 ss ; BESSON/VIGANO/VUAGNIAUX, p. 7 ss.

³⁹ Cf. l'ouvrage de ISEBAERT/CABIÉ.

l'équipe concernée est appelée à collaborer au processus selon des modalités à décider en fonction du cas d'espèce.

En principe, une telle intervention est précédée d'entretiens individuels avec chaque membre de l'équipe. L'intervenant prépare une restitution thématique anonymisée et orale à la hiérarchie avec propositions de solutions, suivie d'une restitution à l'équipe.

Comme pour le titre de médiateur, le titre de coach n'est pas protégé par la loi. Toutefois, l'*International coach federation* (ICF) pose des standards toujours plus exigeants à la reconnaissance professionnelle pour garantir des prestations de qualité⁴⁰.

E. L'audit relationnel

Approprié dans les organisations, l'audit relationnel est un instrument intermédiaire entre le coaching d'équipes et l'enquête pour harcèlement ou pour violation des droits de la personnalité. Il permet d'établir une synthèse de la situation conflictuelle, en quelque sorte un diagnostic accompagné de propositions de solutions.

Les modalités de la mesure sont décidées par le management.

F. Le cas du harcèlement psychologique

1. Introduction

Le harcèlement psychologique constitue une atteinte particulièrement grave à la personnalité et mérite ici quelques observations.

Il y a une ou deux décades, plusieurs employeurs, en particulier des collectivités publiques (cantons de Genève, Vaud, et Neuchâtel, villes de Genève, Lausanne et Neuchâtel par exemple) ont institué des groupes d'intervention pour lutter contre le harcèlement, souvent composés de médiatrices et médiateurs.

Quelques années de recul donnent l'impression d'un brusque engouement pour lutter contre cette forme d'atteinte à la personnalité, comme si c'était une des causes les plus importantes d'un mauvais climat de travail. Or, il s'agit d'une atteinte à la personnalité – certes grave – parmi d'autres. Les réglementations spéciales mises en place ne pouvaient guère se justifier que par la gravité de l'atteinte. Mais qu'en est-il des autres atteintes et des conflits de travail en général ? A relever d'ailleurs que la loi ne mentionne pas

⁴⁰ <http://www.coachfederation.org/index.cfm> (consulté le 20.11.2014).

expressément le harcèlement psychologique dont la définition est issue de la doctrine et de la jurisprudence.

Ces dernières années, un certain nombre d'employeurs ont actualisé leurs réglementations pour les étendre aux violations de la personnalité (cf. Etat de Genève, Hôpitaux universitaires de Genève, Université de Neuchâtel par exemple).

Ces réglementations ouvrent en général l'accès à la médiation et parfois à des possibilités de demandes d'enquêtes.

2. Médiation

Quant à la médiation en matière de harcèlement psychologique, il y a lieu de rappeler que celui-ci se définit comme un enchaînement de propos ou d'agissements hostiles répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à dénigrer, isoler, voire à exclure une ou plusieurs personnes de son lieu de travail⁴¹.

Dans la mesure où la bonne foi des médiés est une condition à la médiation, il est paradoxal et antinomique de l'envisager avec une personne harcelante. Deux exceptions peuvent toutefois être envisagées :

1. Il résulte de la définition du Tribunal fédéral qu'un des éléments constitutifs du harcèlement est la volonté de l'auteur d'obtenir l'exclusion de la victime de son poste de travail. La prise en compte de cet élément subjectif qu'est l'intention de l'auteur est cependant contestée. Il pourrait y avoir harcèlement sans une telle volonté⁴². Il peut arriver que des personnes prévenues de harcèlement ne soient pas conscientes de l'impact de leurs actes ou propos et qu'un espace de dialogue puisse ouvrir la porte à une solution. En revanche, une médiation n'est pas envisageable si celui qui est considéré comme l'agresseur n'admet pas que son comportement ait pu poser problème, ce qui est le cas des pervers narcissiques qui ne reconnaissent jamais les faits et n'acceptent aucune remise en question⁴³.
2. La pratique des organismes en charge des plaintes pour harcèlement montre qu'environ 60% des plaintes déposées ne sont pas fondées⁴⁴. Le chiffre 7 ci-après fait référence à des considérations systémiques sur les constructions de la réalité et les

⁴¹ Arrêt du TF 4A_245/2009 du 6 avril 2010, consid. 4.2 ; DUNAND/MAHON, N 31 ss, *ad* art. 328 ; DUNAND, le harcèlement psychologique, p. 15 ss.

⁴² DUNAND, le harcèlement psychologique, p. 23.

⁴³ HIRIGOYEN, p. 275 ; WAEBER, p. 58.

⁴⁴ Cf. Rapport d'activité 1999-2013 du groupe Impact de l'Etat de Vaud, <http://www.vd.ch/autorites/groupe-impact/documents/> (consulté le 20.11.2014).

perceptions des faits. Si une petite moitié des situations relevant prétendument du harcèlement s'avère ne pas rentrer dans cette catégorie après enquête, une grande moitié n'y rentre donc pas. On peut en déduire qu'une médiation est envisageable dans ces cas puisqu'un travail sur les perceptions est possible, même lorsqu'une partie parle de harcèlement. Il convient toutefois que la personne en charge de la médiation examine avec un soin particulier, lors d'entretiens préliminaires, que les conditions de la médiation sont bien remplies. Une perception subjective de harcèlement ne saurait donc donner d'indication définitive sur la nature du conflit.

3. Enquête

Si la personne plaignante ne veut pas de médiation, si les conditions ne sont pas remplies pour la mener, ou encore si elle échoue, l'employeur a l'obligation de vérifier les faits et d'effectuer une enquête. Dans ce cas de figure, on ne se trouve plus dans la construction d'une solution pour le futur comme en médiation, mais dans une démarche répressive, visant à établir des responsabilités et à prononcer, le cas échéant, des sanctions.

Se pose alors la question de savoir qui va mener cette enquête et comment elle va se dérouler, tout en se rappelant que l'employeur conserve la liberté quant aux choix et modalités de la procédure, pour autant que celle-ci respecte les standards usuels⁴⁵.

Sur la personne de l'enquêteur : l'employeur pourrait confier l'enquête à un cadre non impliqué. Toutefois, un tel travail nécessite des compétences spécifiques. Ces enquêtes sont souvent difficiles, complexes et longues. En effet, le harcèlement se caractérisant par non seulement un acte, mais un enchaînement de propos ou d'agissements hostiles répétés fréquemment pendant une période assez longue, il s'agit de réunir les preuves pour chaque allégation du plaignant, donc d'interroger les témoins sur lesdites allégations. Un expert expérimenté sera donc d'un grand secours, pour ne pas dire sera incontournable⁴⁶.

Quant au déroulement de l'enquête, plusieurs entreprises ou organisations, notamment des collectivités publiques, ont adopté des règles touchant notamment la saisine, l'organisme responsable, une éventuelle enquête préliminaire, l'entrée en matière ou le classement, le déroulement de l'instruction, soit les modalités de convocation, de constitution et de consultation du dossier, la récusation, la protection des témoins, la délivrance d'un rapport d'expertise et la décision de la hiérarchie. A défaut de telles règles – ce qui constitue encore la large majorité des cas – c'est l'employeur qui définit, le cas échéant d'entente avec le mandant, les règles applicables à l'enquête et son

⁴⁵ WYLER, p. 187.

⁴⁶ WAEBER, p. 58.

périmètre. L'adoption de règles préétablies augmente la fiabilité de l'enquête, au détriment de la souplesse. Des règles arrêtées au moment d'une plainte peuvent donner une impression de partialité, de dispositions arrêtées pour les besoins de la cause.

Le déroulement de l'enquête n'est pas sans incidence sur la qualité du rapport final. L'employeur peut avoir des raisons de ne pas mettre le dossier d'enquête en consultation (en tout ou partie) auprès des personnes touchées (plaignant, mis en cause). L'absence de transparence qui en résulte peut inciter une partie à saisir la justice, ce qui peut occasionner une seconde enquête, de nature judiciaire, avec les témoignages des mêmes personnes déjà entendues. Un tel enchaînement de démarches n'entraîne pas seulement des frais supplémentaires, mais encore un climat de travail difficile durant une procédure judiciaire qui va s'ajouter à la procédure interne effectuée.

G. De quelques compétences requises en matière de gestion des conflits

Ecoute : dans l'ordre chronologique d'une intervention, la première compétence à mentionner est celle de l'écoute. L'écoute active est une technique d'accompagnement dont la paternité est attribuée au psychologue ROGERS et qui fait partie de sa méthode appelée *approche centrée sur la personne*⁴⁷. L'écoute active, grâce à la bienveillance du récepteur, donne à l'émetteur des outils lui permettant de s'exprimer et se dire. Il s'agit, par exemple, de reformuler les propos de son interlocuteur et de lui poser des questions pertinentes et ouvertes afin de l'accompagner et de le pousser plus profondément dans son processus de réflexion.

L'écoute active comprend l'empathie, permettant de se comporter de manière à ressentir les sentiments de l'autre, de se mettre à sa place.

L'écoute active favorise l'établissement d'un lien de confiance. Elle offre un espace neutre, où les mots, les émotions, sentiments, peuvent être « déposés » sans influence extérieure. Être écouté avec attention peut suffire à trouver en soi sa propre voie.

Recul : comme déjà indiqué ci-dessus sous le chapitre consacré à l'entretien d'accompagnement, l'erreur d'analyse ou de perception du professionnel en charge de l'entretien peut être lourde de conséquences et engager la personne demandeuse sur une fausse route. C'est un défi constant de garder un juste recul. Le demandeur est pris dans sa perception de la situation, souvent érigée en vérité objective.

⁴⁷ Notamment, l'ouvrage de ROGERS.

Les apports de l'école de Palo Alto, notamment ceux de WATZLAWICK, faits au courant constructiviste, donnent un éclairage important sur la réalité et ses perceptions. De manière quelque peu révolutionnaire, il écrit en 1976, que « *notre idée quotidienne, conventionnelle, de la réalité est une illusion que nous passons une partie substantielle de notre vie à étayer; fût-ce au risque considérable de plier les faits à notre propre définition du réel, au lieu d'adopter la démarche inverse. De toutes les illusions, la plus périlleuse consiste à penser qu'il n'existe qu'une seule réalité. En fait ce qui existe, ce ne sont que différentes versions de celle-ci dont certaines peuvent être contradictoires, et qui sont toutes des effets de la communication, non le reflet de vérités objectives et éternelles* ». Il explique que le rapport étroit entre « les réalités » et la communication est une idée relativement neuve (en 1976) et que la pragmatique de la communication, soit l'étude des modes de communication par lesquels des individus peuvent en venir à entretenir des rapports conflictuels, est devenue un terrain de recherches autonome⁴⁸.

Un défi de l'intervenant est donc de ne pas prendre les représentations qu'on lui expose pour la réalité et à se souvenir que l'information est une rencontre entre un élément extérieur et la perception que son interlocuteur en a.

Outils systémiques : la systémique, et l'école de Palo Alto singulièrement ont mis en évidence des règles de communication et d'interaction importantes. Si le champ de la famille a fourni aux recherches et études systémiques un terrain favorable, celles-ci se sont rapidement étendues aux relations interpersonnelles en général⁴⁹.

L'axiomatique de la communication proposée par WATZLAWICK donne des pistes concrètes pour l'analyse de problèmes communicationnels générateurs de conflits⁵⁰. Les concepts systémiques majeurs suivants ouvrent également des perspectives en matière de gestion des conflits :

1. La non-sommativité : un système est plus que la somme de ses parties. Cela signifie par exemple que le comportement d'un groupe fait émerger des qualités ou défauts que ne possèdent pas les individus qui le composent.
2. La causalité circulaire : la cause d'un comportement peut très bien être l'effet d'une cause précédente. Les relations entre individus ne sont jamais unilatérales, elles s'influencent.

⁴⁸ WATZLAWICK, La réalité de la réalité, p. 7 ; DUSS-VONWERDT, p. 30 s.

⁴⁹ Cf. par exemple MALAREWICZ, Systémique et entreprise, p. 11 ss, et MALAREWICZ, Gérer les conflits au travail, p. 16 ss.

⁵⁰ WATZLAWICK, Une logique de la communication, p. 45.

3. L'équifinalité : les mêmes effets peuvent avoir des origines différentes. Réduire les problèmes à un seul coupable ou à une seule cause donne au conflit des prolongements inattendus⁵¹.

La complexité des interactions humaines a fait naître encore beaucoup d'autres approches impossibles à résumer dans ce cadre. Pour rendre justice aux plus utilisées d'entre elles, on rappellera la communication non-violente axée sur les besoins et sentiments⁵² et la négociation raisonnée, appelée aussi modèle de Harvard qui propose de séparer le problème des personnes⁵³.

III. Création d'un dispositif de prévention et de gestion des conflits

La nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral déjà traitée dans la première partie du présent ouvrage⁵⁴ a déjà fait couler passablement d'encre. Beaucoup de questions sont encore en suspens. Les intervenants en charge de la gestion des conflits dans les entreprises saluent le pas qui a été franchi. La nécessité d'un interlocuteur indépendant de la hiérarchie et formé constitue une avancée notable pour atteindre ou rétablir un climat de travail favorable.

Les expériences en matière de gestion des conflits suscitent de nombreuses questions intéressantes en matière de création d'un tel dispositif. Le cadre de la présente contribution permet d'en aborder quelques-unes dont l'importance est saillante.

A. Dispositif interne ou externe

Une première question à se poser est de savoir si le dispositif à créer sera interne ou externe, en d'autres termes si la ou les personnes en charge de la gestion des conflits sont des employé-e-s de l'entreprise ou des externes mandatés par l'entreprise.

⁵¹ SALEM, p. 38 ; KOURILSKY, p. 247.

⁵² Cf. l'ouvrage de ROSENBERG.

⁵³ FISCHER/URY, p. 39.

⁵⁴ Arrêt du TF 2C_462/2011 du 9 mai 2012, et cf. la contribution de DUNAND/TORNARE, p. 29, dans le présent ouvrage.

Pour les aspects juridiques, je me réfère à la contribution de DUNAND et TORNARE, ainsi qu'à une de leur publication précédente⁵⁵. Le statut juridique du médiateur a aussi fait l'objet d'une étude de DUNAND⁵⁶.

La préférence semble être donnée au système selon lequel le médiateur ou la personne de confiance soit externe, ce qui est de nature à garantir son indépendance et la confidentialité de son action. Il serait cependant réducteur de préconiser un modèle unique⁵⁷. De même, la question de l'indépendance ne saurait être réduite au fait que le médiateur ou la personne de confiance soit externe ou interne. A titre d'exemple, un dispositif de gestion de conflits interne dans une très grande entreprise organisé de manière à assurer son indépendance permet un travail autonome, alors qu'un intervenant externe d'une entreprise qui assure une grande partie de son chiffre d'affaires pourrait perdre une partie d'indépendance envers son mandant⁵⁸.

Le dispositif peut comprendre à la fois des personnes internes et externes, auquel cas il s'agit de préciser la répartition de leurs fonctions et leur collaboration. Les rapports entre les intervenants et le mandant méritent d'être fixés également. Un tel système mérite cependant une attention prudente. En particulier, il s'agira de veiller à ce que les intervenants internes soient indépendants des ressources humaines et de la direction. A défaut, tout le dispositif, donc aussi les intervenants externes, risque d'être décrédibilisé.

B. Champ d'application

Le dispositif doit préciser le champ d'application de son dispositif, soit le cercle des personnes qui peuvent y faire appel ou y sont soumis. En principe, ce sont les salarié-e-s de l'entreprise. Il conviendrait de préciser si les personnes au bénéfice d'un statut particulier peuvent aussi y faire appel, par exemple des collaboratrices et collaborateurs travaillant sur mandat, par l'intermédiaire d'une société de placement. Pour une école telle une université, il conviendra de définir si le champ d'application s'étend aussi aux étudiant-e-s, aux personnes sous contrat particulier, ou payés par le Fonds national par exemple. Pour une collectivité publique, il s'agira par exemple de préciser si des entreprises mixtes ou en mains de l'Etat sont incluses ou non.

⁵⁵ DUNAND/TORNARE, « *Personne de confiance* », p. 166.

⁵⁶ DUNAND, Le médiateur institué par l'employeur, p. 397.

⁵⁷ DUNAND, Le médiateur institué par l'employeur, pp. 9-10 et réf. citées ; Journal HR Today, Janvier et février 2009 ; MIRIMANOFF, p. 98.

⁵⁸ Exemple de dispositifs internes, mais indépendants : le groupe Impact pour l'administration cantonale vaudoise comptant un peu moins de 30'000 employés, <http://www.vd.ch/autorites/groupe-impact/> (consulté le 20.11.2014), ou le groupe de confiance de l'administration genevoise, <http://www.ge.ch/confiance/> (consulté le 20.11.2014).

C. Quels intervenants pour la gestion des conflits ?

L'arrêt du Tribunal fédéral précité évoque la désignation d'une personne de confiance à laquelle les employé-e-s peuvent s'adresser en cas de conflit. Il précise qu'elle doit apporter « *conseil* » et « *soutien* » aux employé-e-s qui la sollicitent.

Qu'est une personne de confiance ? Il a déjà été relevé qu'il s'agit d'une notion indéterminée. Comme le relèvent DUNAND et TORNARE, diverses législations instaurent ce moyen pour « *assister* », « *soutenir* » une personne vivant une situation difficile, par exemple un majeur soumis à une mesure de placement à des fins d'assistance, ou une personne mineure sans curateur ni tuteur au long d'une procédure d'asile⁵⁹. WENNUST propose dans le cadre d'un dispositif anti-harcèlement une cellule de « *confiance* » avec des personnes composées de représentants des travailleurs et de la direction⁶⁰.

En Suisse alémanique, les contours de la notion de personne de confiance (Vertrauensperson) sont analogues. Par exemple, l'administration cantonale de Bâle-Campagne, les définit comme des personnes qui « *conseillent et soutiennent* »⁶¹. En France, la personne de confiance est une notion de droit de la santé, créée initialement pour favoriser le consentement des personnes hors d'état de s'exprimer, pour accompagner le patient dans des démarches de santé, ou transmettre ses volontés s'il est hors d'état de s'exprimer⁶². En Belgique, les personnes de confiance sont chargées de « *soutenir* » et « *conseiller* » les personnes qui s'estiment victimes⁶³.

A notre avis, la notion de personne de confiance est inappropriée et engendre la confusion tant du point de vue sémantique que fonctionnel en matière de gestion des conflits.

La confiance est un sentiment, une notion morale. Elle ne se décrète pas. Quels critères appliquer pour qu'une personne soit « *de confiance* » ? L'utilisation d'un terme à connotation morale ne clarifie pas son rôle.

Quant à la fonction des personnes de confiance, les exemples ci-dessus ne se prêtent à aucune équivoque. Il est question d'assistance, de soutien, de représentation des travailleurs, autant de termes qui décrivent un intervenant se situant dans la relation d'aide. Il n'est donc pas neutre. Or, en cas de conflit, il y a par définition plus qu'une personne. Comment envisager une relation d'aide pour une personne alors que la gestion

⁵⁹ DUNAND/TORNARE, « Personne de confiance », p. 159.

⁶⁰ WENNUST, p. 126.

⁶¹ <http://www.baselland.ch/vertrauensperson-htm.292797.0.html> (consulté le 21.11.2014).

⁶² Cf. wikipédia, personne de confiance.

⁶³ http://www.emploi.belgique.be/detailA_Z.aspx?id=1366 (consulté le 21.11.2014).

des conflits en concerne plusieurs et postule indépendance et recul ? La personne en charge de la gestion d'un conflit ne peut être ni organe de défense des victimes, ni offrir un service d'assistance.

Le Tribunal fédéral décrit le rôle de la personne de confiance : prévention et gestion des conflits, hors hiérarchie. Il confie des tâches se caractérisant par la neutralité, l'indépendance et l'impartialité à des personnes de confiance dont la tâche est par essence différente de la gestion des conflits puisqu'elles se situent dans la relation d'aide. Or, il est incontesté que la prévention et gestion des conflits doit se faire d'une manière impartiale.

Si de l'avis des professionnels de la gestion des conflits, l'arrêt du Tribunal fédéral précité va dans le bon sens, il comporte néanmoins une sorte d'injonction paradoxale au sens systémique du terme quant à la désignation des personnes de confiance et leurs attributions⁶⁴. Ne vaudrait-il pas plutôt confier la gestion des conflits à des médiateurs ? On reprochera peut-être aux médiateurs un réflexe protectionniste ! Toutefois, ce n'est pas le titre de médiateur qu'il s'agit de défendre, mais plutôt une gestion professionnelle des conflits. On pourrait même évoquer un autre titre, tel que celui d'*expert en gestion des conflits*. Augmenter le nombre de fonctions dont les pourtours ne sont pas clairement définis n'est pas favorable à la prévention des conflits. La pratique de la gestion des conflits montre que pour beaucoup d'employé-e-s, il est difficile de faire le pas pour appeler un intervenant. Une plus grande clarté dans la dénomination et la délimitation des compétences serait donc bienvenue. Il est vrai que le Tribunal fédéral s'appuie sur le Commentaire de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail du SECO qui parle aussi de « *conseils et un soutien* »⁶⁵, ce qui ne nous paraît pas très heureux. Une posture de médiateur ou de médiatrice, donc neutre serait plus adéquate. Les organismes de soutien des employé-e-s existent déjà par les syndicats ou les commissions du personnel par exemple.

Comme décrit ci-dessus, la gestion des conflits est complexe⁶⁶. La formation des médiateurs obéit actuellement à des critères de reconnaissance établis par les associations professionnelles⁶⁷. Quant aux organisations qui ont institué par le passé des personnes de confiance formées sommairement, elles reviennent à des critères plus professionnels.

⁶⁴ WATZLAWICK, Une logique de la communication, p. 195. Très sommairement : Une injonction est paradoxale lorsqu'il n'est pas possible d'y obéir sans y désobéir. Exemple : « *sois spontané* ». Dans cet ordre d'idées : nommer une personne de confiance avec les attributs définis *supra* et demander l'indépendance et la neutralité envers la hiérarchie ne font qu'obéir à une injonction et désobéir à l'autre.

⁶⁵ Commentaire p. 302 H, et cf. FF 1994 II p. 178.

⁶⁶ Cf. ch. II/1, 3d) et 7 *supra* notamment.

⁶⁷ <http://www.infomediation.ch/cms/index.php?id=188&L=1> (consulté le 21.11.2014).

Elles abandonnent le système des personnes de confiance. En conséquence, les formations sommaires en matière de gestion des conflits qui apparaissent sur le marché pour la fonction de personne de confiance ne sont guère de nature à apporter clarté et professionnalisme.

D. Dispositif formel et informel ?

Le dispositif peut régler tant les procédures formelles, soit les audits et le traitement des plaintes pour violation de la personnalité ou pour harcèlement psychologique et sexuel⁶⁸, que le processus de prévention et gestion amiable des conflits, avec les moyens et outils décrits sous chiffre II *supra*. Un dispositif à la fois amiable et judiciairisé peut certes être critiqué. Cependant, un dispositif ne comprenant que l'une ou l'autre branche de l'alternative n'est pas complet. La mixité des dispositifs dans la pratique n'a pas soulevé de problèmes connus dans la pratique à ce jour⁶⁹.

Il convient de préciser dans le dispositif choisi quels sont les organes compétents pour intervenir dans ces deux champs et déterminer quelles sont leurs tâches.

E. Saisine

En particulier, le dispositif mis en place devra régler la saisine pour tous les intervenants : médiateur, coach individuel ou d'équipe, auditeur et enquêteur. Par exemple, le médiateur peut-il être saisi par un cadre pour ses subordonnés ? Qui, hormis les plaignants, peut demander une investigation pour harcèlement ou violation des droits de la personnalité ? L'encadrement peut-il saisir ce dispositif ? Le rapport d'activité du groupe Impact de l'Etat de Vaud indique que la proportion des enquêtes demandées par la hiérarchie a augmenté de manière importante pour atteindre 80% ce qui en montre certainement l'importance de la saisine par l'encadrement⁷⁰.

⁶⁸ Cf. ch. II/6 *supra*.

⁶⁹ Cf. dispositifs cités *supra* pour l'Etat de Genève, de Vaud, ou l'Université de Neuchâtel.

⁷⁰ <http://www.vd.ch/autorites/groupe-impact/documents/> (consulté le 21.11.2014), cf. rapport d'activités 1999-2013, p. 15.

IV. Conclusion

La gestion des conflits s'impose non seulement pour des motifs légaux, mais aussi, et même surtout, pour des motifs humains, psychologiques et sociaux qui sous-tendent les motifs légaux.

Plutôt que de s'en tenir de manière littérale et peut-être minimaliste à un arrêt qui a le mérite d'ouvrir des portes, il paraît utile et approprié de créer un dispositif complet de prévention et gestion des conflits, professionnel, fondé sur les expériences récentes et les bonnes pratiques. Un tel dispositif, comprenant notamment les outils évoqués ci-dessus, semble une voie appropriée à une bonne prévention et gestion des conflits, tout en tenant compte des spécificités des entreprises.

V. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

- BESSON B./VIGANO V./VUAGNIAUX J.-M., *L'art du coach : une nouvelle maïeutique*, Lutry, 2000, p. 7 ss.
- BONAFÉ-SCHMITT J.-P., *La médiation, une justice douce*, 1992.
- BOSZORMENYI-NAGY I./FRAMO J.-L., *Psychothérapies familiales, aspects théoriques et pratiques*, Paris, 1980.
- COURVOISIER F., *La médiation dans les conflits interpersonnels du travail*, in : *Harcèlement au travail*, volume 22 du droit du travail en pratique, Zurich, 2002, pp. 109-134.
- DE MUNCK J., *La crise de l'Etat : la médiation comme symptôme et comme remède* in : *La présentation faite dans le cadre du programme de recherche « Pôle attraction interuniversitaire » (PAI) 1997-2001* coordonné par le Centre de philosophie du droit de l'UCL, Belgique (cité : DE MUNCK, *La crise de l'Etat*).
- DE MUNCK J., *De la loi à la médiation*, in : *La présentation faite dans le cadre du programme de recherche « Pôle attraction interuniversitaire » (PAI) 1997-2001* coordonné par le Centre de philosophie du droit de l'UCL, Belgique (cité : DE MUNCK, *De la loi à la médiation*).
- DUNAND J.-PH./MAHON P., *Commentaire du contrat de travail*, Berne, 2013.
- DUNAND J.-PH./TORNARE S., « *Personne de confiance* » et prévention des conflits au travail - Perspectives ouvertes par l'arrêt du TF 2C_462/2011, in : *Festschrift - Zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli*, Zurich/Saint Gall, 2014.
- DUNAND J.-PH., *Le harcèlement psychologique (mobbing) en droit privé suisse du travail*, in : *RJN* 2006, p. 15 ss (cité : DUNAND, *Le harcèlement psychologique*).
- DUNAND J.-PH., *Le médiateur institué par l'employeur*, in : *Jusletter* du 13 novembre 2006 (cité : DUNAND, *Le médiateur institué par l'employeur*).

- DUSS-VONWERDT, Einführung in Mediation, Heidelberg, 2008.
- FISCHER R./URY W., Comment réussir une négociation, 1981/1991.
- FOUCAULT, Maladie mentale et psychologie, Paris, 1962.
- FRANCES A., Sommes-nous tous des malades mentaux ? : Le normal et le pathologique, Paris, 2013.
- GUY-ECABERT C., Contexte et perspectives de la médiation, *in* : Plaidoyer 5/2006, p. 48-53 (cité : GUY-ECABERT, Contexte et perspective de la médiation)
- GUY-ECABERT C., Procédure administrative et médiation : inscription d'un modèle procédural dans un contexte en mutation, Neuchâtel, 2002 (cité : GUY-ECABERT, Procédure administrative et médiation)
- HIRIGOYEN M.-F., Malaise dans le travail, harcèlement moral : Démêler le vrai du faux, *in* : International Labour Review, Summer, 2001, Vol.140(2), p. 222 ss.
- HONNETH A., La lutte pour la reconnaissance, Paris, 2000.
- ISEBAERT L./CABIÉ M.-I., Pour une thérapie brève, le libre choix du patient comme éthique en psychothérapie, Ramonville Saint-Agne, 1997.
- Journal HR Today, Janvier et février 2009.
- KOURILSKY F., Du désir au plaisir de changer : le coaching du changement, Paris, 2013, p. 245.
- MALAREWICZ J.-A., Gérer les conflits au travail, la médiation systémique en entreprise, Paris, 2004 (cité : MALAREWICZ, Gérer les conflits au travail).
- MALAREWICZ J.-A., Systémique et entreprise, Paris, 2000 (cité : MALAREWICZ, Systémique et entreprise).
- MASLOW A., A Theory of Human Motivation, Psychological Review, N 50, 1943, pp. 370-396.
- MILBURN P., La médiation : expériences et compétences, Paris 2002, pp. 77 ss.
- MIRIMANOFF J., La médiation dans l'ordre juridique suisse : une justice durable à l'écoute du troisième millénaire, Jean A. Mirimanoff (édit.), Bâle, 2011.
- PEKAR LEMPEREUR A./SALZER J./COLSON A., Méthode de médiation : au cœur de la conciliation, Paris, 2008.
- PERRIER C., Médiation en droit pénal suisse : étude de la législation suisse relative à la médiation pénale à la lumière des droits français, allemand et belge, Bâle, 2011.
- ROGERS C., Client-Centered Therapy, its current practice, implications and theory.
- ROSENBERG M., Les mots sont des fenêtres (ou bien ce sont des murs) : introduction à la communication non violente, Paris, 1999.
- SALEM G., L'approche thérapeutique de la famille.
- VANDEPOL B./BRAVERMAN M./LABARDEE L., strategic specialty partnerships - enabling the eap for evidence informed best practices in workplace crisis response *in* : Journal of Workplace Behavioral Health, 21(3), 2006, pp. 119-131.
- VOIROL C., Développement, mise en œuvre et caractérisation d'un processus de surveillance continue par internet de facteurs psychosociaux en vue de son utilisation éventuelle dans la prévention des crises organisationnelles, Montréal, Canada, Université du Québec à Montréal (UQAM), 2010, www.archipel.uqam.ca/3130/ (consulté le 15.12.2014).
- VOIROL C./DUPUIS G., Fluctuations in Weekly Brief Measures of Quality of Working Life and Prediction of Quality of Working Life Systemic Inventory (QWLSI) Results After Four

Months, Using the Internet *in* : Journal of Workplace Behavioral Health, 25(4), 2010, pp. 241-268, www.informaworld.com/ 10.1080/15555240.2010.518484 (consulté le 15.12.2014).

VOLCKRICK E., Les dispositifs de médiation et la question du tiers, *in* : Lebrun J.-P./ Volckrick E. (édits), Avons-nous encore besoin d'un tiers ?, pp. 133-158.

WAEBER J.-B., La protection de la personnalité dans les rapports de travail, *in* : Harcèlement au travail, volume 22 du droit du travail en pratique, Zurich, 2002.

WATZLAWICK P., La réalité de la réalité : confusion, désinformation, communication, Paris, (cité : WATZLAWICK, La réalité de la réalité).

WATZLAWICK P., Une logique de la communication, Paris, (cité : WATZLAWICK, Une logique de la communication).

WENNUST G., Mobbing, le harcèlement psychologique analysé sur le lieu du travail, La Chaux-de-Fonds, 2007.

WHITMORE J., Le guide du coaching, Paris, 2012, p. 19 ss.

WYLER R., *in* : JdT 2013 II 187.

Première partie - Cadre général et principes

D. Sanctions

MARIE-GISÈLE DANTHE

Conflits au travail - Sanctions

Sommaire	Page
I. Introduction	110
II. Sanctions prononcées par l'employeur	111
A. Sanctions disciplinaires	111
1. Notion	111
2. Sources légales	111
3. Conditions	112
4. Difficultés	112
B. Peine conventionnelle ou clause pénale	113
1. Notion	113
2. Sources légales	113
3. Conditions	114
4. Avantages et inconvénients	114
C. Déplacement	115
1. Notion	115
2. Sources légales	115
3. Cas d'application	115
a) Directive	115
b) Modification du contrat	116
4. Avantages et inconvénients	117
D. Résiliation du contrat de travail	117
1. Notion	117
2. Sources légales	118
3. Cas d'application	118
a) Pesée des intérêts entre protection de la personnalité et liberté de résilier	118
b) Résiliation ordinaire	119
c) Résiliation immédiate	121
d) Difficultés	123
4. Cas particulier de la protection en cas de dénonciation	123
a) Notion	123
b) Sources légales	124
c) Cas d'application	125
d) Difficultés	125
III. Sanctions à disposition du travailleur	127
A. Généralités	127
B. Actions en protection de la personnalité	127

1. Notion	127
2. Sources légales	127
3. Actions défensives	128
4. Actions réparatrices	129
a) Principes	129
b) Action en dommages-intérêts	129
c) Action en réparation du tort moral	129
5. Article 28b CC	130
6. Action des associations	131
C. Sanctions pénales	132
1. Notion	132
2. Sources légales	132
3. Conditions	132
4. Difficultés	133
D. Suspension de la prestation de travail	133
1. Notion	133
2. Sources légales	134
3. Cas d'application	134
4. Difficultés	135
E. Résiliation du contrat de travail	135
1. Notion	135
2. Sources légales	135
3. Cas d'application	135
a) Résiliation ordinaire	135
b) Résiliation immédiate	136
F. Dénonciation aux autorités chargées d'exécuter la LTr	138
1. Notion	138
2. Sources légales	138
3. Procédures	139
a) Procédure administrative	139
b) Procédure pénale	139
4. Avantages et inconvénients	140
IV. Conclusion	141
V. Bibliographie	141

I. Introduction

Le règlement des conflits interpersonnels survenant sur le lieu de travail est une des nombreuses facettes du champ d'application de l'article 328 CO¹. Cette disposition prévoit d'une manière générale que l'employeur protège et respecte, dans les rapports de

¹ Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911, RS 220.

travail, la personnalité du travailleur. A cet effet, l'employeur doit prendre, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui.

Lorsque la prévention et la gestion des conflits au travail ne suffisent pas ou plus, l'employeur sera amené à utiliser d'autres instruments pour essayer d'aplanir ou de mettre un terme au différend. De même, quand le travailleur constate que l'employeur ne prend pas les mesures adéquates face à une situation conflictuelle, il pourra agir par divers moyens pour obtenir le respect de ses droits.

Dans la notion de sanction, il y a l'idée de punition. En réalité, l'objectif de la présente contribution est plus large, puisqu'il vise à identifier les divers moyens et instruments juridiques auxquels les parties peuvent recourir dans une situation de conflit au travail.

II. Sanctions prononcées par l'employeur

A. Sanctions disciplinaires

1. Notion

Les sanctions disciplinaires sont des mesures qui visent à réprimer la violation de ses devoirs par le travailleur. Elles présupposent donc une infraction contre des règles de comportement prévues par l'employeur ou un règlement d'entreprise.

Ces sanctions peuvent prendre des formes très diverses, par exemple : blâme, réprimande, avertissement, suspension, mutation, amende, peine conventionnelle, destitution, licenciement ordinaire ou avec effet immédiat².

2. Sources légales

En droit privé du travail, l'employeur peut établir des directives générales ou donner des instructions particulières en vertu de l'article 321d CO. La législation suisse du contrat de travail ne prévoit en revanche pas de sanctions disciplinaires dans les relations entre employeur et employé. Cependant, elle ne les exclut pas, de sorte qu'il est loisible aux

² Cf. VISCHER, N 25 à 27 *ad* art. 38 LTr.

parties d'en prévoir dans un règlement d'entreprise, une convention collective ou un contrat individuel de travail³.

La législation publique en matière de travail contient pour sa part aux articles 37 à 39 LTr⁴ des règles relatives à l'établissement du règlement d'entreprise. L'article 38 LTr fait expressément référence aux sanctions disciplinaires. Il prévoit que le règlement d'entreprise doit contenir des dispositions sur la protection de la santé et la prévention des accidents et, en tant qu'il est nécessaire, sur l'ordre intérieur et le comportement des travailleurs dans l'entreprise. La disposition indique également que des sanctions disciplinaires ne peuvent être infligées qu'au cas et dans la mesure où le règlement d'entreprise le prévoit d'une manière convenable.

Il découle de ce qui précède que même si l'employeur ne dispose *ex lege* d'aucun pouvoir dans ce domaine, des sanctions disciplinaires peuvent être prévues en cas de violation du contrat⁵.

3. Conditions

Pour que l'employeur puisse y avoir recours, les sanctions disciplinaires doivent être prévues par le contrat, par un règlement d'entreprise ou par convention collective. L'employeur ne saurait toutefois infliger à son gré des sanctions, l'exercice équitable et impartial de son pouvoir disciplinaire devant être garanti⁶.

Il faut que les infractions sanctionnées soient décrites de manière suffisamment précise. La nature des sanctions doit elle aussi être déterminée et circonscrite. Le montant des amendes doit par exemple être clairement indiqué. Enfin, les sanctions doivent être proportionnées⁷.

4. Difficultés

Les sanctions disciplinaires sont plus fréquentes lorsqu'il s'agit de rapports de travail de droit public⁸. Elles sont plutôt rares dans les entreprises privées⁹.

³ ATF 119 II 162, JdT 1994 I 105 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_515/2012 du 17 avril 2013.

⁴ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964, RS 822.11.

⁵ WYLER/HEINZER, p. 130.

⁶ ATF 119 II 162, JdT 1994 I 105 ; WYLER/HEINZER, p. 130.

⁷ SECO, Commentaire de l'art. 38 LTr ; VISCHER, N 32 à 41 *ad* art. 38 LTr ; WYLER/HEINZER, p. 130.

⁸ En matière de poursuites et faillite, l'art. 14 LP prévoit par exemple que les mesures disciplinaires suivantes peuvent être prises contre un préposé ou un employé : la réprimande, l'amende jusqu'à 1'000 francs, la suspension pour six mois au plus, la destitution. L'art. 47 CC fait également état de

L'usage par l'employeur d'un pouvoir disciplinaire est généralement délicat et il est souvent difficile de faire la distinction entre sanction disciplinaire proprement dite et mesures relevant du droit du travail. Pour certains auteurs, les sanctions disciplinaires ne doivent du reste pas remplacer le recours général au droit des obligations pour l'exécution d'obligations contractuelles¹⁰.

Il apparaît dès lors que les sanctions disciplinaires, peu usuelles, ne sont pas forcément l'instrument le plus adéquat pour régler une situation de conflit au travail. Par la suite, les différentes sanctions envisageables seront donc examinées exclusivement sous l'angle du droit des obligations et du droit du travail.

B. Peine conventionnelle ou clause pénale

1. Notion

La peine conventionnelle ou l'amende sont de par leur nature une clause pénale. Elles peuvent être définies comme une convention accessoire par laquelle le débiteur promet au créancier une prestation, le plus souvent fixée en argent, pour les cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite d'une obligation¹¹.

La clause pénale présente une double utilité pour le créancier. D'une part, comme elle est fixée forfaitairement, le montant de la peine équivaut à des dommages-intérêts et le créancier n'a pas à prouver de dommage. D'autre part, elle constitue un moyen de pression sur le débiteur qui se sait exposé à payer une somme d'argent s'il ne respecte pas ses engagements¹².

2. Sources légales

La clause pénale est régie de manière générale par les articles 160 à 163 CO.

sanctions disciplinaires s'agissant des personnes employées dans les offices de l'état civil. Les peines sont le blâme, l'amende jusqu'à 1'000 francs ou, dans les cas graves, la révocation.

⁹ WYLER/HEINZER, p. 130.

¹⁰ Dans ce sens : VISCHER, N 25 *ad* art. 38 LTr.

¹¹ Cf. ENGEL, p. 862.

¹² ENGEL, p. 863 ; MOOSER, CR-2012, N 2 *ad* art. 160 CO.

En droit du travail, la doctrine et la jurisprudence admettent que le contrat de travail, une convention collective ou un règlement d'entreprise puissent prévoir des peines conventionnelles sanctionnant le non-respect des directives par le travailleur¹³.

3. Conditions

Compte tenu des spécificités du droit du travail, des conditions strictes sont néanmoins posées.

La peine conventionnelle doit être préalablement déterminée. En d'autres termes, cela signifie que les violations entraînant le paiement de la clause doivent être définies et que le montant de la peine doit être déterminé ou déterminable. La peine doit par ailleurs être appliquée de manière proportionnée. A défaut, la clause pénale ne sera pas valable¹⁴.

Conformément à ce que prévoit l'article 163 alinéa 3 CO, le juge doit en outre réduire une peine qu'il estime excessive¹⁵.

4. Avantages et inconvénients

De prime abord, la peine conventionnelle peut présenter un caractère séduisant. En frappant financièrement le collaborateur, elle pourrait en effet avoir un effet dissuasif pour l'avenir.

Cet avantage apparent semble toutefois contre-balancé par plusieurs inconvénients.

Tout d'abord, s'agissant d'une clause pénale, le montant de la peine est dû indépendamment de tout dommage (art. 161 al. 1 CO). Ce principe semble toutefois aller à l'encontre de l'article 321e alinéa 2 CO, qui atténue de manière considérable l'obligation du travailleur de réparer le dommage causé intentionnellement ou par négligence à l'employeur. Il en découle que le montant de la clause pénale ne pourra vraisemblablement pas être très élevé, ce qui risque de priver la sanction de son effet dissuasif.

Si l'employeur entend compenser le salaire avec le montant de la peine, il devra par ailleurs respecter l'article 323b alinéa 2 CO, qui restreint la compensation au montant du salaire saisissable.

¹³ DUNAND, N 41 *ad* art. 321d CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 *ad* art. 321d CO ; VISCHER, N 32 *ad* art. 38 LTr ; WYLER/HEINZER, p. 130 ; ATF 119 II 162, JdT 1994 I 105 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_515/2012 du 17 avril 2013.

¹⁴ DUNAND, N 41 *ad* art. 321d CO ; WYLER/HEINZER, p. 130 ; ATF 119 II 162, JdT 1994 I 105.

¹⁵ CARRUZZO, N 11 *ad* art. 321d CO ; DUNAND, N 41 *ad* art. 321d CO.

En outre, sanction pécuniaire, la peine conventionnelle aura pour conséquence de laisser en présence les collaborateurs qui ont été et/ou sont toujours en conflit et ne permettra dès lors pas forcément de résoudre la situation.

Enfin, l'utilisation de la clause pénale ou peine conventionnelle n'est pas habituelle en droit du travail – sous réserve de la clause de prohibition de concurrence. Certains ordres juridiques vont même jusqu'à interdire le recours aux amendes en droit du travail, comme le droit français¹⁶.

La peine conventionnelle ne paraît ainsi pas, elle non plus, le moyen le plus adapté à réprimer une situation de conflit au travail.

C. Déplacement

1. Notion

Les dénominations utilisées sont diverses : déplacement, mutation¹⁷, transfert¹⁸, changement de fonction¹⁹.

Pratiquement, de telles mesures entraînent soit une modification des tâches du travailleur, soit une modification de son lieu de travail.

2. Sources légales

Juridiquement, la modification des tâches du travailleur et la modification du lieu de travail sont des cas-limites entre ce qui relève du droit de l'employeur de donner des directives, au sens de l'article 321*d* CO, et la modification du contrat de travail, qui présuppose l'accord du travailleur ou un congé-modification (*Änderungskündigung*).

3. Cas d'application

a) Directive

L'employeur peut se réserver, dans le contrat de travail, d'affecter le travailleur à un autre poste ou de modifier le lieu de travail dans le cadre de son pouvoir d'énoncer des

¹⁶ Art. L 1331-2 du Code français du travail : 1 Les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites. 2 Toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite.

¹⁷ Cf. VISCHER, N 27 *ad* art. 38 LTr.

¹⁸ DUNAND, N 29 et 35 *ad* art. 321*d* CO.

¹⁹ WYLER/HEINZER, p. 357.

directives²⁰. De telles clauses ne peuvent cependant être mises en application que si elles respectent les limites posées par l'article 328 CO. Le Tribunal fédéral a ainsi considéré qu'une clause permettant d'occuper le travailleur à un poste plus ou moins équivalent ou de le déplacer dans n'importe quelle succursale du groupe excédait le droit de l'employeur de donner des directives²¹.

La doctrine admet par ailleurs que l'employeur peut affecter, à tout le moins temporairement, un travailleur à une autre fonction ou à un autre lieu de travail, si cela est exigible de l'employé et pour autant que l'employeur dispose d'une raison valable de procéder à un tel changement²². Un conflit sur le lieu de travail peut constituer une raison valable de déplacer un employé²³. En fonction de l'urgence de la situation, l'employeur peut ainsi, sous la forme d'une directive immédiate, changer de poste un collaborateur ou déplacer son lieu de travail²⁴. Toutefois, si la modification imposée excède ce qui est autorisé par le droit de directive, l'employeur doit, à défaut d'accord du travailleur, proposer dans un deuxième temps un changement de contrat et procéder à un congé-modification²⁵.

Il découle de ce qui précède que le recours au droit de donner des directives pour ordonner le déplacement d'un travailleur à la suite d'un conflit sur le lieu de travail ne peut s'exercer que dans des limites relativement étroites.

b) Modification du contrat

Lorsque le déplacement ou le changement de fonction va au-delà de ce que permet l'article 321d CO, le contrat de travail doit être modifié.

Si les parties se mettent d'accord, elles peuvent librement décider de la mise en vigueur de la mesure. La modification du lieu de travail ou des tâches assignées peut alors intervenir à n'importe quel moment et même avec effet immédiat²⁶.

Faute d'accord, l'employeur doit procéder à un congé-modification (*Änderungskündigung*). Il peut soit résilier le contrat pour sa prochaine échéance, tout en offrant de

²⁰ DUNAND, N 21 *ad* art. 328 CO.

²¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 7 avril 1989, *in* : JAR 1991, p. 114 : à la suite d'un conflit relationnel entre une travailleuse et le nouveau chef de l'agence de Lausanne, l'employeur, se fondant sur la clause de mobilité contenue dans le contrat de travail, avait décidé de déplacer l'employée à Bienne, bien qu'elle ne sache pas l'allemand et en dépit de ses obligations familiales.

²² CARRUZZO, N 2 *ad* art. 321d CO ; SUBILIA/DUC, N 8 et 9 *ad* art. 321d CO.

²³ CAPH/GE du 4 février 2010, *in* : JAR 2011, p. 451.

²⁴ WYLER/HEINZER, p. 357.

²⁵ WYLER/HEINZER, p. 357.

²⁶ Cf. WYLER, N 36 *ad* art. 320 CO.

poursuivre les relations de travail aux conditions modifiées à la fin du délai de congé (congé-modification au sens étroit), soit proposer dans un premier temps le déplacement ou le changement de fonction et résilier dans un deuxième temps le contrat parce que la modification des conditions de travail n'a pas été acceptée (congé-modification au sens large)²⁷. Dans l'un et l'autre cas, les conditions modifiées ne peuvent de toute façon entrer en vigueur qu'après l'écoulement du délai de congé. Si la nouvelle fonction ou le déplacement du lieu de travail est raisonnable et intervient dans l'intérêt des employés concernés et de l'entreprise, le licenciement du travailleur qui refuse la modification ne devrait pas être qualifié d'abusif²⁸.

4. Avantages et inconvénients

Un changement de poste ou un déplacement du lieu de travail permet de séparer les travailleurs en conflit. Il présente aussi l'avantage de conserver leurs compétences professionnelles si celles-ci ne sont pas en cause.

De telles mesures ne sont pourtant pas toujours possibles. Il va de soi qu'elles sont facilement envisageables dans de grandes entreprises, dotées de plusieurs établissements. Par contre, elles ne sont généralement pas réalisables dans de petites structures, ce qui restreint la possibilité d'y recourir²⁹.

D. Résiliation du contrat de travail

1. Notion

La résiliation (ou le congé) est la cause habituelle d'extinction du contrat de travail de durée indéterminée. Si elle est le fait de l'employeur, le terme de licenciement est également utilisé.

Juridiquement, la résiliation est la déclaration unilatérale de volonté, soumise à réception, par laquelle une partie met fin au contrat³⁰. Il s'agit d'un droit formateur résolutoire, en ce sens qu'il permet à une personne de faire cesser le contrat en modifiant par une manifestation unilatérale de volonté la situation préexistante.

²⁷ Cf. WYLER/HEINZER, p. 504.

²⁸ WYLER/HEINZER, p. 357 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_354/2008 du 9 juin 2009 : congé non abusif, la collaboratrice ayant refusé un autre poste considéré comme convenable.

²⁹ CAPH/GE du 4 février 2010, consid. 5.2.1, in : JAR 2011, p. 451.

³⁰ WYLER/HEINZER, p. 501 ; SUBILIA/DUC, N 2 ad art. 335 CO ; BONARD, N 3 ad art. 335 CO.

La résiliation est un instrument typique permettant de sanctionner la violation des obligations contractuelles. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit aussi d'une mesure incisive, puisqu'elle a pour effet de mettre un terme aux rapports de travail.

2. Sources légales

Les principes applicables à la résiliation du contrat de travail sont posés par l'article 335 CO.

La résiliation est ordinaire lorsqu'il est mis fin au contrat en respectant un délai de congé (art. 335a à 335c CO). Elle est extraordinaire quand les rapports de travail prennent fin avec effet immédiat (art. 337 al. 1 CO).

En droit suisse du travail, la liberté contractuelle prévaut. En principe, la résiliation est donc licite³¹. Le droit de résilier est toutefois limité dans certaines situations. Il existe ainsi une protection si la résiliation intervient en temps inopportun (art. 336c CO) ou si le congé est fondé sur un motif abusif (art. 336 à 336b CO). Une résiliation immédiate ne peut, quant à elle, être prononcée qu'en présence de justes motifs, c'est-à-dire de circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 al. 2 CO).

3. Cas d'application

a) Pesée des intérêts entre protection de la personnalité et liberté de résilier

Lors de conflits interpersonnels sur le lieu de travail, la position de l'employeur peut être délicate³².

D'une part, il a l'obligation de protéger la personnalité de ses employés (art. 328 CO). Dès lors, s'il ne prend pas de mesures en vue d'écarter le responsable du conflit, l'employeur peut se voir reprocher de n'avoir pas pris de mesures suffisantes en vue de protéger ses collaborateurs.

D'autre part, s'il licencie le perturbateur de manière ordinaire ou avec effet immédiat, l'employeur s'expose aussi au risque que le congé soit qualifié d'abusif (art. 336 CO) ou que le congé ne se fonde pas sur de justes motifs (art. 337 CO), avec les conséquences financières qui en résultent (art. 336a CO : versement d'une indemnité jusqu'à six mois

³¹ BONARD, N 1 *ad* art. 335 CO.

³² DUNAND, N 23 *ad* art. 328 CO.

de salaire ; art. 337c CO : dommages-intérêts jusqu'à l'échéance normale du contrat et indemnité de six mois de salaire).

L'examen de la jurisprudence rendue en matière de conflits au travail permet cependant de dégager quelques lignes directrices.

b) Résiliation ordinaire

La jurisprudence récente du Tribunal fédéral³³ considère que, s'il est établi qu'une situation conflictuelle sur le lieu de travail, due au caractère difficile d'un employé, nuit notablement au travail en commun dans l'entreprise, le congé donné à celui-ci n'est pas abusif, à condition toutefois que l'employeur ait pris toutes les mesures que l'on pouvait attendre de lui pour désamorcer le conflit. Cette exigence repose sur l'article 328 alinéa 1 CO selon lequel l'employeur a le devoir de protéger et de respecter, dans les rapports de travail, la personnalité de ses travailleurs.

Quand un licenciement intervient à la suite d'un conflit sur le lieu de travail, le Tribunal fédéral procède donc à un raisonnement par étapes.

Dans un premier temps, il faut vérifier si l'employeur a pris toutes les mesures que l'on peut attendre de lui pour apaiser le litige. Dans ce contexte, l'employeur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix des mesures à prendre³⁴. Le Tribunal fédéral ne définit cependant pas ce qu'il faut comprendre par « mesures ». Il peut s'agir par exemple d'auditions, de discussions, de séances d'équipe, de l'appui d'un coach ou d'un médiateur, de modifications dans l'organisation du travail, de directives quant au comportement à adopter, d'avertissements ou d'un déplacement³⁵. En revanche, la question de savoir si l'employeur a pris les mesures nécessaires pour désamorcer le conflit avant d'en arriver à la résiliation relève du droit. Elle revient à examiner si l'employeur s'est conformé aux devoirs que lui impose l'article 328 CO³⁶. Si tel n'est pas le cas, la résiliation sera qualifiée d'abusive, l'abus résidant dans le fait que l'employeur exploite sa propre violation des devoirs contractuels. En effet, après avoir laissé un conflit interpersonnel s'envenimer sans prendre les mesures adéquates pour l'atténuer, en violation de l'article 328 CO, l'employeur se prévaut du fait que

³³ ATF 125 III 70 ; arrêt du Tribunal fédéral 4C.121/2001 du 16 octobre 2001 ; 4C.253/2001 du 18 décembre 2001 ; 4C.274/2002 du 5 novembre 2002 ; 4C.189/2003 du 23 septembre 2003 ; 4A_158/2010 du 22 juin 2010 ; 4A_309/2010 du 6 octobre 2010.

³⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_340/2009 du 24 août 2009, consid. 4.3.3 ; 4A_309/2010 du 6 octobre 2010, consid. 2.5.

³⁵ RUDOLPH, p. 82 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 336 CO, p. 1000.

³⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.189/2003 du 23 septembre 2003, consid. 5.1 ; 4A_158/2010 du 22 juin 2010, consid. 3.2 ; 4A_309/2010 du 6 octobre 2010, consid. 2.5.

l'ambiance est devenue préjudiciable au travail dans l'entreprise, pour résilier le contrat du travailleur apparaissant, en raison de son caractère difficile, comme un fauteur de troubles³⁷. De cas en cas, le congé est donc qualifié d'abusif ou non en fonction des mesures prises par l'employeur et de leur caractère adéquat³⁸.

S'il est reconnu que l'employeur a pris les mesures nécessaires, il faut examiner, dans un deuxième temps, si le licenciement peut être qualifié d'abusif au regard de l'article 336 alinéa 1 lettre a CO. Selon cette disposition, la résiliation est abusive lorsqu'elle est donnée par une partie pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise. Il découle du texte légal que pour qualifier le congé d'abusif, deux conditions cumulatives doivent être réalisées : il faut, d'abord, que la résiliation ait été prononcée pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie et, ensuite, que cette raison n'ait pas un lien avec le rapport de travail ou ne porte pas sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise³⁹. Cette double exigence a pour conséquence que le Tribunal fédéral n'a jamais tranché la question controversée de savoir si les traits de caractère sont compris dans les raisons inhérentes à la personnalité. En effet, il a toujours été démontré que les manquements ou les défauts de caractère de l'employé congédié, voire son caractère difficile, avaient un lien avec le rapport de travail ou portaient sur un point essentiel un

³⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.189/2003 du 23 septembre 2003, consid. 5.1; 4A_158/2010 du 22 juin 2010, consid. 3.2.

³⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.253/2001 du 18 décembre 2001, consid. 3 : congé abusif, une absence de confrontation entre les personnes concernées, un avertissement tardif et unilatéral car donné à une seule employée, des discussions ne portant pas sur l'ambiance de travail ne constituant pas des mesures adéquates ; arrêt du Tribunal fédéral 4C.189/2003 du 23 septembre 2003, consid. 5.3 : congé abusif, une séance organisée hors la présence de la collaboratrice concernée, une seconde séance ne débouchant sur aucune mesure concrète et un délai imparti à la travailleuse pour s'améliorer n'étant pas des mesures suffisantes sachant que le licenciement est intervenu à l'expiration du délai sans qu'il n'ait été vérifié s'il y avait eu une amélioration ; arrêt du Tribunal fédéral 4C.274/2002, consid. 2.2 : congé non abusif, un entretien intervenant à peine un mois après le début du conflit et un avertissement dénués d'effets étant suffisants dans un contexte où la situation était invivable et avait provoqué le départ précipité d'une autre collaboratrice ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_158/2010, consid. 3.3 : congé non abusif, s'agissant d'une collaboratrice dont l'attitude avait engendré des tensions ou des conflits depuis de nombreuses années et dont l'attitude n'avait pas changé en dépit de remarques ou d'avertissements de l'employeur, toutes nouvelles tentatives de conciliation ou de déplacement apparaissant vouées à l'échec. Cf. également RUDOLPH, p. 82.

³⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.253/2001 du 18 décembre 2001, consid. 2a ; 4C.189/2003 du 23 septembre 2003, consid. 4.2.

préjudice grave dans l'entreprise, de sorte que le licenciement ne pouvait être considéré comme abusif⁴⁰.

Il découle de ce qui précède que le Tribunal fédéral applique une règle de subsidiarité : l'employeur doit démontrer qu'il a pris les mesures nécessaires pour désamorcer le conflit avant d'en arriver à la résiliation. Pour éviter tout risque de congé abusif, il est donc recommandé de ne recourir au licenciement qu'après avoir cherché en vain d'autres solutions et constaté qu'il n'était raisonnablement pas possible de poursuivre les relations de travail⁴¹. L'obligation d'intervention de l'employeur ne doit cependant pas l'amener à assumer une situation inextricable, due au caractère difficile d'un travailleur dont le comportement n'évolue pas ou qui a généré de tels conflits que ses collègues ne veulent plus collaborer avec lui et/ou menacent de démissionner⁴². Dans une telle situation, l'employeur doit prendre des mesures pour rétablir une atmosphère de travail supportable, ce qui justifie le licenciement du collaborateur au caractère difficile⁴³. Ce raisonnement est avant tout applicable quand les responsabilités sont clairement établies. Lorsque le conflit ne peut être imputé à la faute de l'un ou l'autre des collaborateurs et que les responsabilités sont partagées, il faut reconnaître à l'employeur qui a pris les mesures adéquates pour aplanir le conflit une certaine liberté de choix s'agissant du travailleur qui doit être licencié⁴⁴.

c) Résiliation immédiate

La résiliation immédiate des rapports de travail pour de justes motifs est une mesure exceptionnelle et ne doit être admise que de manière restrictive. Les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du rapport de travail. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat ; si le manquement est moins grave, il

⁴⁰ ATF 125 III 70, consid. 2c ; 127 III 86, consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 4C.274/2002 du 5 novembre 2002, consid. 2.1 ; 4A_158/2010 du 22 juin 2010 : caractère difficile ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_309/2010 du 6 octobre 2010, consid. 2.6 : manque de concentration et de mémoire, esprit brouillon, manque d'esprit de décision ; ATF 136 III 513, consid. 2.6 : caractère irritable et propos agressifs.

⁴¹ DUNAND, N 23 *ad art.* 328 CO et N 33 *ad art.* 336 CO ; RUDOLPH, pp. 90-91.

⁴² WYLER/HEINZER, p. 357 ; RUDOLPH, pp. 90-91.

⁴³ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_158/2010 du 22 juin 2010 : licenciement d'une employée dont l'attitude avait engendré des tensions ou des conflits avec plusieurs collègues depuis des années, attitude qui n'avait pas changé en dépit de remarques ou d'avertissements de l'employeur, toutes nouvelles tentatives de conciliation ou proposition de déplacement apparaissant vouées à l'échec.

⁴⁴ WYLER/HEINZER, p. 357 ; RUDOLPH, p. 91 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 *ad art.* 336 CO, p. 1005.

ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement⁴⁵.

Aux termes de l'article 328 alinéa 1 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur. Cette obligation lui impose de prendre des mesures adéquates si la personnalité du travailleur fait l'objet d'atteintes notamment de la part d'autres membres du personnel. En cas de conflit interpersonnel, vu les précautions que l'employeur doit déjà prendre avant de procéder à une résiliation ordinaire, il va sans dire que seule une atteinte particulièrement grave et sérieuse au droit de la personnalité d'un collègue pourra justifier le licenciement immédiat d'un collaborateur⁴⁶.

Généralement, le recours à la résiliation immédiate n'est admis qu'en présence d'atteintes d'une certaine intensité à la personnalité à la suite de violences physiques, d'altercations, de voies de fait, d'insultes ou de menaces⁴⁷. Pour apprécier la gravité de l'atteinte, il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances, notamment de l'impact sur la personnalité du travailleur qui en a été victime, des événements qui l'ont précédée⁴⁸, de la violence du comportement et du danger qu'il comporte⁴⁹, d'actes agressifs ou du contexte de travail⁵⁰. Parmi les circonstances à prendre en considération figure également le comportement non conforme au droit de l'employeur, qui peut se révéler à l'origine de la situation de tension qui a conduit l'employé à violer gravement son devoir de fidélité⁵¹. Comme pour une résiliation ordinaire, l'employeur ne peut donc

⁴⁵ ATF 127 III 351 ; arrêt du Tribunal fédéral 4C.331/2005 du 16 décembre 2005 ; 4C.247/2006 du 27 octobre 2006 ; 4A_486/2007 du 14 février 2008 ; 4A_60/2014 du 22 juillet 2014.

⁴⁶ WYLER/HEINZER, pp. 357-358 ; GLOOR, N 39 *ad* art. 337 CO.

⁴⁷ ATF 127 III 351 : licenciement immédiat justifié du collaborateur qui, hormis des disputes très fréquentes, a insulté un collègue à plusieurs reprises, s'en est pris à lui physiquement et a fini par le menacer de « *lui faire la peau* » ; arrêt du Tribunal fédéral 4C.247/2006 du 27 octobre 2006 : licenciement immédiat justifié d'une femme de chambre enceinte qui a tenté de frapper sa supérieure avec sa chaussure et lui a lancé un verre d'eau à la tête, étant précisé qu'un avertissement avait été donné cinq jours plus tôt pour un incident précédent ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_486/2007 du 14 février 2008 : licenciement immédiat justifié d'une collaboratrice, qui sans avoir été provoquée, menace son supérieur avec un cutter.

⁴⁸ ATF 127 III 351.

⁴⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_486/2007 du 14 février 2008.

⁵⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.331/2005 du 16 décembre 2005 : licenciement immédiat injustifié d'un employé qui extirpe un collègue hors d'un véhicule, après lui avoir tiré les cheveux, l'altercation s'étant produite dans le cadre d'un chantier de construction où une certaine rudesse est de mise.

⁵¹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_60/2014 du 22 juillet 2014 : licenciement immédiat injustifié à la suite d'une agression physique à l'encontre d'une supérieure hiérarchique de 61 ans et de constitution menue, l'incident ayant été provoqué par le comportement et le *mobbing* de l'employeur.

pas se prévaloir de sa propre violation des devoirs imposés par l'article 328 CO pour justifier un congé immédiat.

d) Difficultés

Si la résiliation du contrat de travail est certainement une des mesures les plus adéquates pour mettre un terme à une situation conflictuelle sur le lieu de travail, force est de constater que les exigences posées depuis quelques années par la jurisprudence sème d'embûches le parcours de l'employeur. Même s'il est douteux que ces conditions soient compatibles avec le principe de la liberté de résiliation⁵², l'employeur n'a d'autre choix que de les respecter.

Avant de procéder à un licenciement, l'employeur sera donc bien inspiré de documenter les mesures prises (procès-verbaux d'audition ou de tentatives de conciliation, avertissement écrit) pour éviter les conséquences d'un licenciement abusif ou d'un congé immédiat injustifié. Vu la jurisprudence fluctuante du Tribunal fédéral dans ce domaine, il paraît toutefois difficile d'exclure tout risque pour l'employeur.

4. Cas particulier de la protection en cas de dénonciation

a) Notion

Le « *whistleblowing* » ou signalement peut se définir comme l'acte par lequel une personne active auprès d'une entité publique ou privée, souvent un travailleur, révèle, à l'interne ou à l'externe, certains comportements et/ou omissions illicites ou contraires aux mœurs, ou formule des soupçons qualifiés par rapport à leur existence⁵³.

Le signalement d'irrégularités constatées sur le lieu de travail met en jeu des intérêts divergents. Le travailleur voudra divulguer ces faits par sens du devoir et pour des raisons d'éthique. Cette révélation servira la bonne marche de l'entreprise, privée ou publique, pour laquelle il travaille. La collectivité peut également être intéressée à la découverte de faits contraires à la loi ou qui sont, pour d'autres raisons, d'intérêt public. D'un autre côté, ces faits peuvent discréditer des collègues, des supérieurs ou l'employeur lui-même. L'entreprise subit une atteinte à sa réputation si les faits sont révélés à l'extérieur. Le signalement n'a par ailleurs pas toujours une valeur positive. Enfin, les dénonciations mensongères, abusives ou calomnieuses ne doivent pas être

⁵² Cf. RUDOLPH, p. 90 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 *ad* art. 336 CO, p. 1004.

⁵³ WYLER/HEINZER, p. 83 ; DUNAND, N 54 *ad* art. 321a CO.

encouragées⁵⁴. Ces intérêts divergents sont de nature à créer des situations de conflits sur le lieu de travail.

b) Sources légales

En 2007, un mandat législatif a été donné au Conseil fédéral en vue de définir les conditions de la protection des personnes qui révèlent des actes illicites, tant pour les rapports de travail de droit privé que de droit public⁵⁵.

En matière de droit public, la situation a évolué plus rapidement qu'en droit privé. Un nouvel article 22a a ainsi été introduit dans la loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (Lpers)⁵⁶. Cette disposition, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011, prévoit que les employés sont tenus de dénoncer aux autorités de poursuite pénale, à leurs supérieurs ou au Contrôle fédéral des finances tous les crimes et délits poursuivis d'office dont ils ont eu connaissance ou qui leur ont été signalés dans l'exercice de leur fonction. Les employés ont également le droit de signaler au Contrôle fédéral des finances les autres irrégularités dont ils ont eu connaissance ou qui leur ont été signalées dans l'exercice de leur fonction. L'article 34c alinéa 1 lettre a Lpers prévoit la possibilité pour l'employé licencié à la suite d'une dénonciation ou d'un signalement de bonne foi d'obtenir sa réintégration.

En droit privé, deux avant-projets de révision partielle du Code des obligations ont été mis en consultation en 2008, puis en 2010. Le premier avant-projet visait l'introduction d'un nouvel article 321a^{bis} CO, intitulé « *Signalement de faits répréhensibles* » et consacrait le caractère abusif du congé donné par l'employeur en raison d'un signalement conforme au droit à l'article 336 alinéa 2 lettre d nouveau CO. Le deuxième avant-projet tendait en outre à augmenter de manière générale de six mois à douze mois les indemnités maximales dues en cas de résiliation abusive ou de résiliation immédiate du contrat de travail⁵⁷. Enfin, le Conseil fédéral a adopté le 20 novembre 2013 un Message sur la révision partielle du Code des obligations (Protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur)⁵⁸. Ce nouveau projet prévoit des

⁵⁴ Message du Conseil fédéral sur la révision partielle du code des obligations (Protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur), FF 2013 8547 ss, p. 8552.

⁵⁵ Rapport explicatif du Conseil fédéral relatif à l'avant-projet de révision partielle du Code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur), p. 4.

⁵⁶ RS 172.220.1.

⁵⁷ Les documents relatifs à ces avant-projets peuvent être consultés à l'adresse internet suivante : <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing.html> (consulté le 5.12.2014).

⁵⁸ Message du Conseil fédéral sur la révision partielle du code des obligations (Protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur), FF 2013 8547 ss.

dispositions plus détaillées s'agissant des conditions du signalement (art. 321a^{bis} à 321a^{quinquies} P-CO) et confirme le caractère abusif du licenciement prononcé par l'employeur en raison d'un signalement conforme au droit (art. 336 al. 2 let. d P-CO), mais renonce à modifier le montant des indemnités dues. Au jour de la rédaction de la présente contribution, les travaux parlementaires au sujet de ce projet sont toujours en cours.

A l'heure actuelle, il n'existe donc pas de réglementation particulière en matière de signalement en droit privé du travail. Cette question doit dès lors être examinée au regard des dispositions générales du Code des obligations sur le contrat de travail⁵⁹.

c) Cas d'application

La jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en matière de « *whistleblowing* » concerne principalement des situations en lien avec le licenciement du dénonciateur⁶⁰. Quelques principes s'en dégagent. Tout d'abord, la jurisprudence affirme le devoir du travailleur de sauvegarder fidèlement les intérêts de l'employeur (art. 321a al. 1 et 4 CO). Ensuite, elle pose le principe de la divulgation au public de faits internes à l'entreprise comme *ultima ratio*. Enfin, la dénonciation doit respecter le principe de la proportionnalité⁶¹. En application de ces principes, le Tribunal fédéral détermine de cas en cas, en fonction des circonstances, si le licenciement du dénonciateur est abusif ou injustifié⁶², comme il le fait en cas de conflit interpersonnel sur le lieu de travail.

d) Difficultés

L'adoption de nouvelles dispositions dans le Code des obligations en vue d'assurer la protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur est susceptible de poser de nombreuses questions en lien avec des situations conflictuelles au travail.

⁵⁹ BETTEX, pp. 159-160.

⁶⁰ ATF 127 III 310 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_2/2008 du 8 juillet 2008, *in* : SJ 2009 I 1.

⁶¹ CARRANZA/MICOTTI, p. 176.

⁶² ATF 127 III 310 : licenciement immédiat justifié d'une employée d'un établissement médico-social qui viole son obligation de loyauté et de discrétion en tournant de nuit, à l'insu de l'employeur, un film à l'intérieur de cet établissement, le remet à la Télévision suisse romande et participe à une émission critique présentant le film en question ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_2/2008 du 8 juillet 2008, *in* : SJ 2009 I 1 : licenciement abusif de l'employé d'une banque qui signale à l'avocat de l'établissement des irrégularités présumées commises par son directeur, l'employé étant de bonne foi et aucune procédure de dénonciation interne n'ayant été mise en place par l'employeur, qui a de surcroît confié au directeur faisant l'objet de la dénonciation le soin de s'occuper d'élucider les faits.

Suivant l'interprétation donnée à la notion d'irrégularités⁶³, la procédure de signalement, et une éventuelle dénonciation à l'externe, pourraient être ouvertes pour dénoncer un conflit interpersonnel au sein de l'entreprise. Si le signalement d'infractions pénales, de cas de fraude ou de corruption, de risques d'atteintes à l'environnement ou de violations de règles de sécurité protégeant le public⁶⁴ peut se justifier, il paraît difficile de concevoir qu'une telle procédure puisse s'appliquer telle quelle pour des conflits interpersonnels sur le lieu de travail.

L'introduction de dispositions régissant la procédure à suivre par l'employeur en cas de signalement⁶⁵ aurait quant à elle pour effet de codifier la jurisprudence du Tribunal fédéral qui requiert de l'employeur d'avoir pris toutes les mesures que l'on pouvait attendre de lui pour désamorcer le conflit avant de procéder à un licenciement lié à une situation conflictuelle⁶⁶.

Peut aussi se poser la question de savoir si un collaborateur non concerné serait en droit de se prévaloir de la procédure de signalement pour dénoncer un conflit interpersonnel surgissant entre des collègues. A l'heure actuelle, il n'existe en principe pas d'obligation découlant de l'article 321a CO de dénoncer un collègue⁶⁷.

Enfin, le projet de loi présenté par le Conseil fédéral, par son intitulé déjà⁶⁸, vise en priorité la protection du dénonciateur. Il ne traite en revanche pas la question de la protection de la personnalité du dénoncé. Or, une dénonciation injustifiée d'un collègue constitue une atteinte illicite à la personnalité de ce dernier, que l'employeur a l'obligation de protéger en vertu de l'article 328 alinéa 1 CO⁶⁹. Une telle atteinte peut

⁶³ L'art. 321a^{bis} al. 2 P-CO indique que sont notamment considérées comme irrégularités les infractions pénales, d'autres actes illicites et la violation des statuts ou de directives et instructions de l'employeur. Le Message du Conseil fédéral penche pour une interprétation large de la notion d'irrégularités, qui devraient comprendre tout fait contraire à une obligation que l'entreprise ou ses collaborateurs doivent respecter, FF 2013 8547 ss, p. 8597.

⁶⁴ CARRANZA/MICOTTI, p. 8.

⁶⁵ L'art. 321a^{ter} P-CO prévoit que le travailleur doit signaler préalablement les irrégularités à l'employeur qui doit, dans un délai raisonnable, prendre des mesures pour éclaircir les faits et remédier à l'illicéité, informer sans délai le travailleur de la réception du signalement et du délai fixé pour son traitement et/ou lui fournir en temps utile ou sur demande les informations nécessaires sur la suite donnée au signalement et sur le résultat des mesures prises.

⁶⁶ ATF 125 III 70 ; arrêt du Tribunal fédéral 4C.121/2001 du 16 octobre 2001 ; 4C.253/2001 du 18 décembre 2001 ; 4C.274/2002 du 5 novembre 2002 ; 4C.189/2003 du 23 septembre 2003 ; 4A_158/2010 du 22 juin 2010 ; 4A_309/2010 du 6 octobre 2010.

⁶⁷ CARRUZZO, N 7 *ad* art. 321a CO ; DUNAND, N 58 *ad* art. 321a CO.

⁶⁸ Le Message du Conseil fédéral porte sur la révision partielle du Code des obligations (Protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur).

⁶⁹ WYLER/HEINZER, pp. 83-84.

avoir des conséquences aussi graves que le licenciement d'un dénonciateur de bonne foi. Dans ce contexte, l'arsenal de dispositions prévues par le Conseil fédéral pour encadrer la procédure de dénonciation peut paraître disproportionné et, en instituant une protection légale du seul dénonciateur, il pourrait créer un déséquilibre en ne tenant pas suffisamment compte des intérêts de la personne dénoncée.

III. Sanctions à disposition du travailleur

A. Généralités

Lorsqu'un conflit interpersonnel surgit au travail, l'employeur a l'obligation, en vertu de l'article 328 alinéa 1 CO, de prendre les mesures nécessaires pour apaiser le différend. S'il ne le fait pas, le travailleur atteint dans sa personnalité dispose de divers instruments juridiques ou sanctions à l'égard de l'employeur et, également, à l'égard de l'auteur de l'atteinte. Il peut s'agir d'actions relevant du droit de la personnalité ou d'instruments découlant du droit du travail (suspension de la prestation de travail, résiliation du contrat de travail). Mais l'employé peut aussi utiliser des mesures pénales ou administratives (dénonciation aux autorités chargées de l'exécution de la LTr).

B. Actions en protection de la personnalité

1. Notion

Le travailleur victime d'une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection. A cet effet, il dispose d'actions défensives : l'action en interdiction (ou en prévention), l'action en cessation ou l'action en constatation de droit. Le lésé peut également se prévaloir de moyens réparateurs : l'action en dommages-intérêts et l'action en réparation du tort moral⁷⁰.

2. Sources légales

Dans les relations entre travailleur et employeur, la protection de la personnalité de l'employé est assurée par l'article 328 CO. Cette disposition reprend, en droit privé du travail, les principes généraux de la protection de la personnalité ancrés aux articles 27 et 28 CC. Les actions défensives sont plus particulièrement prévues à l'article 28a alinéa 1

⁷⁰ MEIER/DE LUZE, N 726, p. 347.

CC. Pour l'action en dommages-intérêts et l'action en réparation du tort moral, l'article 28a alinéa 3 CC renvoie aux dispositions du Code des obligations⁷¹. Le travailleur peut aussi se prévaloir des dispositions de la partie générale du Code des obligations en matière d'inexécution contractuelle (art. 97 ss CO) ou d'actes illicites (art. 41 ss CO)⁷².

La victime a également la possibilité d'agir directement contre l'auteur de l'atteinte. Dans la mesure où il n'existe aucune relation contractuelle entre collègues, le travailleur doit alors se prévaloir directement des dispositions du Code civil (art. 27, 28 et 28a CC) ou des règles générales du droit des obligations en matière d'actes illicites (art. 41 ss CO).

3. Actions défensives

Théoriquement, le travailleur peut agir en prévention, en cessation et en constatation d'une atteinte illicite à sa personnalité. L'action en constatation a toutefois une portée subsidiaire. Pour l'intenter, le lésé doit justifier d'un intérêt digne de protection qui fait en principe défaut lorsque le demandeur peut invoquer immédiatement une prestation exécutoire et qu'il dispose dès lors d'une action condamnatoire⁷³.

Même si l'employeur n'est pas l'auteur direct de l'atteinte à la personnalité, l'action peut être introduite contre lui. La qualité pour défendre appartient en effet à toute personne qui participe à l'atteinte, c'est-à-dire qui joue ou a joué objectivement, que ce soit de près ou de loin, un rôle – même secondaire – dans la création ou le développement de l'atteinte⁷⁴. Le travailleur peut bien évidemment agir aussi contre l'auteur direct de l'atteinte. En revanche, même s'il doit veiller à la protection de la personnalité de ses employés en vertu de l'article 328 CO, l'employeur n'est pas autorisé à intenter une action défensive en lieu et place de la personne directement concernée⁷⁵.

En pratique, les actions défensives sont peu utilisées et peu efficaces. Une action en interdiction ou en cessation présuppose que les relations contractuelles perdurent. Or, le travailleur préfère généralement attendre la fin du contrat pour engager une procédure et ne réclamer que des dommages-intérêts ou une indemnité pour tort moral⁷⁶. A cela s'ajoute que les actions en protection de la personnalité impliquent l'introduction d'une procédure judiciaire, ce qui ne facilite pas la tâche de la victime. Pour l'action contre

⁷¹ MEIER/DE LUZE, N 726, p. 347.

⁷² DUNAND, N 64 *ad* art. 328 CO.

⁷³ TC/VD du 18 juin 2010, consid. XI/a, *in* : JAR 2011, p. 586.

⁷⁴ MEIER/DE LUZE, N 738, pp. 352-353.

⁷⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_641/2011 du 23 février 2012.

⁷⁶ DUNAND, N 65 *ad* art. 328 CO ; DIETSCHY, p. 193.

l'auteur direct de l'atteinte, le travailleur doit en outre agir devant les juridictions ordinaires, ce qui peut être relativement coûteux.

4. Actions réparatrices

a) Principes

En cas d'atteinte illicite à sa personnalité, le travailleur a la possibilité de réclamer la réparation du dommage subi et/ou une indemnité pour tort moral. La violation des obligations prévues par l'article 328 CO entraîne la responsabilité contractuelle de l'employeur (art. 97 al. 1, 99 et 49 CO)⁷⁷. Une action en dommages-intérêts et en réparation du tort moral peut aussi être introduite contre l'auteur de l'atteinte, qui encourt une responsabilité délictuelle (art. 41 ss CO)⁷⁸.

b) Action en dommages-intérêts

Si le travailleur subit un dommage matériel, il a le droit d'en obtenir la réparation sous la forme de dommages-intérêts. L'action obéit aux conditions générales de la responsabilité. Lorsqu'elle est introduite contre l'employeur, la victime doit dès lors établir le dommage, la violation contractuelle, ainsi que le lien de causalité entre les deux. S'agissant d'une responsabilité contractuelle, la faute de l'employeur est présumée (art. 97 al. 1 CO). En revanche, quand le travailleur décide d'agir contre l'auteur direct de l'atteinte, il doit établir non seulement le dommage, l'atteinte illicite, le lien de causalité, mais aussi la faute (art. 41 CO). Dans une situation de conflit au travail, le dommage pourrait consister par exemple en des frais médicaux non pris en charge par l'assurance-maladie (franchise, médicaments ou traitements non remboursés) ou, si une incapacité de travail survient, en la différence entre le salaire complet et le montant des indemnités perte de gain versées par une assurance.

c) Action en réparation du tort moral

En cas d'atteinte illicite à sa personnalité, le travailleur peut aussi prétendre au paiement d'une indemnité pour tort moral, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement (art. 49 al. 1 CO). Pour justifier l'allocation d'une indemnité pour tort moral, il ne suffit donc pas qu'il y ait une violation des articles 328 CO et 28 CC, encore faut-il que l'atteinte ait une certaine gravité objective et qu'elle ait été ressentie par la victime, subjectivement, comme une

⁷⁷ DUNAND, N 76 et 79 *ad* art. 328 CO.

⁷⁸ DUNAND, N 74 et 76 *ad* art. 328 CO.

souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime qu'une personne, dans ces circonstances, s'adresse au juge pour obtenir réparation⁷⁹. La réparation morale est en principe accordée sous la forme d'une somme d'argent, même si d'autres modes de réparation sont envisageables (art. 49 al. 2 CO). Si les montants alloués en Suisse sont comparativement plus faibles que ceux octroyés dans d'autres ordres juridiques, ils tendent néanmoins à augmenter progressivement⁸⁰. Dans des cas en lien avec des conflits au travail particulièrement graves, ils ont ainsi passé de quelques milliers⁸¹ à quelques dizaines de milliers de francs⁸².

5. Article 28b CC

Adopté le 23 juin 2006 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 2007, l'article 28b CC offre de nouveaux moyens d'action en cas de violence, de menaces ou de harcèlement. Aux termes de cette disposition, la victime peut en effet demander au juge d'interdire à l'auteur de l'atteinte de l'approcher ou d'accéder à un périmètre déterminé autour de son logement, de fréquenter certains lieux, notamment des rues, places ou quartiers et/ou de prendre contact avec elle, notamment par téléphone, par écrit ou par voie électronique, ou de lui causer d'autres dérangements.

Conçu principalement pour les cas de violence domestique, l'article 28b CC a en réalité une portée plus large, puisqu'il vise non seulement les violences, mais aussi les situations

⁷⁹ ATF 125 II 70, consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_128/2007, du 9 juillet 2007, consid. 2.3 ; 4A_123/2007 du 31 août 2007, consid. 7.1.

⁸⁰ DUNAND, N 87 *ad* art. 328 CO.

⁸¹ TPH/GE du 20 juillet 1998, *in* : Plaidoyer 6/1999, p. 54 : 5'000 francs 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 ; arrêt du Tribunal fédéral du 8 janvier 1999, *in* : SJ 1999 I 277 : 5'000 francs en plus d'une indemnité de six mois pour licenciement abusif pour une employée dont le supérieur hiérarchique a tenu des propos à caractère sexuel et a eu des gestes déplacés, contribuant au développement de troubles somatiques et psychiques ; arrêt du Tribunal fédéral 4C.320/2005 du 20 mars 2006, consid. 2.5 : 5'000 francs pour le directeur d'un hôtel harcelé psychologiquement par l'administrateur de la société qui l'employait, victime d'une décompensation psychique ayant entraîné une hospitalisation et une convalescence de plusieurs mois.

⁸² Arrêt du Tribunal fédéral 4C.84/2005 du 16 juin 2005, consid. 6.3 : 10'000 francs en plus d'une indemnité de six mois de salaire pour congé abusif pour un employé harcelé pendant plusieurs mois sous forme d'insultes et d'accusations mensongères ayant mis en danger son intégrité physique et psychique ; CAPH/GE du 14 juin 2005, consid. 2.3, *in* : JAR 2006, p. 445 : 15'000 francs 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 régulières de licenciement, ce qui a entraîné une dépression et une incapacité de travail relativement longue.

de menaces ou de harcèlement⁸³. Il est donc envisageable de recourir à cette disposition en cas de conflit sur le lieu de travail⁸⁴. Une action fondée sur l'article 28b CC doit être dirigée contre l'auteur direct de l'atteinte. Elle présuppose toutefois une situation de violence, de menaces ou de harcèlement, c'est-à-dire un conflit d'une intensité certaine. A l'extrême, les mesures judiciaires pourraient entraîner une interdiction de contacts entre les travailleurs concernés, voire l'interdiction faite à l'auteur de l'atteinte de se rendre sur son lieu de travail, ce qui serait particulièrement incisif et devrait encourager l'employeur à prendre des mesures en vue d'aplanir le différend, pour le cas où il ne l'aurait pas fait plus tôt.

6. Action des associations

La jurisprudence du Tribunal fédéral reconnaît, depuis 1947, le droit d'une association professionnelle ou d'un syndicat d'agir, à certaines conditions, en son nom propre pour défendre les travailleurs contre les atteintes portées à leurs droits de la personnalité⁸⁵.

L'article 89 du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (ci-après : CPC)⁸⁶ prévoit désormais expressément un droit d'action des associations. Selon cette disposition, les associations et les autres organisations d'importance nationale ou régionale qui sont habilitées aux termes de leurs statuts à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé peuvent, en leur propre nom, agir pour l'atteinte à la personnalité des membres de ce groupe. A cet effet, les associations peuvent intenter les actions défensives, à savoir l'action en interdiction, l'action en cessation ou l'action en constatation du caractère illicite d'une atteinte (art. 89 al. 2 CPC). En revanche, elles n'ont pas la possibilité de demander des dommages-intérêts ou une indemnité pour tort moral en faveur du travailleur lésé⁸⁷. Pour l'essentiel, l'article 89 CPC codifie le droit général d'action des associations professionnelles déjà reconnu par la jurisprudence⁸⁸.

L'action vise la protection de la personnalité des membres du groupe. En d'autres termes, l'association doit agir pour protéger la personnalité de la totalité ou de la majorité de ses membres⁸⁹. Cette exigence n'est pas nouvelle. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral relevait déjà que l'atteinte à la personnalité doit concerner, au moins potentiellement, un

⁸³ MEIER/DE LUZE, N 953, p. 472.

⁸⁴ FF 2005 6440 ; WYLER/HEINZER, p. 311 ; DUNAND, N 4 *ad* art. 328 CO. Pour un exemple avec un conflit survenant à la suite d'un licenciement avec effet immédiat, cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A_653/2008 du 3 novembre 2008.

⁸⁵ ATF 73 II 65.

⁸⁶ RS 272.

⁸⁷ DIETSCHY, N 728, p. 351 ; DONATIELLO, pp. 832-833 ; DUNAND, N 67 *ad* art. 328 CO.

⁸⁸ DONATIELLO, p. 825.

⁸⁹ DONATIELLO, p. 830.

grand nombre de travailleurs, pour que l'association professionnelle puisse prétendre sauvegarder un intérêt collectif⁹⁰. Dans la mesure où une situation de conflit sur le lieu de travail ne touche pas un groupe dans son ensemble, il est dès lors douteux qu'une association puisse se prévaloir de l'article 89 CPC pour agir en protection de la personnalité du travailleur concerné⁹¹.

C. Sanctions pénales

1. Notion

Une atteinte illicite à la personnalité du travailleur n'est pas protégée uniquement par le droit civil. Suivant le bien de la personnalité concerné, elle peut en effet aussi être constitutive d'une infraction qui relève du droit pénal⁹².

2. Sources légales

Le Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (ci-après : CP)⁹³ réprime ainsi les atteintes à la santé physique ou psychique (art. 122 à 126 CP), la mise en danger de la vie ou de la santé d'autrui (art. 127 CP), l'omission de prêter secours (art. 128 CP), les atteintes à l'honneur (art. 173 à 178 CP), les menaces (art. 180 CP), la contrainte (art. 181 CP) ou les atteintes à l'intégrité sexuelle (art. 187 à 200 CP). Cette énumération est exemplaire et n'a pas vocation à être exhaustive. Elle illustre le champ très large de la protection de personnalité et l'importance que la société actuelle lui accorde⁹⁴.

3. Conditions

L'action pénale est en principe dirigée contre l'auteur de l'infraction. Dans le cas d'un conflit au travail, le travailleur lésé doit par conséquent agir directement contre le collègue qui a provoqué l'atteinte.

⁹⁰ ATF 125 III 82, consid. 1a ; ATF 121 III 168, consid. 4b ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_248/2010 du 12 juillet 2010, consid. 4.1 ; DONATIELLO, p. 831 ; DUNAND, N 67 *ad* art. 328 CO.

⁹¹ Comme le relève DONATIELLO, p. 831, « *une personne qui harcèle une femme en permanence à son domicile familial porte atteinte à la personnalité de cette dernière, mais pas aux femmes ou à l'institution familiale en général* ». Un raisonnement analogue peut être fait s'agissant des conflits sur le lieu de travail.

⁹² MEIER/DE LUZE, N 255, p. 255 ; CARRUZZO, p. 272 ; WYLER/HEINZER, pp. 313-314.

⁹³ RS 311.0.

⁹⁴ WYLER/HEINZER, p. 314.

La question d'une éventuelle responsabilité pénale de l'employeur pour complicité (art. 25 CP) pourrait se poser, surtout en cas de violation des devoirs prévus par l'article 328 CO. Si l'employeur est une entreprise, et non une personne physique, une responsabilité pénale au sens de l'article 102 CP ne paraît pas envisageable. Cette disposition prévoit qu'un crime ou un délit commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts est imputé à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. Or, une infraction survenant dans une situation de conflit interpersonnel sur le lieu de travail n'est pas commise dans l'exercice des activités commerciales de l'entreprise⁹⁵. De plus, la personne physique qui en est l'auteur est généralement connue⁹⁶. Une responsabilité pénale ne pourrait donc viser qu'un employeur qui est une personne physique, voire un organe ou un dirigeant de l'entreprise.

4. Difficultés

Comme pour les actions civiles en protection de la personnalité, le recours au droit pénal suppose l'introduction d'une procédure judiciaire, ce qui peut constituer un obstacle. Le travailleur victime d'une atteinte hésitera souvent avant d'utiliser cette voie et les cas soumis à la justice sont plutôt rares. De plus, les sanctions prononcées peuvent être relativement légères, tout comme d'éventuelles indemnités pour tort moral⁹⁷.

D. Suspension de la prestation de travail

1. Notion

Le contrat de travail est un contrat bilatéral parfait (synallagmatique) par lequel le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur, dans un rapport de subordination et moyennant un salaire (art. 319 al. 1 CO)⁹⁸. La fourniture du travail est la prestation essentielle du travailleur. La suspension

⁹⁵ MACALUSO, N 32, 33 et 36 *ad* art. 102 CP.

⁹⁶ MACALUSO, N 43 *ad* art. 102 CP : pour être imputée à l'entreprise en application de l'art. 102 CP, l'infraction doit ne pas pouvoir être imputée à une personne physique déterminée.

⁹⁷ Lire 24Heures du 21.10.2014, <http://www.24heures.ch/val-de-aargau-region/Condamne-a-cause-de-sa-grossierete-au-bureau> (consulté le 4.12.2014) : collaborateur condamné en application de l'art. 198 CP à une amende de 500 francs et à une indemnité pour tort moral de 800 francs en raison de déclarations grossières et d'incitations à des relations sexuelles.

⁹⁸ WYLER/HEINZER, p. 19 ; DUNAND, N 8 *ad* art. 319 CO.

de la prestation de travail est la possibilité pour l'employé de ne pas fournir le travail dû à l'employeur.

2. Sources légales

L'article 82 CO, règle générale du droit des obligations, consacre l'*exceptio non adimpleti contractus*. Il prévoit que celui qui poursuit l'exécution d'un contrat bilatéral doit avoir exécuté ou offrir d'exécuter sa propre obligation, à moins qu'il ne soit au bénéfice d'un terme d'après les clauses ou la nature du contrat. Cette disposition repose sur l'idée fondamentale selon laquelle, dans un contrat synallagmatique, une partie ne peut être contrainte d'exécuter sa prestation si l'autre n'exécute pas sa propre prestation⁹⁹.

En cas de demeure de l'employeur, l'article 324 CO contient en outre une règle particulière. En effet, si l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, il reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir son travail.

3. Cas d'application

Pour que le travailleur puisse exécuter son obligation de travailler, l'employeur doit avoir accompli les actes préparatoires que lui imposent ses obligations contractuelles¹⁰⁰. A défaut, il se trouve en situation de demeure. Certains auteurs considèrent que les actes préparatoires de l'employeur comprennent toutes les mesures indispensables à la protection de la santé ou de la personnalité du travailleur¹⁰¹. Si l'employeur ne prend pas ces mesures, le travailleur peut le mettre en demeure. Après cette mise en demeure et tant que ces mesures ne sont pas prises, l'employé peut refuser sa prestation de travail, tout en conservant le droit à percevoir son salaire¹⁰².

Pour que le travailleur puisse recourir à cette mesure, il faut toutefois que l'atteinte soit importante et manifeste et que la violation par l'employeur de ses obligations contractuelles ne soit pas insignifiante¹⁰³. En d'autres termes, la possibilité pour le travailleur de refuser sa prestation en cas de conflit sur le lieu de travail semble réservée aux cas relativement graves (par exemple : *mobbing* ou harcèlement sexuel avérés).

⁹⁹ WYLER/HEINZER, p. 206.

¹⁰⁰ LONGCHAMP, N 2 *ad* art. 324 CO.

¹⁰¹ CARRON, p. 137 et *réf. citées*.

¹⁰² CARRON, p. 137 ; CARRUZZO, p. 280 ; DUNAND, N 68 *ad* art. 328 CO ; SUBILIA/DUC, N 38 *ad* art. 328 CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 19 *ad* art. 328 CO.

¹⁰³ DUNAND, N 68 *ad* art. 328 CO ; SUBILIA/DUC, N 38 *ad* art. 328 CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 19 *ad* art. 328 CO.

4. Difficultés

Dans les situations de moindre gravité, le travailleur qui suspend sa prestation de travail peut se voir reprocher un abus de droit¹⁰⁴. Par ailleurs, l'absence du travailleur, si elle est injustifiée, pourrait autoriser la résiliation du contrat par l'employeur ou être considérée comme un abandon d'emploi au sens de l'article 337d CO¹⁰⁵. Compte tenu de ces risques, une certaine prudence s'impose donc avant que le travailleur refuse de fournir son travail.

E. Résiliation du contrat de travail

1. Notion

Comme indiqué dans le chapitre relatif au licenciement par l'employeur, auquel il est expressément renvoyé¹⁰⁶, la résiliation (ou le congé) est la cause habituelle d'extinction du contrat de travail de durée indéterminée. Si elle est le fait du travailleur, le terme de démission est également utilisé.

2. Sources légales

Le droit de résilier appartient à chacune des parties. Il obéit ainsi au principe de la parité et les principes applicables à la résiliation du contrat de travail sont les mêmes que le congé soit donné par l'employeur ou par le travailleur (art. 335 CO).

Pour le travailleur aussi, la résiliation est ordinaire lorsqu'il est mis fin au contrat en respectant un délai de congé (art. 335a à 335c CO) et elle est extraordinaire quand les rapports de travail prennent fin avec effet immédiat (art. 337 al. 1 CO).

3. Cas d'application

a) Résiliation ordinaire

Le travailleur a en tout temps la possibilité de mettre un terme aux rapports de travail en respectant le délai de congé (art. 335c CO)¹⁰⁷. Il peut notamment résilier le contrat en présence de conditions de travail difficiles ou d'ambiance de travail insatisfaisante¹⁰⁸.

¹⁰⁴ SUBILIA/DUC, N 38 *ad* art. 328 CO.

¹⁰⁵ CARRON, p. 138.

¹⁰⁶ Cf. *supra* ch. II, let. D.

¹⁰⁷ Cf. HEINZER, N 1 *ad* art. 335c CO.

La résiliation du contrat par le travailleur est certainement le moyen le plus efficace pour mettre un terme à un conflit interpersonnel sur le lieu de travail.

Le recours à la démission présente néanmoins des inconvénients. Tout d'abord, cette mesure entraîne la perte de son emploi pour le travailleur, si celui-ci n'a pas trouvé un autre poste avant de donner son congé. Une résiliation par l'employé risque également d'avoir des incidences sur d'éventuelles prestations de l'assurance-chômage. En vertu de l'article 30 alinéa 1 lettre a LACI¹⁰⁹, le droit de l'assuré à l'indemnité est en effet suspendu lorsqu'il est établi que celui-ci est sans travail par sa propre faute, notamment s'il a résilié lui-même le contrat de travail¹¹⁰. Enfin, sauf exception, la démission du travailleur victime d'une situation conflictuelle au travail ne peut pas être considérée comme un acte qui sanctionne l'employeur ou l'auteur de l'atteinte. Si la résiliation met donc un terme au litige, il n'en demeure pas moins que la violation de ses obligations contractuelles par l'employeur et le comportement du perturbateur resteront probablement impunis.

b) Résiliation immédiate

La résiliation immédiate des rapports de travail par le travailleur doit, comme le licenciement immédiat par l'employeur, se fonder sur de justes motifs (art. 337 al. 1 CO). Les principes développés par la jurisprudence s'agissant du licenciement immédiat par l'employeur¹¹¹ sont également applicables lorsque le congé est signifié par l'employé¹¹².

Dès lors, seul un manquement particulièrement grave autorise la résiliation immédiate du contrat par le travailleur. Pour apprécier l'existence de justes motifs, il faut prendre en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position du travailleur, la

¹⁰⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_252/2011, consid. 4.3.

¹⁰⁹ Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982, RS 837.0.

¹¹⁰ L'art. 44 al. 1 let. b OACI considère qu'est réputé sans travail par sa propre faute l'assuré qui a résilié lui-même le contrat de travail sans avoir été préalablement assuré d'obtenir un autre emploi, sauf s'il ne pouvait être exigé de lui qu'il conservât son ancien emploi. Pour un cas d'application, cf. arrêt du Tribunal fédéral C 155/00 du 20 avril 2001 : chômage fautif du fait que la travailleuse a résilié elle-même son contrat de travail, mais réduction de 41 à 15 jours de suspension en raison de remarques de nature sexuelle ou discriminatoire établies.

¹¹¹ Cf. *supra* ch. II, let. D, 3c.

¹¹² Arrêt du Tribunal fédéral 4A_252/2011 du 22 août 2011, consid. 4.2.

nature et la durée des rapports contractuels, et la nature et l'importance des manquements¹¹³.

En cas de conflit interpersonnel sur le lieu de travail, seule une atteinte particulièrement importante à la personnalité de la victime justifie un congé immédiat¹¹⁴. Ainsi, une résiliation immédiate du contrat peut intervenir dans une situation de harcèlement au travail, qui est de nature à porter atteinte à la santé du travailleur, ou en présence d'autres atteintes durables ou intenses à la personnalité du travailleur, de menaces ou d'atteintes physiques ou verbales à l'intégrité du travailleur¹¹⁵. Dans de tels cas, le travailleur peut être amené à résilier le contrat immédiatement pour se protéger (*constructive dismissal*)¹¹⁶.

Si la résiliation immédiate signifiée par le travailleur est justifiée, ses conséquences financières sont réglées par l'article 337b CO. Cette disposition prévoit que si les justes motifs de la résiliation immédiate du contrat consistent dans son inobservation par l'une des parties, celle-ci doit réparer intégralement le dommage causé, compte tenu de toutes les prétentions découlant des rapports de travail. Le travailleur qui résilie le contrat avec effet immédiat pour un juste motif imputable à l'employeur a ainsi droit à ce qu'il aurait gagné s'il avait travaillé jusqu'à l'échéance du délai de congé (contrat de durée indéterminée), respectivement jusqu'au terme du contrat (contrat de durée déterminée)¹¹⁷. En revanche, l'article 337c alinéa 3 CO, qui permet au juge d'allouer au travailleur une indemnité allant jusqu'à six mois de salaire en cas de licenciement immédiat injustifié par l'employeur, n'est pas applicable par analogie dans le cas d'une résiliation immédiate du contrat par le travailleur¹¹⁸.

¹¹³ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_252/2011 du 22 août 2011, consid. 4.2 et 4.3 : un certificat médical attestant d'une incapacité de travail pour cause de maladie est à lui seul inapte à établir l'existence d'un juste motif de résiliation immédiate.

¹¹⁴ DUNAND, N 69 *ad* art. 328 CO ; GLOOR, N 50 *ad* art. 337 CO ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N. 1.44 et 1.45 *ad* art. 337 CO ; arrêt du Tribunal fédéral 4C.332/2001 du 20 mars 2002, *in* : JAR 2003, p. 325 : résiliation immédiate injustifiée à la suite d'un coup léger et sans conséquence donné sur la tête de l'employé ; BS : GS 27.04.1978, *in* : JAR 1980, p. 271 : résiliation immédiate justifiée par une serveuse de restaurant qui se fait gifler par son collègue de travail lors d'une querelle pour des brouilles et qui n'obtient pas de l'employeur que le collègue s'excuse.

¹¹⁵ WYLER/HEINZER, p. 590.

¹¹⁶ GLOOR, N 8 *ad* art. 337b CO ; WYLER/HEINZER, p. 590.

¹¹⁷ Cela équivaut au montant auquel peut prétendre, en vertu de l'art. 337c al. 1 et 2 CO, un travailleur injustement licencié avec effet immédiat par l'employeur. Cf. ATF 137 III 303 ; ATF 134 III 300 ; ATF 133 III 657.

¹¹⁸ ATF 137 III 303 ; ATF 133 III 657 ; WYLER/HEINZER, pp. 590-591 ; *contra* GLOOR, N 8 *ad* art. 337b CO.

En revanche, quand la résiliation immédiate du contrat par le travailleur est injustifiée, elle sera considérée comme un abandon d'emploi au sens de l'article 337d CO. Dans cette hypothèse, l'employeur peut prétendre à une indemnité forfaitaire, égale au quart du salaire mensuel et il a en outre droit à la réparation du dommage supplémentaire (art. 337d al. 1 CO). Mais le juge peut aussi réduire l'indemnité selon sa libre appréciation si l'employeur ne subit aucun dommage ou si le dommage est inférieur à l'indemnité égale au quart du salaire mensuel (art. 337d al. 2 CO). Dès lors, en l'absence de justes motifs, non seulement la résiliation ne constituera pas une véritable sanction à l'égard de l'employeur, mais le travailleur prendra aussi le risque financier de devoir, à tout le moins, une indemnité forfaitaire équivalente au quart de son salaire mensuel.

F. Dénonciation aux autorités chargées d'exécuter la LTr

1. Notion

La personnalité du travailleur est protégée non seulement par le droit privé (art. 328 CO et 27 ss CC), mais également par le droit public du travail. La protection prévue est la même, mais les voies de droit qui peuvent être utilisées sont différentes¹¹⁹.

2. Sources légales

L'article 6 LTr est le pendant en droit public de l'article 328 CO. Aux termes de cette disposition, l'employeur est tenu, pour protéger la santé des travailleurs, 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. L'employeur doit en outre prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité personnelle des travailleurs. L'article 6 LTr est complété par l'article 2 OLT3¹²⁰ et par l'Annexe à cette disposition édictée par le SECO¹²¹ et ayant valeur de directive¹²².

Les articles 51, 52, 54, 56, 58 et 59 LTr règlent la procédure. Ils prévoient des mesures administratives et pénales, qui sont principalement mises en œuvre par les autorités cantonales chargées de l'exécution de la LTr.

¹¹⁹ SCHEIDEGGER/PITTELOU, N 32 *ad* art. 6 LTr.

¹²⁰ Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail du 18 août 1993, RS 822.113.

¹²¹ Cette Annexe fait partie des commentaires relatifs à la LTr et à ses ordonnances d'application édictés par le SECO et elle peut être consultée à l'adresse internet suivante : <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00009/00027/01625/index.html?lang=fr> (consulté le 5.12.2014).

¹²² Arrêt du Tribunal fédéral 2C_462/2011 du 9 mai 2012, consid. 4.2.

3. Procédures

a) Procédure administrative

Lors d'un conflit interpersonnel sur le lieu de travail, l'autorité cantonale chargée d'exécuter la LTr peut intervenir d'office ou à la suite d'une dénonciation d'un travailleur, d'un syndicat, voire d'un tiers (art. 54 LTr)¹²³ et applique la procédure administrative prévue aux articles 51 et 52 LTr. Cette procédure poursuit avant tout un but préventif¹²⁴ et se déroule indépendamment de toute atteinte à la santé du travailleur¹²⁵. Elle prévoit un régime de sanctions administratives progressives en cas de violation de la loi¹²⁶.

Dans un premier temps, l'autorité vérifie si l'entreprise respecte la LTr et ses ordonnances et, si elle constate une infraction, elle la signale au contrevenant et l'invite à respecter la prescription violée (art. 51 al. 1 LTr), sous forme d'avertissement¹²⁷. Dans ce contexte, l'autorité d'exécution a la possibilité, par exemple, de contraindre l'employeur à mettre en place des mesures de prévention pour la gestion des conflits¹²⁸.

Si le contrevenant ne donne pas suite à cet avertissement, l'autorité cantonale rend une décision sous menace de la peine prévue à l'article 292 CP (art. 51 al. 2 LTr). Puis, si la décision n'est pas observée, l'autorité peut recourir aux mesures de contrainte administrative (art. 52 al. 1 LTr). Les décisions rendues peuvent être attaquées devant l'autorité cantonale de recours (art. 56 LTr).

b) Procédure pénale

L'article 59 LTr contient encore des règles relatives à la responsabilité pénale de l'employeur en cas de violation intentionnelle ou par négligence des prescriptions sur la protection de la santé. Aux termes de l'article 61 LTr, l'employeur est passible de l'emprisonnement pour six mois au plus ou d'une amende.

¹²³ SCHEIDEGGER/PITTELOU, N 35 *ad* art. 6 LTr ; DUNAND, N 71 *ad* art. 328 CO.

¹²⁴ MOREILLON, N 3 et 14 *ad* art. 51 LTr ; DUNAND, N 71 *ad* art. 328 CO.

¹²⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_462/2011 du 9 mai 2012, consid. 3.3.

¹²⁶ MOREILLON, N 1 *ad* art. 51 LTr.

¹²⁷ SECO, Commentaire de l'art. 51 LTr ; DUNAND, N 71 *ad* art. 328 CO.

¹²⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_462/2011 du 9 mai 2012 : l'obligation faite à l'employeur de mettre en place une méthode de gestion des conflits comprenant la désignation d'une ou de plusieurs personnes de confiance, hors hiérarchie, dans ou à l'extérieur de l'entreprise, est conforme aux principes de la légalité et de la proportionnalité.

L'article 59 alinéa LTr punit l'employeur. La notion d'employeur se confond ici avec celle d'entreprise au sens des articles 1 et 2 LTr. L'employeur est la personne physique qui dirige l'entreprise. En conséquence, toute personne hiérarchiquement responsable, qui dirige une entreprise au sens de la LTr, est visée par les articles 59 et 61 LTr¹²⁹.

En principe, la procédure pénale présente un caractère subsidiaire par rapport à la procédure administrative¹³⁰. Il n'est toutefois pas exclu que l'autorité cantonale puisse utiliser les deux voies en parallèle, voire même la voie pénale seule, en particulier si les mesures administratives se révèlent d'emblée inopérantes¹³¹.

4. Avantages et inconvénients

Le recours aux autorités d'exécution de la LTr présente l'avantage pour le travailleur d'éviter un affrontement direct avec l'employeur. Le rôle des autorités se limite toutefois à rétablir une situation conforme à la loi dans l'entreprise. Le travailleur ne peut donc pas se fonder sur le droit public pour obtenir réparation de son éventuel dommage et l'autorité d'exécution n'a pas la possibilité de faire valoir de telles prétentions directement auprès de l'employeur¹³².

Une intervention fondée sur le droit public peut être utile à but préventif et elle concerne la situation du travailleur au moment où il est occupé dans l'entreprise. Une fois les rapports de travail terminés, le travailleur ne pourra se fonder, dans les limites du délai de prescription, que sur le droit privé pour invoquer une atteinte à sa personnalité¹³³.

Les atteintes relativement graves, en cas de *mobbing* ou de harcèlement par exemple, constituent manifestement des violations de l'article 6 LTr susceptibles d'être dénoncées auprès des autorités chargées de l'exécution de la LTr. Mais, il ne faut pas perdre de vue que la LTr vise la protection de la santé dans un sens très large, qui comprend les facteurs de risques psychosociaux au travail et le stress induit par des relations tendues et/ou des conflits interpersonnels au poste de travail¹³⁴. Une intervention accrue des autorités chargées de l'exécution de la LTr dans les relations employeur-travailleur, qui relèvent

¹²⁹ MOREILLON, N 9-23, en particulier N 10 *ad* art. 59 LTr.

¹³⁰ MOREILLON, N 1 *ad* art. 59 LTr ; DUNAND, N 71 *ad* art. 328 CO.

¹³¹ Arrêt du Tribunal fédéral 2A.423/2000 du 22 mars 2001, consid. 2a.

¹³² SCHEIDEGGER/PITTELOU, N 34 *ad* art. 6 LTr.

¹³³ SCHEIDEGGER/PITTELOU, N 34 *ad* art. 6 LTr.

¹³⁴ Annexe de l'art. 2 OLT3, qui peut être consultée à l'adresse internet suivante : <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00009/00027/01625/index.html?lang=fr> (consulté le 5.12 2014).

du droit privé, n'est donc pas exclue, comme le démontre la jurisprudence récente en matière de gestion des conflits au travail¹³⁵.

IV. Conclusion

Les sanctions et instruments juridiques à disposition de l'employeur et du travailleur pour régler une situation conflictuelle au travail sont multiples et variés. Mais ils ne sont pas forcément des plus adaptés et il n'est pas toujours facile de les utiliser.

Pour l'employeur, les exigences posées par la jurisprudence rendent délicate l'utilisation du licenciement, qui aurait pourtant dû être l'instrument le plus efficace au regard de la liberté de résiliation. Il est par ailleurs douteux que les subtilités contenues dans l'Annexe de l'article 2 OLT3, qui a valeur de directive en matière de risques psychosociaux, soient connues de tous les employeurs, alors même qu'elle permet de les contraindre à adopter une véritable procédure de gestion des conflits.

Pour le travailleur, le recours aux actions en protection de la personnalité nécessitent une procédure judiciaire, qui peut être lourde, longue et coûteuse. La résiliation du contrat par l'employé permet en revanche de mettre un terme au conflit, mais la solution n'est guère satisfaisante puisqu'elle aboutit à une perte d'emploi.

Dans un monde du travail de plus en plus complexe, les règles relatives à la protection de la personnalité et de la santé du travailleur ont toute leur importance. Les instruments juridiques qui sanctionnent la violation de ces règles ne semblent pourtant pas répondre de manière totalement adéquate aux défis posés.

V. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

BETTEX CH., Le cadre légal des enquêtes internes dans les banques et autres grandes entreprises en droit du travail, SJ 2013 II 157.

BONARD A., Commentaire des articles 335-335a CO, *in* : Dunand/Mahon (édits), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.

¹³⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_462/2011 du 9 mai 2012.

- CARRANZA C. J./MICOTTI S., Whistleblowing, Perspectives en droit suisse, Genève, Zurich, Bâle 2014.
- CARRON V., *Mobbing* et demeure de l'employeur, *in* : Wyler (édit.), Panorama I en droit du travail, Berne 2009.
- CARRUZZO PH., Le contrat individuel de travail – Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zurich, Bâle, Genève 2009.
- CHANSON E., Le licenciement « *pour motifs économiques* » ou « *pour défaut de caractère* » *in* : Wyler (édit.), Panorama II en droit du travail, Berne 2012.
- DIETSCHY P., Les conflits de travail en procédure civile suisse, Bâle 2011.
- DONATIELLO G., Droit d'action des organisations au regard de l'article 89 CPC, *in* : Wyler (édit.), Panorama II en droit du travail, Berne 2012.
- DUNAND J.-PH., L'atteinte à la personnalité d'un collègue de travail comme juste motif de licenciement immédiat, RJN 2002, p. 135.
- DUNAND J.-PH., Commentaire des articles 319, 321a, 321d, 328 et 336 CO, *in* : Dunand/Mahon (édits), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.
- ENGEL P., Traité des obligations en droit suisse, 2^e éd., Berne 1997.
- HEINZER B., Commentaire des articles 335b-335c CO, *in* : Dunand/Mahon (édits), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.
- MACALUSO A., Commentaire de l'article 102 CP, *in* : Roth/Moreillon (édits), Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP, Bâle 2009.
- MEIER PH./DE LUZE E., Droit des personnes, Articles 11-89a CC, Genève, Zurich, Bâle 2014.
- MOOSER M., Commentaire des articles 158-163 CO, *in* : Thévenoz/Werro (édits), Commentaire romand, Code des obligations I, Bâle 2012.
- GLOOR W., Commentaire des articles 337-337d CO, *in* : Dunand/Mahon (édits), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.
- LONGCHAMP G., Commentaire des articles 324-324b CO, *in* : Dunand/Mahon (édits), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.
- MOREILLON L., Commentaire des articles 51-62 LTr, *in* : Geiser/Von Kaenel/Wyler (édits), Loi sur le travail, Berne 2005.
- RUDOLPH R., Konflikte am Arbeitsplatz und Kündigung, DTA 2011, pp. 77-91.
- SCHEIDEGGER H.-U./PITTELOUD C., Commentaire de l'article 6 LTr, *in* : Geiser/Von Kaenel/Wyler (édits), Loi sur le travail, Berne 2005.
- STREIFF U./VON KAENEL A./RUDOLPH R., Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2012.
- SUBILIA O./DUC J.-L., Droit du travail, Eléments de droit suisse, Lausanne 2010.
- VISCHER F. (GUEX D.), Commentaire des articles 37-39 LTr, *in* : Geiser/Von Kaenel/Wyler (édits), Loi sur le travail, Berne 2005.
- WYLER R./HEINZER B., Droit du travail, 3^e éd., Berne 2014.

Deuxième partie - Domaines spécifiques

A. Fonction publique

VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN*

Conflits et fonction publique : instruments

Sommaire	Page
I. Introduction	145
II. Le droit et les principes applicables à la fonction publique	147
A. Droit applicable	147
B. Principe de la légalité et autres principes constitutionnels	148
C. Garanties constitutionnelles et conventionnelles de procédure	150
D. Pouvoir hiérarchique	153
E. L'obligation de protection de la personnalité des agents publics	155
III. Les instruments généraux de gestion du personnel au service de la gestion des conflits	157
A. Entretien, médecin-conseil et autres mesures	157
B. Changement de poste	159
C. Fin des rapports de service, licenciement	161
D. Sanctions disciplinaires	164
IV. Les instruments dédiés de gestion des conflits	165
A. Présentation	165
1. Genève : le Groupe de confiance	165
2. Neuchâtel : le Groupe de confiance	167
3. Vaud : le Groupe Impact	168
4. Confédération : le Service de médiation	169
B. Les points de contact avec la procédure ordinaire	171
V. Conclusion	173
VI. Bibliographie et sources	174

I. Introduction

Les collectivités publiques, Confédération et cantons mais aussi les communes ainsi que certaines entités décentralisées de droit public, font partie des grands employeurs à

* Je remercie URSULA MARTI, Docteure en droit, *Fürsprecherin*, juriste auprès de l'Office du personnel de l'Etat du canton de Genève, pour son précieux apport à cette contribution.

l'échelle du marché du travail de notre pays. Comme tout employeur, ces employeurs publics sont, à un moment ou un autre, confrontés à des situations relationnelles difficiles au sein de leur personnel. Ces situations relationnelles difficiles naissent de la combinaison de facteurs multiples, mêlant des problèmes de personnalité, par exemple des incompatibilités de caractère, des événements touchant à la vie professionnelle, par exemple des conflits de valeurs, des contextes de changements, par exemple dans l'organisation d'un service ou de supérieur hiérarchique, ou des événements relevant de la vie privée, par exemple une maladie, un divorce ou un décès¹. Ces situations relationnelles difficiles peuvent alors s'exprimer entre des personnes ou entre une personne et de manière plus générale son environnement de travail, révélant des situations de conflit².

La définition de la notion de conflit ainsi que la présentation de ses contours sont justement l'objet du colloque du 12 février 2015 et du présent ouvrage³. On peut néanmoins retenir, comme hypothèse de travail, la définition générale du conflit donnée par le Groupe Impact de l'Etat de Vaud comme « *un désaccord persistant entre personnes ou entités* »⁴.

La présente contribution a pour objet la présentation des différents instruments du droit de la fonction publique utilisés par la collectivité publique lorsque des situations de conflit se présentent et d'en relever les spécificités, notamment par rapport aux instruments du droit privé.

La contribution débute par une présentation du droit et des principes généraux applicables à la fonction publique et à la gestion des relations de travail par les collectivités publiques (I.). La deuxième partie est consacrée à la présentation d'instruments généraux de gestion du personnel pouvant, voire devant être utilisés en cas de situation conflictuelle (II.). La troisième partie présente les instruments dédiés de gestion des conflits mis en place dans les cantons de Genève, de Neuchâtel et de Vaud ainsi que par la Confédération (IV.).

En revanche, il ne sera pas traité ici des questions de droit collectif du travail comme les relations avec les syndicats en cas de conflit à grande échelle ou de négociation de nouvelles conditions de travail, par exemple, ni de l'intervention des commissions du personnel. Les instruments prévus par la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg)⁵ ne seront pas non plus abordés, ni la problématique du

¹ GROUPE DE CONFIANCE, *Rétrospective*, p. 39 ; cf. également CONSEIL FEDERAL, *Réponse* (2011).

² GROUPE DE CONFIANCE, *Rétrospective*, p. 33.

³ Cf. en particulier la contribution de STEINER/KRINGS, p. 1.

⁴ GROUPE IMPACT, *Rapport*, p. 3.

⁵ RS 151.1. A ce propos, voir la contribution de LEMPEN, p. 265, dans le présent ouvrage.

whistleblowing (lanceur d'alerte). La contribution se concentrera sur la présentation générale des régimes des cantons de Genève, Neuchâtel et Vaud, ainsi que sur le droit fédéral de la fonction publique, quatre statuts présentant une diversité et des caractéristiques propres. Mais il ne faut pas perdre de vue qu'en Suisse il y a autant de statuts de la fonction publique que de cantons, communes ou entités publiques décentralisées, de sorte qu'il y a autant d'instruments de gestion des conflits.

II. Le droit et les principes applicables à la fonction publique

A. Droit applicable

Le droit de la fonction publique s'est profondément modifié durant ces vingt dernières années. La Confédération et la plupart des cantons ont réformé leur statut du personnel et, d'une manière générale, ces réformes se sont orientées et continuent de tendre à un rapprochement du droit de la fonction publique vers le droit privé du travail⁶. Les réformes se sont traduites, notamment, par le passage d'un modèle traditionnel de création des rapports de service par nomination à une création des rapports de service par un contrat de droit public, par la suppression de la période administrative remplacée par un système d'engagement de durée indéterminée avec une période probatoire, par le passage d'un modèle de rémunération selon une grille salariale arrêtée en fonction de critères uniquement objectifs (fonction, expérience, ancienneté) à une rémunération liée aux prestations, ou encore par le passage d'un système de résiliation des rapports de service limité aux cas des seuls motifs prévus limitativement à un licenciement pouvant être prononcé sur la base de motifs exemplatifs⁷. Le rapprochement vers le droit privé s'exprime également par le renvoi, dans les statuts de la fonction publique, aux règles du Code des obligations (CO)⁸ appliquées à titre supplétif⁹. Il apparaît en outre de plus en plus clairement avec l'utilisation, en jurisprudence, de définitions transversales de certaines notions matérielles, comme, par exemple, celle d'obligation de protection de la personnalité ou de harcèlement¹⁰.

⁶ BELLANGER/ROY, p. 461 ; EMERY, p. 486 ; MAHON/ROSELLO, pp. 13-14.

⁷ BELLANGER/ROY, pp. 461 s. ; MAHON/ROSELLO, pp. 28-30 ; TANQUEREL, p. 63 s.

⁸ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220.

⁹ MAHON/JEANNERAT, *ad* art. 342 N 13.

¹⁰ Cf. *infra* E. Même si cela n'est pas l'objet de la présente contribution, on peut d'ailleurs aussi se demander si le droit de la fonction publique n'exerce pas une certaine influence sur le droit privé du

Malgré cette attraction vers le droit privé, le droit des agents de l'Etat demeure en principe – et en l'état¹¹ – soumis au droit public.

Mise au bénéfice de la réserve de l'art. 342 al. 1 let. a CO, qui prévoit que les dispositions de la Confédération, des cantons et des communes concernant les rapports de travail de droit public sont réservées, sauf en ce qui concerne les art. 331 al. 5 et 331a à 331e CO, la collectivité publique¹² peut librement adopter son propre statut du personnel et soumettre la relation de service à des règles qui lui sont propres. Ces règles peuvent ne pas correspondre matériellement aux règles régissant la relation de travail du droit privé¹³.

Par ailleurs, la nature de droit public de la relation entre la collectivité publique et ses agents entraîne l'application des principes constitutionnels et des garanties de procédure régissant l'activité de l'administration, qui ont une influence importante sur la gestion de la relation¹⁴.

A noter que l'Etat employeur peut aussi, à certaines conditions, soumettre une partie de son personnel à un rapport de travail de droit privé, notamment pour des emplois de brève durée ou pour l'accomplissement de tâches spéciales. Toutefois, même lorsqu'il agit au moyen du droit privé, il doit respecter les exigences constitutionnelles¹⁵.

B. Principe de la légalité et autres principes constitutionnels

Les organes de l'Etat doivent respecter les principes constitutionnels guidant l'activité administrative, à savoir les principes de la légalité, de l'intérêt public, de la proportionnalité, de l'égalité de traitement, de la bonne foi et de l'interdiction de

travail dans la problématique de la liberté de résilier le contrat. La jurisprudence estime en effet que l'employeur soumis au droit privé a également un devoir d'assistance (« *Fürsorgepflicht* ») à l'égard de son collaborateur, ce qui n'est pas sans rappeler la notion similaire largement développée en droit public ; ATF 132 III 115, consid. 5 ; pour une présentation de l'évolution de la liberté de licenciement en droit privé du travail : DUNAND.

¹¹ A l'occasion de la révision de la Loi fédérale sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (RS 172.220.1) de 2012, il avait été envisagé de remplacer purement et simplement la LPers par le CO : Message LPers (2011), p. 6175. Sur cette question : TANQUEREL, Droit public et droit privé, p. 56.

¹² La réserve de l'art. 342 al. 1 let. a CO vaut pour l'administration centrale comme pour les entités décentralisées mais ne vaut pas pour les entités privées chargées de l'exécution d'une tâche publique : TANQUEREL, Droit public et droit privé, p. 52.

¹³ Pour une illustration, cf. l'ATF 139 I 57.

¹⁴ *Infra* B.

¹⁵ MAHON/JEANNERAT, *ad* art. 342 N 12 ; TANQUEREL, Droit public et droit privé, p. 59.

l'arbitraire (art. 5, 8 et 9 Cst.¹⁶). Cette obligation générale s'applique aussi à l'Etat employeur¹⁷.

La soumission aux principes constitutionnels a des conséquences directes sur la gestion du personnel de la fonction publique, respectivement des situations de conflit.

Tout d'abord, sous réserve de la marge de manœuvre laissée à la collectivité dans l'organisation des relations de travail et de la mise en œuvre de son pouvoir hiérarchique¹⁸, la collectivité publique est tenue aux mesures prévues par la loi en vertu du principe de la légalité. En particulier, lorsqu'il s'agit de prononcer des sanctions, pour autant qu'un régime disciplinaire existe encore dans le statut¹⁹, seules les sanctions prévues dans le catalogue des sanctions figurant dans le statut peuvent être envisagées, à l'exclusion d'autres mesures qui ne sont pas prévues par la loi.

Par ailleurs, conséquence directe de l'obligation de respecter les principes constitutionnels, en droit de la fonction publique, il n'est pas possible de résilier librement et sans motif les rapports de travail²⁰. En effet, un licenciement sans motif serait arbitraire car non justifié par la poursuite d'un intérêt public, non proportionné et ne respectant pas les principes de l'égalité de traitement et de la bonne foi. Il serait purement et simplement arbitraire²¹.

La proportionnalité a en particulier un rôle important en présence d'une situation de conflit. En effet, l'employeur public ne peut pas librement résilier les rapports de travail pour résoudre un conflit. De plus, le conflit est souvent une situation qualitativement moins grave que du harcèlement ou du *mobbing*²², pour laquelle le principe de proportionnalité impose d'opter pour une mesure moins incisive que le licenciement. Partant, avant de prononcer un licenciement, la collectivité doit tenter de résoudre le conflit à l'aide d'autres moyens moins incisifs.

Outre leur portée matérielle, les principes constitutionnels ont des conséquences procédurales d'autant plus importantes qu'eux seuls permettent l'accès au recours en matière de droit public, voire au recours constitutionnel subsidiaire devant le Tribunal

¹⁶ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

¹⁷ Cf. p. ex. ATF 139 I 161.

¹⁸ Cf. *infra* D.

¹⁹ La Confédération, Genève et Neuchâtel connaissent un régime de sanctions, Vaud l'a supprimé.

²⁰ Message LPers (2011), p. 6182 ; NGUYEN, p. 176 s.

²¹ Dans ce sens, cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-531/2014 du 17 septembre 2014, consid. 4.4.

²² Cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 8C_358/2009 du 8 mars 2010, consid. 5.1, étant précisé que la définition du *mobbing* vaut pour les relations de travail fondées tant sur le droit privé que sur le droit public : arrêt du Tribunal fédéral 4A_128/2007 du 9 juillet 2007, consid. 2.1. Cf. POLEDNA.

fédéral lorsque les contestations relèvent de la mise en œuvre de statuts cantonaux ou communaux de la fonction publique. En effet, le grief selon lequel le droit cantonal ou communal de la fonction publique serait mal appliqué ne permet pas à lui seul de fonder un recours auprès du Tribunal fédéral (art. 95 let. a LTF²³). La jurisprudence a toutefois précisé que, de même que lorsque la violation du principe de la légalité est invoquée, le Tribunal fédéral n'intervient en cas de violation du principe de proportionnalité que si la mesure de droit cantonal est manifestement disproportionnée et qu'elle viole simultanément l'interdiction de l'arbitraire²⁴. Pour ce motif, le grief de l'arbitraire est fréquemment invoqué dans le contentieux de la fonction publique puisque les statuts, à l'exception de la LPers, ne sont pas du droit fédéral. Dans le même temps, en leur qualité d'employeur, les collectivités publiques jouissent par définition d'une très grande liberté dans la gestion de leur personnel, de sorte que rares sont les cas dans lesquels un plaideur obtient gain de cause devant le Tribunal fédéral en invoquant l'application arbitraire du droit cantonal²⁵.

C. Garanties constitutionnelles et conventionnelles de procédure

Les garanties générales de procédure (art. 29 Cst.), la garantie de l'accès au juge (art. 29a Cst.) et les garanties de procédure judiciaire (art. 30 Cst.) doivent également être respectées.

S'agissant des garanties de procédure administrative, la prétention déduite du droit d'être entendu (art. 29 Cst.) vaut pleinement et sans restriction dans le droit de la fonction publique. Les droits procéduraux des collaborateurs de la fonction publique, notamment le droit d'être entendu dans toutes ses composantes (accès au dossier, droit de s'exprimer, droit à une décision motivée), doivent trouver application lorsque les droits et obligations de ceux-ci sont potentiellement touchés²⁶. L'agent public a le droit de se voir communiquer les faits qui vont fonder la décision à prendre par la collectivité publique et de se prononcer à leur propos avant que la décision ne soit rendue, ce que

²³ Loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, RS 173.110.

²⁴ ATF 134 I 153, consid. 4.

²⁵ Pour une énumération des cas récents dans lesquels le Tribunal fédéral a admis des recours sous l'angle de l'arbitraire, URSPRUNG/RIEDI HUNOLD, p. 310 s.

²⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_111/2014 du 29 octobre 2014, consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2117/2013 du 6 mars 2014, consid. 2 ; HOFMANN, L'engagement et la gestion du personnel, p. 139.

certaines statuts prévoient expressément (art. 47 LSt-NE²⁷). Le respect de cette garantie constitutionnelle est essentiel et justifie la mise en place de procédures différant du droit privé. Tel est par exemple le cas lorsqu'un licenciement avec effet immédiat est envisagé : le respect du droit d'être entendu – de même que la nécessité d'établir soigneusement les faits – justifie que l'on accorde à l'employeur public un temps plus important pour décider une résiliation avec effet immédiat qu'à un employeur privé²⁸.

De même, l'employeur de droit public doit motiver toute décision par laquelle il impose des obligations à un agent ou restreint ses droits²⁹.

S'agissant de l'accès au juge, l'art. 29a Cst. donne à toute personne le droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. Cette norme étend le contrôle judiciaire à toutes les matières, y compris aux actes de l'administration, en établissant une garantie générale de l'accès au juge³⁰.

Rappelons aussi que depuis un arrêt de principe *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* du 19 avril 2007 rendu par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, la jurisprudence a étendu le champ d'application de l'art. 6 § 1 CEDH³¹ en ce qui concerne les employés publics. Rien en principe ne justifie de soustraire aux garanties de cette disposition des conflits ordinaires du travail comme cela était le cas auparavant. Il y a une présomption que l'art. 6 § 1 CEDH s'applique dans les contestations relatives aux employés publics. Pour que ces litiges soient soustraits à la protection offerte par cette norme, deux conditions doivent être remplies. En premier lieu, le droit interne de l'Etat concerné doit avoir expressément exclu l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie de salariés en question. En second lieu, cette dérogation doit reposer sur des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'Etat. Le simple fait que l'intéressé relève d'un secteur ou d'un service qui participe à l'exercice de la puissance publique n'est pas en soi déterminant. Il faut encore que l'objet du litige soit lié à l'exercice de l'autorité étatique, de sorte que les conflits ordinaires du travail - tels ceux portant sur un salaire, une indemnité ou d'autres droits de ce type - ne sont en principe pas soustraits aux garanties de cette disposition³². Cela dit, l'accès au juge de

²⁷ Cette disposition n'accorde pas une garantie du droit d'être entendu allant au-delà de celle de l'art. 29 al. 2 Cst. ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_111/2014 du 29 octobre 2014, consid. 4.4.

²⁸ ATF 138 I 113, consid. 6.5 ; RDAF 2013 I 580.

²⁹ Message LPers (2011), p. 6182.

³⁰ ATF 136 I 323, consid. 4.2.

³¹ Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, RS 0.101 .

³² Arrêt de la CEDH *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, (GC), du 19 avril 2007, no 63235/00. Cet arrêt a été confirmé notamment par l'arrêt de la CEDH *Cudak c. Lituanie*, (GC), du 23 mars 2010, no 15869/02, l'arrêt de la CEDH *Sikic c. Croatie*, du 15 juillet 2010, no 9143/08, l'arrêt de la CEDH

l'art. 29a Cst. combiné avec les garanties de procédure judiciaire de l'art. 30 Cst. confèrent, dans la majorité des cas, une protection analogue à celle déduite de l'art. 6 § 1 CEDH qui n'a, partant, guère de portée propre pour le contentieux de la fonction publique.

Les garanties de procédure administrative, l'accès au juge et l'effectivité de la protection judiciaire s'expriment avant tout lorsque l'administration est appelée à rendre une décision. C'est notamment la qualification de décision d'un acte de l'administration qui va déclencher l'application des droits de partie et, partant, la protection découlant de l'art. 29 Cst. S'agissant du droit d'accès au juge de l'art. 29a Cst., la jurisprudence a précisé que cette garantie s'étend également à certains actes matériels de l'administration³³, ce qui a permis le contrôle judiciaire de mesures de gestion du personnel traditionnellement qualifiées d'actes internes de l'administration n'ouvrant pas la voie du recours. Cette thématique sera évoquée *infra* III. B. en relation avec le déplacement des agents publics.

L'importance pratique de ces garanties, notamment des garanties procédurales, est capitale. D'une part, elle impose à l'autorité de mettre en place des procédures formalisées. D'autre part, en raison de leur caractère formel, les règles procédurales sont très fréquemment invoquées dans le cadre de recours contre une décision en matière de fonction publique. En effet, les griefs de fond, à l'exception peut-être de la proportionnalité, ont poids relatif dans le cadre d'un recours, compte tenu de la grande marge d'appréciation laissée à l'autorité dans la gestion du personnel et de la retenue dont font preuve les tribunaux en la matière³⁴. Rappelons que les juridictions administratives cantonales n'ont pas le pouvoir de revoir l'opportunité des décisions. Le Tribunal administratif fédéral chargé du contentieux de la LPers peut revoir l'opportunité des décisions soumises à son contrôle (art. 49 PA³⁵) mais fait preuve de retenue lorsqu'il s'agit d'apprécier des décisions qui, par exemple, concernent l'organisation, la rémunération ou les prestations du personnel³⁶.

Vasilchenko c. Russie, du 23 septembre 2010, no 34784/02, l'arrêt de la CEDH *Fazliyski c. Bulgarie*, du 16 avril 2013, no 40908/05, l'arrêt de la CEDH *Baka c. Hongrie*, du 27 mai 2014, no 20261/12.

³³ ATF 136 I 323, consid. 4.3.

³⁴ HOFMANN, L'engagement et la gestion du personnel, p. 104 s.

³⁵ Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968, RS 172.021.

³⁶ ATAF 2013/31, consid. 4.7.6.

D. Pouvoir hiérarchique

L'administration est caractérisée par l'existence du pouvoir hiérarchique. Le pouvoir hiérarchique comprend le droit de diriger et de donner des instructions aux autorités de rang inférieur. Cette faculté concerne aussi bien les objectifs à poursuivre que les moyens à mettre en œuvre pour les atteindre. Elle découle de la relation de subordination hiérarchique entre l'autorité exécutive supérieure et les services qui en dépendent³⁷.

Au niveau fédéral, le Conseil fédéral est l'autorité directoriale et exécutive suprême de la Confédération et l'administration fédérale lui est subordonnée (art. 1 al. 1 et 2 al. 1 LOGA³⁸). Ce même pouvoir hiérarchique se retrouve à chaque niveau de la hiérarchie. Ainsi, l'art. 38 *1^{ère} phrase* LOGA prévoit qu'au sein du département, le chef de département a toujours qualité pour donner des instructions, procéder à des contrôles et intervenir personnellement dans une affaire. Ce pouvoir donne au gouvernement, qui est chargé de la direction de l'administration et doit assumer la responsabilité politique de son fonctionnement ou de ses dysfonctionnements, la possibilité d'exercer une surveillance constante et systématique de l'administration fédérale, comme l'y invite l'art. 8 al. 3 LOGA³⁹. Le système de concentration du pouvoir hiérarchique dans les mains du pouvoir exécutif et sa diffusion verticale dans les départements puis services est identique au niveau cantonal⁴⁰.

On assiste depuis une vingtaine d'années à un phénomène d'éclatement du pouvoir hiérarchique. En effet, les réformes successives en matière d'organisation de l'Etat tendent à un renforcement des responsabilités en matière de conduite dans la perspective d'une orientation plus marquée vers les objectifs et les résultats. A titre d'illustration, depuis 1997, la LOGA prescrit la gestion au moyen d'objectifs et de priorités à tous les niveaux de l'administration, les prestations et résultats devant faire l'objet d'une appréciation périodique. En 2002 puis 2007, le frein à l'endettement et le nouveau modèle comptable ont entièrement remodelé la gestion du budget. Le premier oblige le Conseil fédéral et le Parlement à définir des priorités de manière à ce que les ressources, limitées, soient affectées là où elles ont une utilité maximale. Le second place les processus budgétaires dans une double perspective : celle du financement, qui permet aux acteurs politiques d'exercer un pilotage stratégique du budget, et celle des résultats, posés en postulat d'une gestion administrative et opérationnelle efficace. Concrètement,

³⁷ BELLANGER, p. 11 ; cf. également TANQUEREL, Manuel de droit administratif, p. 38 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, p. 48.

³⁸ Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997, RS 172.010.

³⁹ BELLANGER, p. 11.

⁴⁰ BAUER, p. 161 ; DEPRAZ, p. 244 ; HOFMANN, Le Conseil d'Etat dans la Constitution genevoise, p. 134.

le Conseil fédéral et les directions des départements définissent les objectifs de l'administration fédérale et fixent des priorités et, en conséquence, l'administration doit axer son activité sur l'atteinte des objectifs fixés par le Conseil fédéral et les départements. Lorsque le Conseil fédéral et les chefs de département délèguent l'exécution directe de tâches à des unités de l'administration fédérale, ils leur donnent les compétences et les moyens nécessaires et procèdent à une appréciation des prestations de l'administration fédérale et réexaminent périodiquement les objectifs qu'ils leur ont fixés (art. 36 LOGA), en particulier dans l'optique d'une mise en oeuvre efficace et efficiente. Le pilotage des ressources – y compris les ressources humaines – obéit aux mêmes principes : il fait partie intégrante des processus annuels de budgétisation et de définition des objectifs⁴¹. On distingue la budgétisation des ressources en matière de personnel, qui incombe aux départements, aux unités administratives et à l'Office fédéral du personnel, de la gestion des ressources et la gestion du temps de travail. Ces tâches de conduite relèvent de la compétence des supérieurs hiérarchiques⁴².

Parallèlement au phénomène d'éclatement du pouvoir hiérarchique se réalise un partage de la gestion des ressources humaines. Les fonctions de ressources humaines sont réparties entre les tâches stratégiques, d'une part, confiées aux services spécialisés, et les tâches opérationnelles, confiées aux supérieurs hiérarchiques⁴³. La gestion collective des thématiques de ressources humaines ainsi que le contrôle de l'application des lois, règlements et directives pour garantir ainsi l'égalité de traitement entre les départements et unités échoient au service spécialisé. Quant à la gestion individuelle, elle s'opère au niveau des départements ; la hiérarchie a la responsabilité d'engager et de former à la place de travail, de fixer des objectifs et d'apprécier les performances, de motiver son personnel. Les départements ont souvent mis en place des responsables ressources humaines afin de conseiller et de soutenir les responsables hiérarchiques dans ces tâches de gestion du personnel⁴⁴.

Cela illustre le phénomène général que les politologues ont désigné comme la décentralisation de la fonction de gestion des ressources humaines : initialement inexistante en tant que politique publique, la gestion des ressources humaines s'est tout d'abord développée à la faveur de la création de services spécialisés centralisés pour l'ensemble d'une même collectivité publique pour se déplacer ensuite vers une responsabilisation de la hiérarchie dans la gestion du personnel. Désormais, la

⁴¹ OFPER (2014), p. 2.

⁴² OFPER (2014), p. 5.

⁴³ OFPER (2013), p. 3.

⁴⁴ Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur la motion M 1658-A pour une véritable politique des ressources humaines au sein de l'Etat, déposé le 6 septembre 2006, disponible à l'adresse www.ge.ch/grandconseil (consulté le 9.12.2014).

responsabilité principale en matière de gestion des ressources humaines repose sur les épaules des responsables hiérarchiques, comme cela prévalait avant l'apparition des services du personnel⁴⁵. Aussi, c'est donc au niveau hiérarchique que devraient être gérés les conflits et les problèmes de collaboration⁴⁶.

Le pouvoir hiérarchique en main de l'exécutif comprend le devoir de formuler la politique du personnel et d'en assurer la mise en oeuvre (art. 4 LPers, art. 2A de la Loi [genevoise] générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC-GE)⁴⁷, art. 2 de la Loi [neuchâteloise] sur le statut de la fonction publique du 28 juin 1995 (LSt-NE)⁴⁸, art. 5 de la Loi sur le personnel de l'Etat de Vaud du 12 novembre 2001 (LPers-VD)⁴⁹). Ensuite, les dispositions d'application indiquent quelle est l'autorité compétente ou déléguée pour formellement rendre les décisions en matière de gestion du personnel (art. 3 LPers, art. 10 et 11 LPAC-GE, art. 9 LSt-NE, art. 18 LPers-VD). Il convient d'apporter beaucoup de soin à la détermination de l'autorité compétente de cas en cas sachant qu'une décision rendue par une autorité incompétente est en principe nulle⁵⁰ même s'il est vrai que la sanction de la nullité n'est pas toujours constatée en cas d'incompétence au sein d'une même collectivité⁵¹. Dans les statuts contractuels comme la Confédération ou le canton de Vaud, il est souvent fait recours au parallélisme des formes : l'autorité d'engagement est aussi celle compétente pour prendre toutes les décisions en matière de gestion voire de fin des rapports de travail. Dans d'autres cas, les autorités désignées par la loi peuvent varier en fonction de la décision à prendre, notamment pour le régime des sanctions (art. 16 LPAC-GE, art. 80 LSt-NE).

E. L'obligation de protection de la personnalité des agents publics

L'employeur a le devoir de protéger la personnalité des travailleurs. Cette obligation vaut évidemment aussi en droit de la fonction publique. Les sources de l'obligation de protéger la santé des agents publics sont multiples.

⁴⁵ EMERY, p. 482.

⁴⁶ Pour une illustration, cf. Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_358/2009 du 8 mars 2010, consid. 4.2.1 .

⁴⁷ RS/GE B 5 05.

⁴⁸ RSN 152.510.

⁴⁹ RSV 172.31.

⁵⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_156/2007 du 30 août 2007, consid. 2 ; ATF 122 I 97 consid. 3a/aa. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, p. 311 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, p. 301.

⁵¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, p. 301.

L'obligation de protection de la personnalité figure avant tout dans les lois régissant le personnel (art. 4 al. 2 let. g LPers et 9 OPers⁵², art. 2B LPAC-GE, art. 3 al. 3 LPers-VD). En l'absence de disposition expresse, les art. 28 et suivants CC⁵³ et 328 CO, qui protègent la santé et la personnalité en droit privé, trouvent application par analogie⁵⁴. Tel est ainsi le cas pour le personnel soumis au régime de la LSt-NE. On peut ajouter à ces sources l'obligation de protection découlant de la Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr)⁵⁵, dont ce volet s'applique aux collectivités publiques par le renvoi de son art. 3a^{56,57}.

La définition de la notion de protection de la personnalité du travailleur ou d'atteinte à celle-ci est rarement définie dans les statuts de droit public. Selon l'art. 3 al. 1 RPPers-GE⁵⁸, « *est constitutive d'une atteinte à la personnalité toute violation illicite d'un droit de la personnalité, telles notamment la santé physique et psychique, l'intégrité morale, la considération sociale, la jouissance des libertés individuelles ou de la sphère privée* »⁵⁹. A défaut de définition dans les statuts, les juridictions renvoient aux art. 28 CC et 328 CO pour déterminer et illustrer la portée de l'obligation de protection de la personnalité⁶⁰. Partant, la notion de protection de la personnalité de l'agent public et l'obligation qui en découle pour l'employeur est typiquement un de ces concepts dont la portée et la valeur matérielle sont identiques en droit public et en droit privé.

L'obligation de protéger la personnalité du travailleur entraîne, notamment, l'obligation de désamorcer les conflits. L'employeur a le devoir d'agir dans certains cas pour calmer

⁵² Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 2 juillet 2001, RS 172.220.111.3.

⁵³ Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210 ; (CC).

⁵⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 2A.770/2006 du 26 avril 2007, consid. 3.2. A propos de la portée de ces normes et de leurs conséquences en termes de responsabilité, cf. dans le présent ouvrage la contribution de DUNAND/TORNARE, p. 29.

⁵⁵ RS 822.11.

⁵⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 2P.207/2002 du 20 juin 2003, consid. 1.1.2 ; STEIGER-STACKMANN, p. 32.

⁵⁷ On peut ajouter à cette liste la protection conférée par les législations fédérale et cantonales sur la protection des données et sur la protection contre le tabagisme passif.

⁵⁸ Règlement relatif à la protection de la personnalité à l'Etat de Genève du 12 décembre 2012, RS/GE B 5 05.10.

⁵⁹ Le RPPers et le Règlement [vaudois] relatif à la gestion des conflits au travail et à la lutte contre le harcèlement du 9 décembre 2002 (RSV 172.31.7 ; RCTH-VD) définissent expressément les notions de harcèlement psychologique (*mobbing*) et de harcèlement sexuel (art. 3 al. 2 et 3 RPPers, art. 3 al. 1 et 2 RCTH-VD).

⁶⁰ ATF 137 I 58, consid. 4.2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_245/2008 du 2 mars 2009, consid. 4.2 ; 1C_318/2007 du 18 décembre 2007 consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-621/2009 du 20 août 2009, consid. 3.5.2 ; HELBLING, *ad* art. 4 N 45, tire toutefois des deux premiers arrêts cités que l'obligation découlant de l'article 4 LPers est fixée à un seuil plus élevé et impose à la collectivité publique de ne pas se contenter de mesures de protection et de prendre d'autres mesures.

la situation conflictuelle et de ne pas rester inactif⁶¹. S'il ne prend pas de mesures dans ce sens, l'employeur ne peut généralement pas se prévaloir ensuite de la dégradation des situations de travail pour justifier un licenciement⁶².

Parmi les mesures servant à désamorcer les conflits, on trouve des instruments qui relèvent des instruments généraux de gestion du personnel (*infra* III.) et des instruments dédiés de gestion des conflits (*infra* IV.).

III. Les instruments généraux de gestion du personnel au service de la gestion des conflits

L'Etat employeur dispose d'instruments généraux de conduite du personnel, lesquels sont mis en oeuvre en cas de situations de conflit.

Il sied d'emblée de relever que les instruments généraux sont avant tout conçus pour gérer une relation individuelle de travail. Très vite, la gestion du conflit devra, pour la mise en oeuvre de ces instruments, nécessiter de qualifier les actes d'une personne déterminée et donc personnaliser ses actions, en posant un jugement de valeur sur des comportements. L'autorité ne peut donc pas simplement s'en tenir à la définition du conflit donnée en introduction de ce texte. Elle doit au contraire apprécier l'attitude des agents publics au regard de leurs devoirs de fonction, de leur comportement et de leur aptitude à occuper leur poste.

Rappelons aussi que l'autorité a une très grande liberté d'appréciation dans le choix des mesures de résolution des conflits⁶³.

A. Entretien, médecin-conseil et autres mesures

Confrontés à un conflit, les protagonistes doivent – ou devraient – tout d'abord essayer de communiquer, ce qui est fait lors d'entretiens. Les statuts prévoient différents types d'entretien, qu'il convient de distinguer.

Les statuts prévoient généralement des entretiens dont l'objet est d'apprécier les prestations des agents publics au regard des objectifs qui sont les leurs (art. 36 LPers-

⁶¹ ATF 137 I 58, consid. 4.2.3; 125 III 70, consid. 2c.

⁶² ATF 137 I 58, consid. 4.2.3; 125 III 70 consid. 2c ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_594/2010 du 25 août 2011, consid. 5.1. Cf. *infra* III.C.

⁶³ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_677/2013, consid. 5.3 ; ATF 137 I 58, consid. 4.2.3.

VD). Lorsque le salaire est lié aux prestations, l'évaluation sert de base à l'évolution des salaires (art. 15 OPers). Même si à cette occasion le supérieur hiérarchique peut s'assurer que le collaborateur est en phase avec le fonctionnement général du service et qu'il entretient des relations cordiales avec ses collègues ou ses supérieurs, il n'est guère opportun de saisir l'occasion de cet entretien d'évaluation pour gérer un conflit.

L'entretien d'évaluation avec le supérieur hiérarchique ne doit pas être confondu avec l'entretien de service formalisé, initié par l'employeur, pour confronter un collaborateur à des manquements ou violations de ses devoirs de service (art. 44 RPAC-GE⁶⁴, art. 46 LSt-NE). L'entretien de service intervient lorsque des mesures incisives sont envisagées en vue du règlement d'un conflit. Il est possible qu'à cette occasion le collaborateur soit accompagné d'un représentant syndical⁶⁵.

Cela étant, un entretien avec le supérieur hiérarchique doit pouvoir être réalisé en tout temps, même si cela n'est pas prévu par la loi⁶⁶. C'est ce dernier type d'entretien qui est utilisé en cas de conflit, respectivement qui doit être à la disposition du collaborateur pour qu'il fasse part de ses doléances à sa hiérarchie quant aux conflits qu'il rencontrerait.

Pour apaiser le conflit, le supérieur hiérarchique peut proposer des mesures individuelles comme par exemple des entretiens hebdomadaires entre le collaborateur et sa hiérarchie⁶⁷, une répartition des tâches du collaborateur différente⁶⁸, une formation ou un *coaching* du collaborateur ou d'autres membres du service⁶⁹, un changement de bureau⁷⁰, ou une visite chez le médecin-conseil (art. 11 OPers) ou auprès d'autres services comme la Consultation sociale du personnel (art. 27d LPers).

Il peut également solliciter l'intervention de l'institution dédiée de gestion des conflits (art. 12 let. b. RPPers-GE, art. 8 al. 2 RCTH-VD) en vue d'une médiation avec l'accord du collaborateur (art. 14 RPPers-GE, art. 11 RCTH-VD) ou d'une procédure d'investigation (art. 20 al. 1 RPPers-GE, art. 15 al. 1 let. b RCTH-VD).

⁶⁴ Règlement genevois d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 24 février 1999, RS/GE B 5 05.

⁶⁵ Pour illustration, cf. arrêt du Tribunal fédéral 8C_111/2014 du 29 octobre 2014.

⁶⁶ L'entretien avec le supérieur en tout temps est prévu en droit vaudois : art. 43 LPers-VD et art. 92 du Règlement d'application de la loi du 12 novembre 2001 sur le personnel de l'Etat de Vaud (RLPers-VD), RSV 172.31.1.

⁶⁷ ATA/82/2010 du 12 février 2014.

⁶⁸ ATA/82/2010 du 12 février 2014.

⁶⁹ ATF 137 I 58 ; ATA/82/2010 du 12 février 2014.

⁷⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_461/2013 du 7 mai 2014, consid. 6.

L'employeur peut aussi ordonner, comme mesure de type collectif lorsqu'un conflit est généralisé au sein d'un service, un audit interne⁷¹ pour mettre en lumière les mécanismes du service et la dynamique du groupe dans lequel s'expriment les tensions.

B. Changement de poste

Un moyen de régler un conflit de personnes au sein d'un service est de déplacer un agent public dans un autre service. La personne en prise à une situation conflictuelle pourra être déplacée dans un autre service de l'administration afin d'apaiser les tensions au sein du service, respectivement de l'en épargner. Le changement de poste, appelé aussi changement d'affectation, déplacement ou transfert, est régi par les différents statuts (art. 21 al. 1 let. c^{bis} LPers, art. 12 al. 2 et 3 LPAC-GE, art. 48 al. 4 LSt-NE, art. 21 LPers-VD). En droit neuchâtelois, la notion de déplacement figure uniquement dans le catalogue des sanctions disciplinaires. En droit fédéral, bien que la formulation de l'art. 25 al. 2 LPers ne le laisse pas apparaître, le transfert fait aussi partie du catalogue des sanctions⁷².

La problématique liée au changement de poste est double. D'une part, la qualification juridique du changement de poste, décision ou acte interne, ne va pas de soi. D'autre part, le changement de poste peut être considéré comme une sanction déguisée.

Selon la jurisprudence consacrée, la décision comme acte juridique a pour objet de régler la situation d'administrés en tant que sujets de droit et donc, à ce titre, distincts de la personne étatique ou, en d'autres termes, extérieurs à l'administration. On oppose dans ce contexte la décision à l'acte interne ou d'organisation, qui vise des situations à l'intérieur de l'administration ; l'acte interne peut avoir des effets juridiques, mais ce n'en est pas l'objet, et c'est pourquoi il n'est en règle générale pas susceptible de recours. Deux critères permettent généralement de déterminer si on a affaire à une décision ou à un acte interne. D'une part, l'acte interne n'a pas pour objet de régler la situation juridique d'un sujet de droit en tant que tel et, d'autre part, le destinataire en est l'administration elle-même, dans l'exercice de ses tâches. Ainsi, un acte qui affecte les droits et obligations d'un fonctionnaire en tant que sujet de droit, par exemple la fixation de son salaire, d'indemnités diverses ou encore de sanctions disciplinaires, est une décision. En revanche, un acte qui a pour objet l'exécution même des tâches qui lui incombent en déterminant les devoirs attachés au service, telles que la définition du

⁷¹ Pour un exemple d'audit interne recommandé par le Groupe de confiance, cf. ATA/82/2010 du 12 février 2014.

⁷² Message LPers (2011), p. 6187.

cahier des charges ou des instructions relatives à la manière de trancher une affaire, est un acte interne juridique⁷³.

En 2010, le Tribunal fédéral a considéré que la mutation d'un chef de brigade de la police judiciaire genevoise au commissariat de police avec un nouveau cahier des charges, sans modification de salaire mais désormais sans charge de commandement, donne lieu à une contestation juridique qui bénéficie de l'accès au juge de l'article 29a Cst. Dans cette affaire, le fait que la nouvelle fonction ne correspondait ni aux aptitudes de l'agent, ni à son expérience, alors que la loi applicable prévoit que les affectations sont décidées selon les aptitudes des agents et les besoins du corps de police, a été considéré comme déterminant⁷⁴. Par ailleurs, selon une jurisprudence plus ancienne fondée sur l'ancienne loi sur le statut des fonctionnaires, laquelle posait également les conditions auxquelles un déplacement de poste pouvait être ordonné, le déplacement d'un fonctionnaire a également été considéré comme constituant une décision lorsqu'il est de nature à porter atteinte à la considération à laquelle l'agent public pourrait prétendre car ne répondant pas à ses aptitudes⁷⁵.

S'il représente une sanction déguisée, le changement d'affectation constitue un acte attaquant⁷⁶. A Genève, où cette question s'est particulièrement posée, la jurisprudence considère que seuls une modification de traitement ou un nouveau poste affectant les sphères de compétences du fonctionnaire sont des indices permettant de conclure à une sanction déguisée⁷⁷.

La tendance est donc clairement à l'augmentation du contrôle judiciaire des actes en matière de gestion du personnel⁷⁸, parmi lesquels le changement de poste. A noter toutefois que le fondement théorique du contrôle n'est pas encore clairement arrêté. Dans l'ATF 136 I 323, le Tribunal fédéral a considéré que le recours devait être ouvert en raison de l'exigence d'un contrôle judiciaire prévu par la Constitution, en rappelant que ce contrôle est possible également pour les actes matériels. Mais il a souligné que c'était à tort que « *les premiers juges ont déclaré son recours irrecevable au motif que le transfert ne constituait pas une sanction disciplinaire déguisée et qu'il représentait pour le reste une mesure d'organisation interne* », qualifiant ainsi, *de facto*, le changement d'affectation de décision⁷⁹. A noter aussi que le fondement juridique de l'ouverture du recours dans ce type de situations est certainement appelé à s'affiner au vu de la

⁷³ ATF 136 I 323, consid. 4.4.

⁷⁴ ATF 136 I 323, consid. 4.5.

⁷⁵ ATF 108 Ib 419, consid. 2a.

⁷⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 2P.93/2004 du 15 octobre 2004, consid. 3.1.

⁷⁷ ATA/575/2014, consid. 10 ; ATA/475/2009, consid. 6.

⁷⁸ HOFMANN, L'engagement et la gestion du personnel, p. 131.

⁷⁹ Dans le même sens, URSPRUNG/RIEDI HUNOLD, p. 306.

jurisprudence récente relative aux contrôles des actes matériels, qui ouvre l'accès au contrôle sur la base d'un intérêt digne de protection, à l'exclusion des cas bagatelle ou relevant de l'action populaire⁸⁰. A noter enfin que la LPers prévoit expressément que les décisions de transfert ne sont pas susceptibles de recours (art. 34 al. 1^{bis} LPers), alors que le droit vaudois prévoit que le transfert fait l'objet d'une décision (art. 22 al. 2 LPers-VD).

Cela étant, quel que soit le fondement de la protection juridique, il nous semble que le point déterminant pour distinguer entre changement d'affectation ouvrant ou n'ouvrant pas la voie du recours est celui de l'adéquation du nouveau poste au profil de l'agent public, afin d'apprécier par là une éventuelle atteinte à la considération à laquelle il pourrait prétendre et qui fonderait son droit à une protection juridique. A notre avis, tout changement d'affectation n'ouvre pas systématiquement la voie au recours.

C. Fin des rapports de service, licenciement

Un conflit peut, selon les circonstances, motiver la fin des rapports de service⁸¹.

Les modalités de fin des rapports de service diffèrent d'un statut de la fonction publique à l'autre selon notamment que le régime est un régime contractuel ou statutaire. Avec l'avènement des statuts révisés de la fonction publique, le régime de résiliation des rapports de travail a été assoupli. Le canton de Vaud a dressé une liste exhaustive des motifs de licenciement (art. 62 LPers-VD). Genève, Neuchâtel et la Confédération ont une liste exemplative et, selon ces statuts, la fin des rapports de service peut être prononcée pour raisons graves (art. 44 ss LSt-NE), motifs fondés (art. 21 ss LPAC-GE) ou motifs objectivement suffisants (art. 10 al. 3 LPers).

Il dépasse le cadre de la présente contribution de faire un panorama complet du système de licenciement dans la fonction publique. Nous renvoyons aux contributions récentes sur cette question⁸². Voici néanmoins quelques remarques.

En présence d'une situation de conflit, ce sont avant tout des motifs d'inaptitude et des manquements dans le comportement qui justifient la fin des rapports de travail. Des

⁸⁰ ATF 140 II 315, consid. 4.

⁸¹ Cf., p. ex., pour la Confédération : arrêt du Tribunal fédéral 8C_358/2009 du 8 mars 2010 ; pour Genève : arrêt du Tribunal fédéral 8C_677/2013 du 22 septembre 2014 (statut communal) ; pour Neuchâtel : arrêt du Tribunal fédéral 8C_111/2014 du 29 octobre 2014, 1C_404/2008 du 5 décembre 2008 ; pour Vaud : arrêt du Tribunal fédéral 8C_422/2013 du 9 avril 2014, 8C_910/2011 du 27 juillet 2012, ATF 137 I 58.

⁸² CHABLAIS, p. 109 ss ; HÄNNI, Die Gerichtspraxis des Bundesgerichts, p. 198 ss ; HÄNNI, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, p. 525 ss ; cf. NGUYEN et NÖTZLI.

motifs de ce type trouvent ancrage dans les différents statuts, sous la notion d'incapacité ou de violation des devoirs, même s'il peut parfois être difficile de faire la distinction entre manquements dans le comportement et violation des devoirs⁸³. Quoiqu'il en soit, c'est en premier lieu aux supérieurs hiérarchiques ainsi qu'à l'autorité à qui incombe la gestion de la relation de travail de qualifier les prestations de l'agent public, dès lors qu'ils peuvent le mieux évaluer le travail quotidien et apprécier le comportement de l'intéressé⁸⁴.

S'agissant de la qualification d'un comportement d'inadéquat, la jurisprudence tend à objectiver cette notion⁸⁵. Des manquements dans le comportement de l'employé ne peuvent constituer un motif de licenciement que lorsqu'ils sont reconnaissables également pour des tiers ; le seul souhait de l'employeur de se séparer d'un employé difficile ne suffit pas⁸⁶. L'objectivation de l'examen des manquements dans le comportement est nécessaire car les principes de la bonne foi et de la proportionnalité commandent d'analyser plus en détail l'origine des tensions lorsqu'un licenciement est prononcé en raison de conflits entre un subordonné et son supérieur. Il faut donc que le comportement de l'employé perturbe le bon fonctionnement de l'entreprise ou qu'il soit propre à ébranler le rapport de confiance avec le supérieur⁸⁷. A notre sens, cette exigence, développée en application de la LPers, constitue, en raison des motifs qui la justifient, un principe que les collectivités publiques doivent respecter dans l'application de leurs statuts respectifs.

Pour ce qui est de la violation des devoirs de l'agent public, celle-ci doit revêtir une certaine gravité. Un catalogue exemplatif de motifs de licenciement ne signifie pas que toute violation des devoirs de fonction permette un licenciement⁸⁸. Il s'agit, dans ce cas également, de respecter le principe de la proportionnalité et d'exiger que la violation des devoirs de l'agent public soit grave pour le prononcé d'un licenciement.

Le licenciement doit en règle générale être précédé d'un avertissement (art. 46 LSt-NE, art. 59 al. 3 LPers-VD). L'avertissement précédant le licenciement doit être distingué de

⁸³ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-621/2009 du 20 août 2009, consid. 3.5.

⁸⁴ ATF 118 Ib 164, consid. 4b.

⁸⁵ NGUYEN, p. 187.

⁸⁶ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-897/2012 du 13 août 2012, consid. 6.3.2.

⁸⁷ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-897/2012 du 13 août 2012, consid. 6.3.2 ; A-621/2009 du 20 août 2009, consid. 3.5.2 ; NGUYEN, p. 187.

⁸⁸ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-531/2014 du 17 septembre 2014, consid. 4.4, qui précise que le passage, en droit fédéral, d'une liste exhaustive à une liste exemplative de motifs de licenciement permet quantitativement plus de cas de licenciement ; en revanche, sur le plan qualitatif, c'est toujours une violation grave des devoirs qui est exigée.

l'avertissement prononcé à titre de sanction⁸⁹. Dans un arrêt récent, le Tribunal administratif fédéral a précisé que le principe de la proportionnalité exige qu'un avertissement soit prononcé avant un licenciement même s'il n'est pas expressément prévu par la loi, car il convient de tout mettre en œuvre afin de permettre la poursuite de la collaboration ; il faut, partant, donner à l'employé concerné la possibilité de s'améliorer⁹⁰. Dans le même ordre d'idées, la législation genevoise prévoit que le licenciement doit être précédé d'une proposition de mesures de développement et de réinsertion professionnels, l'autorité devant le cas échéant rechercher, par la voie du reclassement, si un autre poste au sein de l'administration cantonale correspond aux capacités de l'intéressé (art. 21 al. 3 LPAC-GE).

Une situation aiguë de conflit peut, dans certaines circonstances, conduire à un licenciement immédiat (art. 10 al. 4 LPers, art. 20 al. 5 LPAC-GE, art. 61 LPers-VD). Les principes dégagés par le Tribunal fédéral en matière de résiliation immédiate dans le contrat de travail s'appliquent généralement par analogie aux licenciements en droit de la fonction publique⁹¹. La résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. Selon la jurisprudence, « *les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du rapport de travail. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat ; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement. Par manquement du travailleur, on entend en règle générale la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, mais d'autres incidents peuvent aussi justifier une résiliation immédiate.* »⁹². Par exemple, un comportement avéré de harcèlement psychologique, en raison de sa gravité, de sa fréquence et de sa durée, est susceptible de justifier un licenciement immédiat⁹³. Le rapprochement avec le licenciement immédiat du droit privé trouve toutefois ses limites dans les règles procédurales que l'autorité doit respecter dans la gestion de la relation de travail de droit public. En effet, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'art. 337 CO, la notion de justes motifs implique que l'employeur ne laisse pas s'écouler un laps de temps indûment prolongé avant de prononcer la résiliation immédiate des rapports de travail ; en présence d'un juste motif, le congé doit être signifié immédiatement. Dans les rapports de travail de droit public, les règles en matière d'établissement des faits, de droit d'être entendu, de

⁸⁹ Cf. *infra* D.

⁹⁰ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-692/2014 du 17 juin 2014, consid. 3.2.2, qui précise qu'en cela la modification de la LPers n'a pas supprimé cette obligation.

⁹¹ ATF 138 I 113, consid. 6.

⁹² Arrêt du Tribunal fédéral 1C_318/2007 du 18 décembre 2007, consid. 3.2.

⁹³ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_318/2007 du 18 décembre 2007, consid. 3.4.

motivation des décisions, le cas échéant de tenue d'une enquête administrative, justifient que l'employeur de droit public bénéficie d'un temps de réaction plus long avant de prononcer un licenciement immédiat, de sorte que la règle des quelques jours ouvrables valant en droit privé ne peut pas être reprise telle quelle dans la résiliation immédiate des rapports de service du droit public⁹⁴.

La fin des rapports de service pour motifs d'inaptitude, de comportement inadéquat ou de violation des obligations de service doit soigneusement être distinguée de la révocation ou du licenciement disciplinaires prononcés à titre de sanction dans les statuts qui connaissent ce type de sanctions⁹⁵. Il appartient à l'autorité qui prononce la fin des rapports de service d'indiquer le fondement de sa décision et soit d'utiliser la procédure spécifique imposée par le droit disciplinaire, soit de faire précéder sa décision des mesures exigées par le statut comme l'avertissement ou une proposition de reclassement.

D. Sanctions disciplinaires

En cas de violation des devoirs de fonction, certains employeurs de droit public disposent, en outre, du pouvoir de sanctionner l'agent public fautif. Selon les circonstances, les comportements d'agent public en situation de conflit peuvent justifier la prise de sanctions.

Les sanctions disciplinaires peuvent consister, selon les statuts, en l'avertissement (art. 25 al. 2 let. b LPers, art. 99 al. 2 let. a OPers⁹⁶), le blâme (art. 16 al. 1 let. a ch. 1 LPAC-GE), le changement du temps de travail (art. 99 al. 3 let. c OPers), le changement du lieu de travail (art. 99 al. 3 let. d OPers), le changement d'activité (art. 25 al. 2 let. c LPers, art. 99 al. 2 let. c OPers), la réduction du salaire (art. 99 al. 3 OPers), la suspension d'augmentation du traitement pendant une durée indéterminée (art. 16 al. 1 let. b ch. 2 LPAC-GE), la réduction de traitement à l'intérieur de la classe (art. 16 al. 1 ch. 2 LPAC-GE), l'amende (art. 99 al. 3 let. b OPers), le déplacement dans un autre poste ou dans une autre fonction (art. 48 al. 4 LSt-NE), le retour au statut d'employé en période probatoire (art. 16 al. 1 let. c. ch. 4 LPAC-GE) ou en la révocation (art. 16 al. 1 let. c ch. 5 LPAC-GE).

⁹⁴ ATF 138 I 113, consid. 6.

⁹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_203/2010 du 8 mars 2011. Pour une appréciation critique de cet arrêt : MARTI, pp. 68-72.

⁹⁶ A propos de la distinction entre l'avertissement disciplinaire et l'avertissement précédant un licenciement dans la LPers : arrêt du Tribunal administratif fédéral A-692/2014 du 17 juin 2014, consid. 3.2. Cf. également *supra* C.

Selon la jurisprudence, dans le domaine des mesures disciplinaires, la révocation est la sanction la plus lourde. Il s'agit de l'*ultima ratio*. Elle implique une violation grave ou continue des devoirs de service. Il peut s'agir d'une violation unique spécialement grave, soit d'un ensemble de transgressions dont la gravité résulte de leur répétition. L'importance du manquement doit être appréciée à la lumière des exigences particulières qui sont liées à la fonction occupée. Toute violation des devoirs de service ne saurait cependant être sanctionnée par la voie de la révocation disciplinaire. Cette mesure revêt, en effet, l'aspect d'une peine et présente un caractère plus ou moins infamant. Elle s'impose surtout dans les cas où le comportement de l'agent démontre qu'il n'est plus digne de rester en fonction⁹⁷. La révocation étant l'ultime sanction, le principe de la proportionnalité commande d'envisager une mesure moins incisive du catalogue des sanctions applicables.

Les mesures disciplinaires les plus incisives doivent avoir été précédées d'une enquête disciplinaire ou administrative (art. 98 OPers, art. 27 LPAC-GE) ou à tout le moins d'une communication formelle des faits et omissions reprochés avec l'indication des moyens de défense à disposition (art. 47 LSt-NE).

IV. Les instruments dédiés de gestion des conflits

Depuis le début des années 2000, les collectivités publiques ont ressenti le besoin de mettre en place des instruments dédiés de gestion des conflits. Ces instruments varient d'une collectivité à l'autre. Les entités instituées ont des degrés divers d'implication dans les procédures de gestion du personnel, allant d'une imperméabilité quasi totale à une fonction de support de l'établissement des faits dans le cadre d'une procédure administrative subséquente. A noter que ces instruments dédiés s'appliquent au personnel de l'administration, que la relation relève du droit public ou du droit privé.

A. Présentation

1. Genève : le Groupe de confiance

Genève dispose depuis 2001 d'une base légale spécifique destinée à la protection de la personnalité des membres de la fonction publique (art. 2B LPAC-GE), concrétisée par le RPPers-GE dont la dernière mouture date du 12 décembre 2012.

⁹⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_47/2013 du 28 octobre 2013, consid. 5.4.

Constitué de cinq collaborateurs au minimum, le Groupe de confiance a pour mission de traiter les demandes des personnes qui font appel à lui et de contribuer à ce que la hiérarchie fasse cesser les atteintes à la personnalité (art. 4 al. 1 et 5 RPPers-GE). Il travaille en toute indépendance et est rattaché administrativement au département présidentiel (art. 6 RPPers-GE).

Le Groupe de confiance peut agir par des démarches informelles ou par la voie de l'investigation.

Au titre des démarches informelles, à la demande d'un collaborateur ou de l'autorité d'engagement ou des ressources humaines, le Groupe de confiance réalise des entretiens et propose des mesures à l'issue de ceux-ci, comme, par exemple, la proposition à la personne qui l'a saisi de s'adresser à sa hiérarchie, à son responsable des ressources humaines ou au service de santé du personnel (art. 13 RPPers-GE). Le Groupe de confiance peut aussi mettre en place une médiation avec l'accord des personnes intéressées ; la médiation est définie comme 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 (art. 14 RPPers-GE). Le Groupe de confiance peut également procéder à un examen plus approfondi de la situation, appelé examen préalable, à l'issue duquel peuvent être initiés une investigation formelle ou la proposition à l'autorité d'engagement d'intervenir au sein du service concerné ou d'ouvrir une enquête administrative (art. 15 et 16 RPPers-GE). Dans ce cas, le Groupe de confiance a la position de dénonciateur dans la procédure ouverte par l'autorité⁹⁸.

Les démarches informelles menées par le Groupe de confiance sont couvertes par une totale confidentialité, ce afin de renforcer par des garanties appropriées la relation de confiance créée entre le Groupe et les personnes qui font appel à lui en vue de favoriser la résolution du litige⁹⁹. Les documents et informations dont ont connaissance les membres du Groupe de confiance lors des démarches informelles sont totalement couverts par la confidentialité. Nul ne peut ultérieurement se prévaloir devant une autorité administrative ou judiciaire de ce qui a été déclaré durant cette phase (art. 8 RPPers-GE).

Le Groupe de confiance peut également mener une procédure d'investigation, laquelle a pour but d'établir les faits et de déterminer si les éléments constitutifs d'une atteinte à la personnalité sont réalisés ou non (art. 19 RPPers-GE). Il s'agit d'une procédure

⁹⁸ ATA/285/2013 du 7 mai 2013, consid. 8.

⁹⁹ WAELTI, p. 199.

formalisée mais qui se distingue des procédures d'enquête administrative dans la mesure où les parties sont entendues séparément (art. 24 al. 2 RPPers-GE), les témoins sont entendus hors la présence des parties (art. 26 al. 1 RPPers-GE). A l'issue de la procédure, le Groupe de confiance établit un rapport contenant l'exposé des faits, donne son appréciation sur l'existence ou non d'une atteinte à la personnalité et indique l'identité de l'auteur identifié (art. 29 al. 2 RPPers-GE), lequel est notifié aux parties et à l'autorité d'engagement (art. 29 al. 3 RPPers-GE). Il appartient alors à l'autorité d'engagement de notifier aux parties une décision motivée, par laquelle elle constate l'existence ou non d'une atteinte à la personnalité et son auteur (art. 30 al. 1 RPPers-GE), voire de prendre toute mesure disciplinaire vis-à-vis de l'auteur d'un harcèlement ou d'une atteinte à la personnalité (art. 30 al. 3 RPPers-GE). Les parties et les témoins ne doivent subir aucun préjudice du fait de leur démarche ou de leur déposition. Lorsque la situation l'exige, le Groupe de confiance veille à ce que leur protection soit assurée, en préconisant les mesures opportunes ; de même, il appartient à l'autorité d'engagement de prendre cas échéant toute mesure provisionnelle nécessaire (art. 11 RPPers-GE).

A noter enfin que le RPPers réserve expressément l'application de la Loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989 (LResp-GE)¹⁰⁰ et que la pratique montre que des demandes sont de plus en plus fréquemment formées par des collaborateurs ou ex-collaborateurs pour lesquelles une atteinte à la personnalité a été constatée, soit pendant les rapports de service, soit après leur terme, le Groupe de Confiance pouvant en effet être saisi d'une demande d'investigation jusqu'à 90 jours après la fin des rapports de service (art. 20 al. 2 let. b RPPers-GE).

2. Neuchâtel : le Groupe de confiance

A Neuchâtel, un Groupe de confiance est à disposition des collaboratrices et collaborateurs de l'Etat. La mission du Groupe de confiance est de répondre aux demandes provenant du personnel de tous niveaux hiérarchiques rencontrant dans le cadre de leur travail des difficultés relationnelles, se manifestant par des conflits ou qui pourraient constituer du harcèlement psychologique ou sexuel (art. 1 al. 2 de l'Arrêté concernant le groupe de confiance de l'Etat de Neuchâtel du 2 avril 2014¹⁰¹). Le Groupe de confiance était depuis 1999 chargé plus spécifiquement des problématiques de harcèlement.

Le Groupe de confiance travaille en toute indépendance. Fonctionnellement, il est rattaché au chef ou à la cheffe du Département de la justice, de la sécurité et de la

¹⁰⁰ RS/GE A 2 40.

¹⁰¹ Ci-après : Arrêté, RSN 152.512.05

culture. Administrativement, il est rattaché au Service des ressources humaines (art. 3 Arrêté).

Les tâches du Groupe de confiance sont d'offrir écoute, aide et conseils aux personnes qui le contactent, de les informer des moyens à disposition pour gérer les difficultés relationnelles ou faire cesser le harcèlement psychologique ou sexuel, de mettre en relation les parties lorsque les circonstances s'y prêtent, notamment en tenant une conciliation, et de transmettre au besoin le dossier au chef ou à la cheffe du service des ressources humaines de l'Etat de Neuchâtel et/ou à l'autorité hiérarchique compétente (art. 2 al. 1 Arrêté). Le Groupe de confiance agit en toute confidentialité, en accord avec la ou les personne-s concernée-s, sous réserve des dispositions légales impératives (art. 2 al. 2 Arrêté).

3. Vaud : le Groupe Impact

Le canton de Vaud s'est doté d'un Règlement relatif à la gestion des conflits au travail et à la lutte contre le harcèlement du 9 décembre 2002 (RCTH-VD)¹⁰², qui instaure le Groupe Impact¹⁰³. Le Groupe Impact travaille en toute indépendance et est rattaché administrativement à la Chancellerie d'Etat (art. 6 RCTH-VD).

Tout comme le Groupe de confiance genevois à qui il a servi de modèle, le Groupe Impact traite des demandes qui lui parviennent par la démarche informelle ou une procédure d'investigation (art. 5 RCTH-VD).

La démarche informelle peut être engagée par tout collaborateur qui, dans sa relation de travail avec d'autres collaborateurs, estime rencontrer d'importantes difficultés qui peuvent toucher sa personnalité ou être victime de harcèlement, ainsi que par l'autorité d'engagement, le chef de service ou d'office ou le directeur. La démarche informelle permet au Groupe Impact de proposer aux personnes en cause de s'adresser au médecin cantonal, au responsable des ressources humaines compétent, à l'autorité d'engagement ou à un autre organisme (art. 10 RCTH-VD). Le Groupe Impact peut aussi mener une médiation avec l'accord des personnes concernées (art. 11 al. 1 RCTH-VD). Les opérations menées par le Groupe Impact dans la démarche informelle sont couvertes par une totale confidentialité et les documents et informations dont ont connaissance les membres du Groupe Impact durant la phase informelle sont totalement couverts par le secret de fonction (art. 13 RCTH-VD).

¹⁰² RSV 172.31.7

¹⁰³ Pour une présentation détaillée du Groupe Impact, voir dans le présent ouvrage la contribution de GOLAY, p. 247.

La procédure formelle d'investigation, qui peut être ouverte sur demande du collaborateur qui s'estime victime d'un harcèlement, par l'autorité d'engagement ou d'office par le Groupe Impact s'il soupçonne un harcèlement sur la base d'indices convergents, a pour but d'établir les faits et de déterminer si les éléments constitutifs du harcèlement sont réalisés (art. 14 et 15 RCTH-VD). L'investigation ouverte, le Groupe Impact convoque dans les plus brefs délais les parties, à savoir la ou les personnes plaignantes et la ou les personnes mises en cause. Il informe l'autorité d'engagement concernée de l'ouverture de l'investigation. La ou les personnes mises en cause ont l'obligation de répondre à la convocation du Groupe Impact (art. 20 al. 1 et 21 al. 2 RCTH-VD). L'instruction peut comporter l'audition de témoins. Les témoins ont aussi l'obligation de se présenter. Lorsque la situation l'exige, le Groupe Impact veille à assurer la protection des témoins, en prenant les mesures opportunes (art. 22 RCTH-VD). Les personnes plaignantes ainsi que les éventuels témoins ne doivent subir aucun préjudice du fait de leur démarche ou de leur déposition (art. 23 al. 1 RCTH-VD). Le rapport du Groupe Impact contient l'exposé des faits, donne son appréciation sur l'existence ou non du harcèlement et indique le ou les auteurs identifiés. Il est transmis aux parties, à l'autorité d'engagement ainsi qu'aux personnes victimes de harcèlement lorsqu'elles ne sont pas à l'origine de l'ouverture de l'investigation (art. 25 RCTH-VD). L'autorité d'engagement dispose d'un délai de dix jours pour indiquer par écrit aux parties si elle adhère ou non, totalement ou partiellement, aux conclusions du rapport. En cas de non adhésion ou d'adhésion partielle aux conclusions du rapport, l'autorité d'engagement est tenue de motiver sa décision, laquelle peut être contestée auprès du Tribunal de Prud'hommes de l'administration cantonale. L'autorité d'engagement peut aussi prendre des mesures vis-à-vis de l'auteur du harcèlement (art. 26 al. 1 à 3 RCTH-VD). L'action en responsabilité est ouverte au collaborateur pour le préjudice subi du fait du harcèlement (art. 26 al. 4 RCTH-VD).

4. Confédération : le Service de médiation

Selon l'art. 4 al. 2 let. g LPers, l'employeur met en oeuvre les mesures propres à assurer la protection de la personnalité et de la santé ainsi que la sécurité au travail de son personnel. Cette disposition, qui s'applique tant aux rapports de travail fondés sur la LPers que sur les relations soumises au CO, fonde l'obligation, pour le Conseil fédéral, de mettre en place une politique des ressources humaines¹⁰⁴.

Cette disposition est concrétisée à l'art. 9 OPers qui enjoint les départements à prendre les mesures propres à empêcher toute atteinte inadmissible à la personnalité de l'employé, de quelque personne qu'elle provienne. Cette disposition donne comme

¹⁰⁴ HELBLING, *ad* art. 4 N 6, 8.

exemple d'atteintes inadmissibles la saisie systématique de données sur les prestations individuelles sans que l'employé concerné en ait connaissance ou le fait d'exercer ou de tolérer des attaques ou des actions contre la dignité individuelle ou professionnelle de l'employé. Le 13 septembre 2013, le Conseil fédéral a modifié l'OPers en y insérant un article 20a relatif au Service de médiation pour le personnel de la Confédération et pour le personnel du Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS). Cela étant, l'administration fédérale n'a pas attendu cette nouvelle pour se doter d'un Service de médiation depuis 1972 déjà.

Le Service de médiation pour le personnel de la Confédération, respectivement pour le personnel du DDPS, est compétent pour conseiller et soutenir le personnel lors de conflits sur le lieu de travail qui ne peuvent pas être réglés par la voie hiérarchique (art. 20a al. 1 OPers)¹⁰⁵. Ces deux entités sont rattachées administrativement l'une à l'Office fédéral du personnel (art. 11 al. 2 Org DFF¹⁰⁶), l'autre au Secrétariat général du DDPS (art. 5b Org DDPS¹⁰⁷), ce qui signifie qu'elles ne se trouvent pas dans un rapport hiérarchique avec les chefs des départements en cause et qu'elles bénéficient d'une autonomie décisionnelle sans être liées par des instructions (art. 7a al. 2 OLOGA^{108,109}).

Si l'art. 20a OPers indique comment les membres du Service de médiation sont nommés, en revanche il n'en décrit pas le fonctionnement. Il n'existe par ailleurs pas de règlement interne du Service de médiation disponible au public. Les informations concernant le fonctionnement de ce service et le type de procédures doivent donc être recherchées dans les documents mis à disposition des employés de l'administration et dans les diverses informations diffusées par les autorités. Ainsi, dans un de ses communiqués, le Conseil fédéral fait remarquer que le Service de médiation pour le personnel de la Confédération est un service de consultation neutre et indépendant et que tous les entretiens qu'il a

¹⁰⁵ Le Service de médiation est une entité distincte de la Consultation sociale du personnel de l'administration fédérale, qui est chargé des cas concernant plus des difficultés matérielles ou sociales que des conflits sur le lieu de travail : CONSEIL FÉDÉRAL, Communiqué (2013).

¹⁰⁶ Ordonnance sur l'organisation du Département fédéral des finances du 17 février 2010 ; RS 172.215.1.

¹⁰⁷ Ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports du 7 mars 2003, RS 172.214.1.

¹⁰⁸ Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 25 novembre 1998, RS 172.010.1. A noter que cette disposition vise les unités administratives sans personnalité juridique devenues autonomes sur le plan organisationnel après avoir été détachées de l'administration par la loi ; or, s'agissant du Service de médiation, celui-ci a été créé et détaché de l'organigramme par voie d'ordonnance.

¹⁰⁹ BELLANGER, p. 13.

doivent rester strictement confidentiels¹¹⁰. Selon ses propres indications, le Service de médiation traite environ 120 cas par an pour toute l'administration fédérale¹¹¹.

B. Les points de contact avec la procédure ordinaire

Il est intéressant d'examiner la question du lien qu'entretiennent les procédures dédiées de gestion des conflits avec la procédure administrative ordinaire menant à la résiliation des rapports de service ou au prononcé d'une sanction. En effet, s'il est généralement admis que « *la confidentialité est un élément essentiel de l'activité [de l'entité dédiée de gestion du conflit] qui permet aux collaborateurs de s'exprimer librement, notamment pour prévenir d'éventuelles représailles, et [à l'entité] de jouer pleinement son rôle* »¹¹², il apparaît que les informations reçues par l'autorité chargée de la gestion du conflit peuvent « transpirer » vers le service des ressources humaines et/ou vers le supérieur hiérarchique concerné. La notion de confidentialité a donc une portée variable dans ce domaine.

Au plan fédéral, le système mis en place est marqué par son caractère hermétique. Seul un cas isolé fait référence à l'audition d'un membre du Service de médiation dans une procédure de résiliation des rapports de service¹¹³. A défaut d'indication de l'intervention du Service de médiation dans des procédures fondées sur la LPers, la stricte confidentialité apparaît donc être la règle.

Au plan cantonal, la situation est différente. A Neuchâtel, si la confidentialité est de mise selon l'Arrêté en la matière, la possibilité d'une transmission du dossier constitué par le Groupe de confiance au service des ressources humaines ou au supérieur hiérarchique est pareillement prévue par l'Arrêté. A défaut de base légale l'emportant sur la transmission du dossier, la confidentialité dépend donc, grandement, de la pratique du Groupe de confiance, qui pourra chercher à la faire prévaloir ou au contraire à privilégier la transmission d'informations afin d'assurer la bonne application de la LSt-NE, respectivement le bon fonctionnement des services de l'administration.

A Genève et dans le canton de Vaud, la question de la transmission des informations recueillies par le Groupe de confiance respectivement le Groupe Impact diffère selon que la procédure ouverte est une procédure d'investigation ou une procédure engagée au titre des démarches informelles.

¹¹⁰ CONSEIL FEDERAL, Réponse (2011).

¹¹¹ CONSEIL FEDERAL, Réponse (2011).

¹¹² PREPOSE, Avis, p. 4.

¹¹³ JAAC 68 (2004).84 (Commission fédérale de recours du 2 juillet 2003).

En cas de procédure d'investigation, celle-ci sert justement à l'établissement des faits en vue de la prise d'une décision formelle par l'autorité compétente, de sorte que la question de la confidentialité est reléguée au second plan¹¹⁴. Dans un tel cas, l'agent public a un droit de consulter le dossier du Groupe découlant des règles sur la procédure administrative. Le droit de consultation s'étend à l'intégralité du rapport, y compris les procès-verbaux des auditions des témoins, même si en principe les personnes appelées à témoigner devraient, selon les systèmes mis en place, bénéficier de la confidentialité¹¹⁵.

La situation est différente lorsque le Groupe de confiance respectivement le Groupe Impact est saisi au titre de démarches informelles. En effet, dans ce cadre, les démarches sont couvertes par une « totale » confidentialité (art. 8 RPPers-GE, art. 13 RCTH-VD). Il apparaît toutefois qu'en pratique les rapports et recommandations sont parfois transmis aux autorités administrative ou judiciaire, le cas échéant sous une forme caviardée, notamment à Genève¹¹⁶.

De plus, bien que la confidentialité soit expressément prévue par les règlements les instituant, le Groupe de confiance ou Groupe Impact doit satisfaire aux obligations qui incombent à toute autorité en application des législations posant le principe de la transparence de l'administration¹¹⁷. Pour le préposé genevois à la protection des données et à la transparence, l'obligation de confidentialité prévue dans le RPPers-GE ne peut en effet pas faire obstacle au principe de transparence, ne constituant pas une base légale formelle¹¹⁸. Partant, la question de la transmission doit donc faire l'objet d'une pesée des intérêts en cause¹¹⁹. La confidentialité doit en principe l'emporter lorsque celui qui demande accès au rapport émis par l'entité de gestion du conflit dans la procédure informelle n'est ni plaignant ni partie à la procédure ayant suivi ledit rapport¹²⁰. En revanche, à notre sens, quand l'Etat employeur utilise le rapport confidentiel pour

¹¹⁴ A titre d'exemple, cf. arrêt du Tribunal fédéral TF 1C_318/2007 du 18 décembre 2007 ; 2P.77/2003 du 9 juillet 2003.

¹¹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 2P.77/2003 du 9 juillet 2003, consid. 2.3 (Vaud).

¹¹⁶ A titre d'exemple, cf. ATA/98/2014 du 18 février 2014, ATA/68/2014 du 5 février 2014, ATA/753/2013 du 12 novembre 2013. *Contra* : WAELTI, p. 199, pour qui, en cas de non résolution d'un litige au stade informel, et quelle qu'en soit l'issue du reste, le Groupe de confiance n'est ainsi pas habilité à fournir des renseignements à l'autorité d'engagement, et quel que soit le rang hiérarchique de l'entité qui ferait une telle demande.

¹¹⁷ Loi [genevoise] sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 5 octobre 2001 (LIPAD-GE), RS/GE A 2 08 ; Loi [vaudoise] sur l'information du 24 septembre 2002 (LInfo-VD), RSV 170.21. L'art. 2 al. 3 LInfo exclut son application au Bureau cantonal de médiation administrative mais ne se réfère pas au Groupe Impact.

¹¹⁸ PREPOSE, Avis, p. 4.

¹¹⁹ A titre d'exemple, cf. ATA/753/2013 du 12 novembre 2013, consid. 3.

¹²⁰ ATA/753/2013 du 12 novembre 2013, consid. 3.

justifier un licenciement ou une sanction, on voit mal que celui-ci ne puisse pas être transmis à la personne concernée.

Comme cela a déjà été relevé en doctrine, la participation des personnes de confiance à la phase formelle de la procédure [ou l'utilisation des informations qu'elle a recueillies] rend difficile le respect de la confidentialité qui est censée couvrir les démarches entamées dans le cadre de la phase informelle¹²¹. Dans le même ordre d'idées, lorsque la confidentialité des discussions devant le groupe est assurée et qu'une procédure formelle d'enquête administrative est ultérieurement ouverte pour établir les faits découverts lors de la procédure devant le Groupe de confiance, il est fréquent que, compte tenu du changement de contexte et du caractère ouvert de la procédure, les personnes entendues ne soient pas aussi loquaces que devant l'autorité de gestion du conflit.

La notion de confidentialité a donc une géométrie variable et, à notre sens, il appartient à l'autorité dédiée de gestion des conflits d'exposer clairement aux collaborateurs quelle est la portée concrète des dispositions réglementaires garantissant la confidentialité.

Enfin, pour ce motif, il convient de ne pas perdre de vue que les procédures de médiation proposées par les règlements ci-dessus ne réunissent pas nécessairement tous les éléments constitutifs d'une médiation au sens consacré du terme, notamment la confidentialité¹²².

V. Conclusion

Le domaine de la gestion des conflits est en évolution. Il reflète la tendance générale du droit de la fonction publique à se calquer sur les concepts du droit privé : harcèlement, protection de la personnalité, conflit sont des notions transversales qui ne connaissent pas les frontières entre droit public et droit privé. Sur le plan matériel, il n'y a pas de distinction avec le droit privé et nul doute que le débat et les progrès dans la manière d'appréhender ces conflits vont se nourrir réciproquement, à l'image des échanges lors du colloque du 12 février 2015.

En revanche, l'essence même de droit public de la relation de service impose des obligations non seulement formelles, mais également matérielles, à l'autorité. Sur le plan formel, les garanties procédurales doivent en tout état être respectées. Sur le plan matériel, l'exemple le plus parlant est l'absence de liberté de mettre un terme aux

¹²¹ LEMPEN, p. 229.

¹²² GUY-ECABERT, p. 110 ; à propos de la médiation dans les relations de travail, cf. la contribution de WENGER, p. 73, dans le présent ouvrage.

relations de service et de devoir se référer à des motifs graves à cet effet. Le principe de la proportionnalité contraint donc l'employeur à devoir chercher des solutions aux conflits plus que ne le fait le droit privé, parallèlement à la jurisprudence qui s'est développée en droit privé s'agissant du devoir de l'employeur de désamorcer les conflits.

La grande liberté laissée aux collectivités publiques pour organiser leurs statuts s'exprime aussi par la variété des instruments dédiés de gestion des conflits. L'étude des trois cantons romands choisis et de la Confédération laisse apparaître qu'il y a globalement deux manières d'appréhender la gestion des conflits de la fonction publique. On peut distinguer la Confédération, qui dispose d'un organe de médiation hermétique de l'administration, des Groupes de confiance ou Impact, qui servent, en présence de situations de conflit, non seulement de « médiateur », mais également à établir l'existence d'une atteinte à la personnalité qui fondera d'éventuelles décisions, respectivement des prétentions en responsabilité. Une étude empirique comparant les bénéfices et inconvénients de l'un ou l'autre dépasserait bien sûr le cadre de la présente contribution. Elle serait en revanche bienvenue pour démontrer qu'il y a – ou non – des limites infranchissables entre les deux systèmes.

VI. Bibliographie et sources

Sauf indication contraire, les ouvrages ou sources de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

BAUER A., Constitution annotée de la République et canton de Neuchâtel, Neuchâtel 2005.

BELLANGER F., Le phénomène des autorités administratives indépendantes, *in* : Tanquerel/Bellanger (édits), Les autorités administratives indépendantes, Zurich 2011, pp. 9-20.

BELLANGER F./ROY C., Evolution du cadre légal et réglementaire de la fonction publique, *in* : Ladner/Chappelet/Emery/Soguel/Varone (édits), Manuel d'administration publique suisse, Lausanne 2013, pp. 461-479.

CANTON DE VAUD, GROUPE IMPACT, Rapport d'activité 1999-2013, Lausanne 2013, disponible à l'adresse www.vd.ch/impact (cité : GROUPE IMPACT, Rapport).

CHABLAIS A., La jurisprudence des autorités administratives et judiciaires en droit fédéral du personnel, *in* : Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht, Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2012, Berne 2013, pp. 103-117.

CONSEIL FÉDÉRAL, Communiqué de presse du 13 septembre 2013, Le service de médiation pour le personnel de la Confédération est désormais ancré dans le droit du personnel, disponible à l'adresse www.news.admin.ch (consulté le 8.12.2014) (cité : CONSEIL FEDERAL, Communiqué (2013)).

- CONSEIL FÉDÉRAL, Réponse du 16 septembre 2011 à la question parlementaire 11.1047, Climat de travail à l'Office fédéral de la statistique, disponible à l'adresse www.parlament.ch (consulté le 8.12.2014) (cité : CONSEIL FEDERAL, Réponse (2011)).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant une modification de la Loi sur le personnel de la Confédération du 31 août 2011, FF 2011 pp. 6171-6199 (cité : Message LPers (2011)).
- DEPRAZ A., Parlement et Gouvernement dans la nouvelle Constitution : une évolution plutôt qu'une révolution, *in* : Moor (édit.), La Constitution vaudoise du 14 avril 2003, Berne 2004, pp. 229-266.
- DUNAND J.-PH., Liberté de licenciement en droit suisse : la règle devient-elle l'exception ? *in* : Revue de l'avocat 9/2006 pp. 319-322.
- EMERY Y., Nouvelles politiques et processus de gestion publique des ressources humaines, *in* : Ladner/Chappelet/Emery/Soguel/Varone (édits), Manuel d'administration publique suisse, Lausanne 2013, pp. 481-498.
- GUY-ECABERT C., La médiation dans les lois fédérales de procédure civile, pénale et administrative : petite histoire d'un pari sur l'indépendance, PJA 2009, pp. 47-56.
- HÄNNI P., Die Gerichtspraxis des Bundesgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts und der kantonalen Gerichte, *in* : Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht, Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2013, Berne 2014, pp. 165-242 (cité : HÄNNI, Die Gerichtspraxis des Bundesgerichts).
- HÄNNI P., Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, 2^e éd., Zurich 2008 (cité : HÄNNI, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz).
- HELBLING P., Bundespersonalgesetz (BPG), Stämpfli Handkommentar, Berne 2013, *ad* art. 4.
- HOFMANN D., Le Conseil d'Etat dans la Constitution genevoise du 14 octobre 2012, *in* : Hofmann/Waelti (édits), Actualités juridiques de droit public 2013, Berne 2013, pp. 111-155 (cité : HOFMANN, Le Conseil d'Etat dans la Constitution genevoise).
- HOFMANN D., L'engagement et la gestion du personnel, *in* : Tanquerel/Bellanger (édits), Les réformes de la fonction publique, Zurich 2012, pp. 103-145 (cité : HOFMANN, L'engagement et la gestion du personnel).
- LEMPEN K., Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur - Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne, Zurich 2006.
- MAHON P./JEANNERAT E., Commentaire du contrat de travail, Stämpfli Handkommentar, Berne 2013, *ad* art. 342 CO.
- MAHON P./ROSELLO H., Les réformes en cours du droit de la fonction publique : tendances et perspectives, *in* : Tanquerel/Bellanger (édits), Les réformes de la fonction publique, Zurich 2012, pp. 9-47.
- MARTI U., Actualités en droit de la fonction publique, *in* : Hofmann/Waelti (édits), Actualités juridiques de droit public 2011, Berne 2011, pp. 53-75.
- NGUYEN M. S., Sanctions et licenciements, *in* : Tanquerel/Bellanger (édits), Les réformes de la fonction publique, Zurich 2012, pp. 169-216.
- NÖTZLI H., Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Berne 2005.
- OFFICE FÉDÉRAL DU PERSONNEL, Pilotage de la politique du personnel. Examen de la gestion des ressources en matière de personnel. Rapport établi en réponse au postulat

- 12.3646 déposé le 9 juin 2012 par la Commission de gestion du Conseil national le 2 septembre 2014, Berne 2014, disponible à l'adresse www.ofper.admin.ch (consulté le 8.12.2014) (OFPER (2014)).
- OFFICE FÉDÉRAL DU PERSONNEL, Pilotage de la politique du personnel. Répartition des tâches en matière de personnel au sein de la Confédération et des départements. Rapport établi en réponse au postulat 12.3644 déposé le 9 juin 2012 par la Commission de gestion du Conseil national le 4 novembre 2013, disponible à l'adresse www.ofper.admin.ch (consulté le 8.12.2014) (OFPER (2013)).
- POLEDNA T., *Mobbing* (harcèlement psychologique) im öffentlichen Personalrecht, in : Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht, Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2011, Berne 2012, pp.173-180.
- RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE, PRÉPOSÉ CANTONAL A LA PROTECTION DES DONNÉES ET A LA TRANSPARENCE, Demande d'accès à une recommandation du groupe de confiance, Avis de droit du 20 janvier 2014, disponible l'adresse <http://www.ge.ch/ppdt> (consulté le 8.12.2014) (PRÉPOSÉ, Avis).
- RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE, GROUPE DE CONFIANCE, Rétrospective sur 5 ans d'activités 2009-2013, Genève 2013, disponible à l'adresse www.ge.ch/confiance (consulté le 8.12.2014) (GROUPE DE CONFIANCE, Rétrospective).
- STEIGER-STACKMANN S., Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz, Rechtliche Möglichkeiten zur Verbesserung der Prävention, Zurich 2013.
- TANQUEREL T., Droit public et droit privé : unité et diversité du statut de la fonction publique, in : Tanquerel/Bellanger (édits), Les réformes de la fonction publique, Zurich 2012 pp. 49-81 (cité : TANQUEREL, Droit public et droit privé).
- TANQUEREL T., Manuel de droit administratif, Genève 2011 (cité : TANQUEREL, Manuel de droit administratif).
- TSCHANNEN P./ZIMMERLI U./MÜLLER M., Allgemeines Verwaltungsrecht, 4^e éd., Berne 2014.
- URSPRUNG R./RIEDI HUNOLD D., Schwerpunkte der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum öffentlichen Personalrecht, ZBl 114/2013, pp. 295-313.
- Waelti F., L'entraide administrative par les autorités genevoises, in : Hofmann/Waelti (édits), Actualités juridiques de droit public 2013, Berne 2013, pp. 161-211.

Deuxième partie - Domaines spécifiques

B. Assurances privées et sociales

ANNE-SYLVIE DUPONT

L'impact des conflits au travail sur le droit aux prestations des assurances

Sommaire	Page
I. Introduction	179
II. Quelques remarques préliminaires	180
III. L'impact des conflits au travail sur les assurances sociales	181
A. L'assurance-invalidité	181
1. La notion d'invalidité	181
2. La mise en œuvre des prestations	183
B. L'assurance-accidents et l'assurance-militaire	184
1. La maladie professionnelle	185
2. Le devoir d'information de l'employeur	186
C. L'assurance-chômage	188
1. Le refus de remettre l'attestation de travail	188
2. Le chômage fautif	188
IV. L'impact des conflits au travail sur les assurances privées	192
A. L'exigibilité d'un retour à l'emploi	193
1. Les devoirs du travailleur	193
2. Les devoirs de l'employeur	194
B. Péjoration de la situation du travailleur du fait d'un défaut d'information	195
V. Un problème commun : le paiement des prestations	197
A. Etats de fait	197
1. Le paiement en mains d'un tiers	197
2. L'employeur comme organe de paiement	198
B. Difficultés et remèdes	198
VI. L'action récursoire des assureurs	201
VII. Bibliographie	202

I. Introduction

Incarnation d'une protection offerte par l'Etat à tout ou partie de la population résidant sur son territoire, les assurances sociales sont régies par des lois de droit public qui

créent, entre l'assuré et l'administration, un rapport juridique indépendant de celui qui le lie à son employeur. A priori, d'éventuels conflits sur le lieu de travail ne devraient donc pas influencer sur la relation entre le travailleur et l'assureur social requis de lui verser des prestations.

Il s'avère toutefois que l'employeur joue souvent un rôle déterminant pour la saine administration des assurances sociales, au-delà de sa participation à leur financement. Plusieurs régimes d'assurance font en effet de lui un auxiliaire indispensable, notamment lorsqu'il s'agit de réunir des renseignements propres à fonder ou non le droit de l'assuré aux prestations qu'il demande, ou de mettre en œuvre certaines prestations. Dans toutes ces situations, des relations conflictuelles peuvent, directement ou indirectement, entraver le bon fonctionnement des assurances sociales. En matière d'assurances privées, des problèmes similaires se rencontrent, en particulier dans le contexte des assurances collectives d'indemnités journalières en cas de maladie. La présente contribution se donne pour objectif de recenser les principales difficultés qui se posent à cet égard (ch. III à V).

Si les assurances sociales sont destinées à intervenir indépendamment de savoir si un tiers est à l'origine de la réalisation du risque, il n'en est pas moins prévu que l'assureur puisse se retourner contre le responsable civil, fort de sa subrogation dans les droits de la personne lésée. Les conditions générales régissant les polices d'assurance privée prévoient parfois une cession des droits contre le responsable civil à l'assureur qui verse des prestations. Nous examinerons si ce mécanisme, qui permet en définitive de faire supporter au responsable les conséquences économiques de ses actes, est opérant lorsqu'il s'agit de conflits au travail (VI).

Avant d'aborder l'analyse proposée ci-dessus, nous préciserons quelques notions afin de clarifier la suite de notre propos (II).

II. Quelques remarques préliminaires

Dans le cadre de cette contribution, nous parlerons de conflit au travail comme de toute situation dans laquelle des difficultés relationnelles surgissent sur le lieu de travail, soit entre le travailleur et ses collègues, soit entre le travailleur et sa hiérarchie ou ses subordonnés.

Nous parlerons d'un travailleur pour désigner une personne qui exerce une activité lucrative, salariée ou indépendante. Conformément à ce que prévoit la loi sur la partie

générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000¹, est réputé travailleur salarié celui qui fournit un travail dépendant et qui reçoit pour ce travail un salaire déterminant au sens de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946². Par opposition, est un travailleur indépendant celui qui, par son travail, réalise un revenu autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante³. Est un employeur celui qui emploie des travailleurs salariés⁴.

III. L'impact des conflits au travail sur les assurances sociales

Comme indiqué en introduction de cette contribution, les assurances sociales sont administrées indépendamment de la situation professionnelle de l'assuré. Dans ce sens, d'éventuels conflits sur le lieu de travail devraient en principe rester sans effet sur la relation entre l'assureur social et l'assuré, de même que sur le droit de ce dernier aux prestations prévues par les différentes lois. Les développements qui suivent ont pour objectif de détecter les possibles interférences entre la relation professionnelle et la situation assécurologique, ainsi que de mettre en avant les solutions envisagées ou envisageables lorsque les conflits au travail entravent la mise en oeuvre des différentes assurances sociales.

A. L'assurance-invalidité

Dans le cadre de l'assurance-invalidité, les conflits au travail doivent être traités avec précaution lorsqu'il s'agit de définir le risque assuré (a). Ils peuvent en outre se répercuter fortement sur l'administration des prestations, en particulier lorsqu'il s'agit de réadaptation professionnelle (b).

1. La notion d'invalidité

En droit suisse des assurances sociales, la notion d'invalidité se définit par rapport à celle d'incapacité de gain⁵. Elle-même se définit comme « *toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré sur un marché du travail équilibré dans*

¹ LPGA, RS 830.1.

² Art. 10 LPGA ; cf. également art. 5 LAVS, RS 831.10.

³ Cf. art. 8 et 9 LAVS.

⁴ Art. 11 LPGA.

⁵ Art. 8 LPGA.

son domaine d'activité, si cette diminution résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles »⁶. Ainsi, l'invalidité suppose, avant toute chose, la survenance d'une atteinte à la santé ayant valeur de maladie au sens des classifications médicales internationales⁷.

Dans deux arrêts récents, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que le *burn-out* ne représentait pas un diagnostic médical portant sur une atteinte ayant valeur de maladie. Classé dans la catégorie « Z » de la classification CIM, il ne correspond pas à une maladie *stricto sensu*, mais à un simple facteur susceptible d'influer sur l'état de santé et de nécessiter le recours aux services de santé⁸. Cette réflexion valant, selon le Tribunal fédéral, pour tous les complexes de faits compris dans cette catégorie Z⁹, le même raisonnement vaudra pour le *mobbing*, répertorié sous code Z56.

En revanche, les troubles présentés par l'assuré dans le contexte d'un *mobbing* ou d'un *burn-out* et qui ont valeur de maladie, par exemple un état dépressif ou des troubles anxieux, sont des atteintes à la santé au sens de l'art. 7 LPGA et, partant, susceptibles de fonder un droit aux prestations de l'assurance-invalidité, en particulier à une rente, si l'atteinte à la santé est à l'origine d'une incapacité de gain au sens de cette disposition.

L'importance des informations transmises par le médecin à l'assurance-invalidité dans le cadre d'une demande de prestations est donc essentielle, la seule indication d'une surcharge pour des motifs professionnels étant insuffisante pour ouvrir un droit aux

⁶ Art. 7 LPGA.

⁷ En particulier la classification CIM (Classification internationale des maladies. En anglais, *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems*, ICD), dont l'intitulé complet est la « *Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes* ». Elle a pour objectif de codifier et de classer les maladies, de même qu'une très vaste variété de signes, symptômes, lésions traumatiques, empoisonnements, circonstances sociales et causes externes de blessures ou de maladies. Elle est publiée par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) et est utilisée dans le monde entier pour l'enregistrement des causes de morbidité et de mortalité.

⁸ TF 9C_537/2011 du 28 juin 2012, consid. 3.1 ; cf. également l'arrêt 8C_302/2011 du 20 septembre 2011, consid. 2.3 : « "Burn-out" wird zwar unter dem Diagnose-Code ICD-10 Z73.0 aufgeführt, es entspricht aber keiner Erkrankung im Sinne der anerkannten internationalen Klassifikationssysteme. Bei den sogenannten Z-Kodierungen handelt es sich um Faktoren, die den Gesundheitszustand beeinflussen und zur Inanspruchnahme des Gesundheitswesens führen. Die Kategorien Z00-Z999 sind jedoch für Fälle vorgesehen, in denen Sachverhalte als "Diagnosen" oder "Probleme" angegeben sind, die nicht als Krankheit, Verletzung oder äussere Ursache unter den Kategorien A00-Y89 klassifizierbar sind ».

⁹ TF 9C_13/2012 du 20 août 2012, consid. 2.

prestations. Il y aura donc lieu de préciser les diagnostics présentés par le travailleur, si nécessaire en recourant aux services d'un psychiatre.

2. La mise en œuvre des prestations

Dans le cadre de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959¹⁰, l'employeur est partie prenante à la mise en œuvre de l'assurance. Ainsi, l'art. 7c LAI invite l'employeur à collaborer activement avec l'office AI. Il est censé contribuer à la mise en œuvre d'une solution appropriée s'inscrivant dans les limites du raisonnable. Cette disposition, introduite par la 5^e révision de la LAI¹¹, a pour objectif de favoriser la réadaptation professionnelle, dans l'esprit de la devise qui a présidé à cette révision, « *la réadaptation prime la rente* »¹². Dans le même ordre d'idée, l'employeur d'un assuré fait partie des personnes habilitées à communiquer à l'assurance-invalidité fédérale le cas d'un assuré en vue d'une détection précoce¹³.

L'art. 7c LAI n'impose toutefois pas d'obligation à l'employeur¹⁴. L'assuré ne peut ainsi déduire en justice, sur la base de cette disposition, le droit à ce que, par exemple, l'employeur adapte son poste de travail, encore moins à ce qu'il le réintègre à son poste après licenciement. L'employeur qui ne collabore pas avec l'office AI n'encourt ainsi aucune sanction administrative. En revanche, si l'assuré devait, de son côté, subir une sanction en raison d'un défaut de collaboration¹⁵, il lui serait alors possible d'invoquer le conflit avec l'employeur pour atténuer l'importance de sa faute et, partant, la rigueur de la sanction¹⁶.

La question se pose de savoir si l'employeur qui refuse de collaborer à la réintégration professionnelle de son employé sous l'égide de l'assurance-invalidité fédérale viole le devoir de protection qui lui incombe en vertu de l'art. 328 CO. Lors des travaux préparatoires, la question d'un renvoi exprès avait été évoquée, mais refusée par le Conseil des Etats¹⁷. Compte tenu du caractère matériellement limité de la protection offerte par l'art. 328 CO¹⁸, il est difficilement concevable d'admettre qu'elle s'étende à l'adaptation du poste de travail aux limitations fonctionnelles présentées par le

¹⁰ LAI, RS 831.20.

¹¹ Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2008 (RO 2007 5129 ; FF 2005 4215).

¹² Cf. MURER, N 5 *ad* art. 7c LAI.

¹³ Art. 3b al. 2 let. c LAI.

¹⁴ Cf. MURER, N 7 *ad* art. 7c LAI. *Contra*, HELBING, N 40 *ad* art. 4 LPers, qui ne motive toutefois pas sa solution.

¹⁵ Cf. art. 7 et 7b LAI ainsi que 21 LPGa.

¹⁶ Cf. art. 7b al. 3 LAI. Cette solution est également préconisée par MURER, N 8 *ad* art. 7c LAI.

¹⁷ BO 2006 CE 602.

¹⁸ Cf. DUNAND, N 12 *ad* art. 328 CO.

travailleur. En outre, l'art. 328 CO s'applique en principe tant que durent les rapports de travail¹⁹. Si, dans l'intervalle, le travailleur s'est vu notifier son licenciement, ce qui sera très vraisemblablement le cas dans l'hypothèse de conflits sur le lieu de travail, il ne pourra de toute manière plus se fonder sur l'art. 328 CO pour réclamer de son ancien employeur qu'il collabore avec l'office AI²⁰.

Une action en responsabilité fondée sur l'art. 97 CO paraît purement théorique : même en admettant qu'il faille admettre un devoir – contractuel – de l'employeur de collaborer à la réadaptation professionnelle de l'assuré, et en supposant que l'employeur ne parvienne pas à s'exculper, il sera bien difficile d'établir le lien de causalité entre le manque de collaboration de l'employeur et l'échec de la réadaptation, et, d'autant plus, entre cet échec et le préjudice subi par le travailleur, dont il faudra encore qu'il apporte la preuve.

En définitive, force est de constater que l'employeur qui n'adhère pas à un processus de réadaptation professionnelle ne prend aucun risque. Il n'a donc pas d'intérêt à le faire, en particulier lorsque les relations avec le travailleur concerné sont conflictuelles. Les chances de voir l'employeur collaborer sont déjà minces lorsque les relations sont, sinon bonnes, à tout le moins normales ; elles sont nulles si les relations sont mauvaises.

B. L'assurance-accidents et l'assurance-militaire

L'assurance-accidents est réservée en priorité aux travailleurs salariés²¹. Elle prévoit des prestations non seulement en cas d'accidents, professionnel et non professionnel, mais aussi en cas de maladie professionnelle²². La principale question à examiner, dans le cadre de cette contribution, est celle de savoir si une pathologie contractée à la suite d'une situation conflictuelle sur le lieu de travail, tout particulièrement en cas de *mobbing*, peut être reconnue comme maladie professionnelle et ouvrir le droit aux prestations de la loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981²³ (1). Par ailleurs, la législation en matière d'assurance-accidents impose à l'employeur un vaste devoir d'information, que ce dernier peut être tenté de négliger dans un contexte conflictuel (2).

¹⁹ Le Tribunal fédéral admet quelques rares exceptions à ce principe, notamment quand, après la fin des rapports de travail, l'employeur communique de fausses informations au sujet de son ancien employé. Sur cette question, cf. DUNAND, N 11 *ad* art. 328 CO.

²⁰ Sceptique également, MURER, N 10 *ad* art. 7c LAI.

²¹ Cf. art. 1a LAA et 1 OLAA. Les indépendants ont la possibilité de s'assurer à titre facultatif (art. 4 LAA).

²² Art. 6 al. 1 LAA.

²³ LAA, RS 832.20.

1. La maladie professionnelle

La reconnaissance d'une maladie professionnelle suppose avant toute chose l'existence d'une maladie au sens de l'art. 3 LPGa, soit une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique qui n'est pas due à un accident et qui exige un examen ou un traitement médical ou provoque une incapacité de travail.

Sont d'abord réputées maladies professionnelles les maladies au sens de l'art. 3 LPGa qui sont dues exclusivement ou de manière prépondérante, dans l'exercice de l'activité professionnelle, à des substances nocives ou à certains travaux²⁴. Il ne peut toutefois s'agir que de substances ou de travaux qui ont été répertoriés par le Conseil fédéral dans l'annexe I à l'ordonnance sur l'assurance-accidents du 20 décembre 1982²⁵. Compte tenu de la nature des substances et travaux répertoriés, le travailleur victime d'une atteinte à la santé causée par une situation conflictuelle sur le lieu de travail ne pourra se prévaloir de cette présomption.

Sont aussi réputées maladies professionnelles les autres maladies dont il est prouvé qu'elles ont été causées exclusivement ou de manière nettement prépondérante²⁶ par l'exercice de l'activité professionnelle²⁷. Cette disposition « de rattrapage » permet à l'assuré qui ne peut pas bénéficier de la présomption – plus favorable – de l'art. 9 al. 1 LAA, faute de pouvoir se prévaloir d'une inscription dans l'annexe I à l'OLAA, de démontrer que la pathologie qu'il présente est d'origine professionnelle. Il lui faudra cependant démontrer avoir été exposé, pendant un certain temps, à un risque typiquement lié à l'exercice de sa profession. En cas d'atteinte à la santé psychique, il s'agirait donc de démontrer, au stade de la vraisemblance prépondérante, que sa profession, en tant que telle, a pour caractéristique d'exposer ceux qui l'exercent à des risques pour le psychisme²⁸.

De manière générale, les tribunaux n'admettent que très difficilement l'existence d'une maladie professionnelle sous l'angle de la clause générale de l'art. 9 al. 2 LAA²⁹. De fait, on ne recense à ce jour aucune situation dans laquelle une atteinte à la santé psychique

²⁴ Art. 9 al. 1 LAA.

²⁵ Ordonnance sur l'assurance-accidents du 20 décembre 1982 (OLAA) ; RS 832.202.

²⁶ Au moins 75 % (MAURER, p. 221).

²⁷ Art. 9 al. 2 LAA.

²⁸ Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral, décision du 10 mai 2001, PRK 2000-056, in : JAAC 2001 IV, n° 96.

²⁹ KIESER, N 75 *ad* art. 4 LPGa. ; cf. ATF 126 V 183 consid. 4 pour se rendre compte des exigences posées en termes de preuve.

consécutive à une surcharge dans le cadre professionnel aurait été qualifiée de maladie professionnelle³⁰.

Le régime de la LAA est souvent associé à celui de l'assurance-militaire³¹. Dans ce régime d'assurance, qui couvre notamment les militaires de carrière, toute affection qui se manifeste et qui est annoncée ou constatée de toute autre façon pendant le service est couverte³². L'assurance conserve la faculté de prouver que l'affection est avec certitude antérieure au service, ou qu'elle ne peut pas avec certitude avoir été causée pendant ce dernier, et que cette affection n'a été, avec certitude, ni aggravée, ni accélérée dans son cours pendant le service³³. L'intervention de l'assurance-militaire dépend ainsi davantage d'une relation de connexité que de causalité. En conséquence, le militaire de carrière qui développerait une atteinte à la santé psychique dans le cadre d'un conflit sur son lieu de travail pourrait bénéficier des prestations de l'assurance-militaire, à moins que l'assurance ne démontre que cette atteinte est sans lien avec le contexte conflictuel.

2. Le devoir d'information de l'employeur

La législation en matière d'assurance-accidents fait de l'employeur un auxiliaire de l'assureur, en ce sens qu'il lui revient d'annoncer à ce dernier les accidents dont ses employés sont victimes, qu'il s'agisse d'accidents professionnels ou non professionnels³⁴. Les employeurs sont tenus de remplir conformément à la vérité les formulaires que leur remettent les assureurs³⁵; pour permettre à l'assureur d'instruire le cas, l'employeur est en outre contraint de « *fournir à l'assureur tous les renseignements nécessaires, tenir à sa disposition les pièces servant à établir les circonstances de l'accident et donner aux mandataires de l'assureur libre accès aux locaux de l'entreprise* »³⁶, sous peine de sanction pénale³⁷.

Les manquements de l'employeur induisent un effet de triangulation puisque, insuffisamment renseigné, l'assureur-accidents pourrait ne pas être en mesure de statuer

³⁰ Cf. également STEIGER-SACKMANN, N 826.

³¹ Loi fédérale sur l'assurance militaire du 19 juin 1992 (LAM); RS 833.1.

³² Art. 5 al. 1 LAM.

³³ Cf. art. 5 al. 2 LAM.

³⁴ Art. 53 al. 2 OLAA: « *L'employeur examine sans retard les causes et les circonstances des accidents professionnels; en cas d'accidents non professionnels, il consigne les renseignements fournis par l'assuré dans la déclaration d'accident. La victime de l'accident reçoit, sauf dans les cas bénins, une fiche d'accident; l'assuré conserve celle-ci jusqu'au terme du traitement médical et la rend ensuite à l'employeur, qui se chargera de la transmettre à l'assureur* ».

³⁵ Art. 53 al. 3 OLAA.

³⁶ Art. 56 OLAA.

³⁷ Art. 112 et 113 al. 1 LAA.

sur les droits du travailleur et refuser de prester. Si l'assureur-accidents dispose de certains moyens de contraintes, tel n'est pas le cas du travailleur, qui osera d'autant moins s'adresser à son employeur si leurs relations sont conflictuelles. Une solution pourrait alors consister à saisir les tribunaux civils, pour réclamer la réparation du dommage subi, correspondant aux prestations d'assurance que le travailleur aurait dû percevoir. A notre sens, il nous paraît toutefois plus expédient de remédier à ce problème dans le cadre de la procédure assécurologique : l'assureur étant contraint de statuer par voie de décision formelle³⁸, l'assuré dispose d'une voie de recours devant le juge des assurances, investi du pouvoir d'instruire les faits d'office³⁹. Ce dernier a ainsi la possibilité de faire amener l'employeur à son audience pour éclaircir les faits et statuer sur le droit de l'assuré aux prestations d'assurance. La procédure de recours en matière de LAA est par ailleurs gratuite au niveau cantonal⁴⁰, alors que, selon les montants en jeu, la procédure civile suppose que le travailleur s'acquitte de frais de justice⁴¹.

Sous l'angle du devoir d'information de l'employeur, il faut encore relever que l'art. 3 al. 3 LAA impose à l'assureur-accidents d'offrir à l'assuré dont la couverture prend fin la possibilité de prolonger cette couverture par convention spéciale, ce qu'il peut faire pendant 180 jours au plus. A notre sens, l'obligation, pour l'employeur, de relayer cette information auprès de son personnel se déduit de l'art. 72 OLAA, qui commande aux employeurs de transmettre à leurs employés les informations sur la pratique de l'assurance-accidents. La loi sur l'assurance-accidents ne prévoit toutefois pas, comme dans l'hypothèse évoquée au paragraphe précédent, de palliatif assécurologique dans l'hypothèse où l'information sur la possibilité d'une prolongation de la couverture d'assurance est refusée⁴². C'est donc par la voie de l'action civile que le travailleur devra réclamer à l'employeur la compensation du dommage subi. Il lui faudra alors démontrer que, correctement informé, il aurait souscrit à une prolongation de couverture. Le dommage équivaut alors aux prestations d'assurance que le travailleur aurait touchées, sous déduction des primes qu'il aurait payées.

³⁸ Art. 49 al. 1 LPGA et, pour la décision sur opposition, art. 52 al. 2 LPGA.

³⁹ Art. 61 let. c LPGA.

⁴⁰ Art. 61 let. a LPGA.

⁴¹ Le Code de procédure civile ne prévoit la gratuité des litiges en matière de droit du travail que jusqu'à une valeur litigieuse de Fr. 30'000.- (art. 113 al. 2 let. d et 114 let. c CPC).

⁴² L'employeur encourt en revanche une condamnation pénale, la violation de l'obligation de renseigner étant une contravention au sens de l'art. 113 al. 1 LAA.

C. L'assurance-chômage

1. Le refus de remettre l'attestation de travail

L'assuré qui s'annonce auprès d'une caisse de chômage est tenu de présenter, dans un délai de trois mois suivant la fin de la période de contrôle à laquelle il se rapporte⁴³, différents documents, parmi lesquels une attestation de travail délivrée par son dernier employeur⁴⁴, qui doit la lui remettre lorsqu'il quitte ses services. Si l'assuré ne se trouve au chômage qu'ultérieurement, l'employeur est tenu de lui remettre cette attestation, sur sa demande, dans le délai d'une semaine⁴⁵.

Dans un contexte conflictuel, l'employeur peut rechigner à établir l'attestation nécessaire, voire même refuser de le faire. Il s'expose alors à des sanctions pénales, le refus de remplir les formules remises par l'assurance-chômage, ou le fait de les remplir contrairement à la vérité, constituant une contravention⁴⁶.

S'il est impossible d'obtenir l'attestation de travail de l'employeur, l'assuré est autorisé à prouver les faits pertinents⁴⁷ par d'autres pièces, ou, exceptionnellement, à attester lui-même, sous sa propre signature, des éléments nécessaires à l'établissement de son droit⁴⁸. La caisse statuera alors sur le droit de l'assuré aux prestations de l'assurance-chômage en fonction de l'intégralité du dossier⁴⁹.

2. Le chômage fautif

a) Le congé donné par le travailleur

De manière générale en droit des assurances sociales, l'assuré ne doit pas provoquer lui-même la réalisation du risque assuré, ni contribuer à sa survenance de quelque manière. L'assuré qui transgresse cette règle générale s'expose à des sanctions, sous

⁴³ Art. 20 al. 3 LACI.

⁴⁴ En réalité, il doit remettre des attestations de travail pour les deux années qui précèdent l'annonce au chômage (cf. art. 29 al. 1 let. c LACI).

⁴⁵ Art. 20 al. 2 LACI.

⁴⁶ Art. 106 al. 4 LACI.

⁴⁷ L'attestation de l'employeur a notamment pour but d'établir la nature et la durée du contrat de travail, le salaire ainsi que les modalités du licenciement.

⁴⁸ Art. 29 al. 4 OACI ; cf. TF 8C_85/2011 du 10 mai 2011, consid. 5.2.

⁴⁹ RUBIN, N 13 *ad* art. 20 LACI.

forme d'une suspension, d'une réduction, voire d'une suppression de son droit aux prestations d'assurance⁵⁰.

La loi sur l'assurance-chômage ne déroge pas à la règle et prévoit la suspension du droit à l'indemnité lorsque l'assuré se retrouve sans travail par sa propre faute⁵¹. Est notamment sans travail par sa propre faute l'assuré qui a résilié lui-même son contrat de travail sans s'être assuré au préalable d'obtenir un autre emploi, à moins que l'on n'ait pu exiger de lui qu'il conservât son emploi⁵².

Si un travailleur résilie son contrat de travail dans le cadre ou à l'issue d'un conflit sur son lieu de travail, la question se posera de savoir si la poursuite des rapports de travail était raisonnablement exigible de lui. Si oui, une sanction devra être prononcée, sous forme d'une suspension de son droit aux indemnités de chômage. Si non, il ne s'expose à aucune sanction.

De manière générale, des relations difficiles avec des collègues de travail ou avec la hiérarchie, ou encore une mauvaise atmosphère sur le lieu de travail, ne suffisent pas pour admettre le caractère inexigible de la poursuite des rapports de travail⁵³. On peut, dans ce cas, attendre de l'employé, avant qu'il ne donne son congé, qu'il prenne contact avec son employeur afin de tenter de trouver une solution amiable au conflit⁵⁴. En revanche, selon les circonstances du cas d'espèce, c'est-à-dire en particulier selon les intensités des problèmes, des injures, voire des voies de fait, de la part de l'employeur, ou encore l'omission par ce dernier des mesures de sécurité nécessaires, peuvent justifier l'inexigibilité de la poursuite des rapports de travail⁵⁵. Il en va de même pour le harcèlement sexuel ou toute autre forme de discrimination⁵⁶.

RUBIN admet qu'en cas de *mobbing*, le travailleur puisse en principe résilier son contrat de travail sans craindre de sanction⁵⁷. En revanche, « *un conflit professionnel, une mauvaise ambiance de travail, une invitation pressante à se conformer aux obligations*

⁵⁰ Cf. art. 21 LPGA ; cf. également GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, N 40 ss, p. 83 ss.

⁵¹ Art. 30 al. 1 let. a LACI.

⁵² Art. 44 al. 1 let. b OACI ; cf. également let. c. La faute est en principe qualifiée de grave (art. 45 al. 3 OACI), sauf exception (ATF 130 V 125).

⁵³ TF 8C_12/2010 du 4 mai 2010 et C 8/04 du 5 avril 2004.

⁵⁴ TF 8C_392/2014 du 18 juillet 2014.

⁵⁵ Cf. par exemple TF 8C_629/2014 du 15 octobre 2014 ; C 302/01 du 4 février 2003 ; cf. également RUBIN, N 37 *ad* art. 30 LACI.

⁵⁶ TF C 155/00 du 20 avril 2001.

⁵⁷ Dans le même sens, le Tribunal fédéral a jugé qu'une travailleuse au chômage qui refuse un emploi en raison du *mobbing* subi par la précédente titulaire du poste n'avait pas commis de faute (TF 8C_829/2009 du 17 décembre 2009).

contractuelles ou aux devoirs de fonction, ou encore une hiérarchie pas toujours à la hauteur de ses tâches, doivent être tolérés par les employés »⁵⁸.

b) Le mauvais comportement du travailleur

Outre l'assuré qui résilie lui-même son contrat, est également passible d'une sanction celui qui, par son comportement, en particulier par la violation de ses obligations contractuelles, a donné à son employeur un motif de résiliation de son contrat de travail⁵⁹. Il est nécessaire que le comportement de l'assuré soit en lien de causalité avec le licenciement⁶⁰, qui ne doit pas avoir été donné pour d'autres motifs. L'intention doit en outre être donnée, au moins au stade du dol éventuel⁶¹.

Dans le cadre d'une situation conflictuelle sur le lieu de travail, il peut arriver que les responsabilités ne soient pas clairement attribuables à une personne en particulier, et que le travailleur licencié ait, par son comportement, contribué à l'amplification d'une situation délétère dont l'origine ne lui est pas nécessairement imputable. RUBIN mentionne notamment parmi les comportements évitables susceptibles d'être sanctionnés les comportements inadéquats sur le lieu de travail, à l'égard des collègues ou de la hiérarchie, ou même le manque d'aptitude à résoudre les conflits à l'amiable⁶².

c) Les conséquences

Comme indiqué ci-dessus⁶³, le chômage imputable au travailleur est sanctionné par une suspension du droit aux indemnités⁶⁴. La suspension est proportionnelle à la faute de l'assuré⁶⁵.

Le chômage dû à la rupture, sans motif valable, de son contrat de travail par l'assuré est une faute grave⁶⁶, de même que le licenciement motivé par le comportement du travailleur⁶⁷. Le travailleur qui, en situation de conflit, se trouve dans l'une ou l'autre des

⁵⁸ RUBIN, N 37 *ad* art. 30 LACI.

⁵⁹ Art. 44 al. 1 let. a OACI.

⁶⁰ Cf. ATF 122 V 34, consid. 3b ; cf. également Bulletin LACI IC D15 (janvier 2014).

⁶¹ RUBIN, N 24 *ad* art. 30 LACI. Intention niée pour le travailleur qui, bien que sachant que ses prestations prêtaient le flanc à la critique, ne s'était pas pour autant vu menacer de licenciement dans l'hypothèse où elles ne s'amélioreraient pas (TF 8C_326/2014 du 14 août 2014, consid. 3.3.3).

⁶² RUBIN, N 26 *ad* art. 30 LACI.

⁶³ Cf. III/C/2/a.

⁶⁴ Art. 30 al. 1 LACI.

⁶⁵ Art. 30 al. 3 LACI. Elle ne dépend en revanche pas du dommage causé à l'assurance-chômage (ATF 113 V 154, consid. 3) ; cf. Bulletin LACI IC D72 (janvier 2014).

⁶⁶ Art. 45 al. 4 let. a LACI.

⁶⁷ Cf. TF C 73/99 du 1^{er} octobre 1999, consid. 2a ; cf. également RUBIN, N 117 *ad* art. 30 LACI.

situations, verra donc son droit aux indemnités journalières suspendu, pour une durée pouvant aller de 31 à 60 jours⁶⁸. Il y a lieu de fixer la sanction en tenant compte de toutes les circonstances du cas d'espèce, notamment d'une éventuelle faute concomitante de l'employeur⁶⁹.

La sanction doit faire l'objet d'une décision formelle⁷⁰, à laquelle l'assuré doit s'opposer dans un délai de 30 jours⁷¹, à défaut de quoi elle entrera en force et la sanction sera exécutoire. Une difficulté peut alors résider dans le fait que les circonstances qui ont conduit au licenciement, respectivement à la résiliation de son contrat par le travailleur, sont alors souvent contestées de part et d'autre, et n'ont pas encore été clarifiées à l'occasion d'un procès civil. Dans le cadre de ses déclarations à l'assurance-chômage, l'employeur peut en outre être tenté de forcer le trait s'agissant des torts qu'il attribue à son employé, notamment pour se prémunir en vue de cette future procédure.

Le fait que la discussion dans le cadre de l'assurance-chômage précède le plus souvent la discussion au plan civil n'est pas sans présenter quelques avantages pour le travailleur :

- s'il a lui-même résilié son contrat de travail, l'emploi qu'il quitte est réputé convenable, et la continuation des rapports de travail est en conséquence présumée exigible. L'assuré peut toutefois renverser cette présomption, les exigences en matière de preuve ne devant alors pas être trop strictes⁷². Conformément aux règles qui prévalent en matière d'assurances sociales⁷³, il suffit que l'assuré établisse, au stade de la vraisemblance prépondérante, des circonstances propres à retenir l'inexigibilité de la poursuite des rapports de travail ;
- si l'employeur fait état, dans la lettre de congé ou dans l'attestation de travail, d'un licenciement motivé en tout ou partie par le comportement du travailleur, le Tribunal fédéral exige, pour que la caisse de chômage soit autorisée à sanctionner l'assuré, que les faits soient clairement établis⁷⁴. Si l'assuré conteste la réalité du comportement qui lui est reproché, celui-ci doit être confirmé par d'autres preuves ou indices

⁶⁸ Art. 45 al. 3 LACI.

⁶⁹ TF C 74/06 du 6 mars 2007. Sur la méthode de fixation de la durée de la suspension, cf. RUBIN, N 96 ss *ad* art. 30 LACI.

⁷⁰ Art. 30 al. 2 LACI en lien avec art. 49 al. 1 LPGa.

⁷¹ Art. 52 LPGa.

⁷² RUBIN, N 37 *ad* art. 30 LACI. L'exigibilité de la poursuite des rapports de travail est examinée à l'aune des critères développés pour juger du caractère convenable d'un travail au sens de l'art. 16 LACI. L'exigibilité de la continuation des rapports de travail au sens de l'art. 44 al. 1 let. b OACI est cependant examinée plus sévèrement (ATF 124 V 234, consid. 4b/bb).

⁷³ Cf. ATF 135 V 39, consid. 6.1 ; 129 V 177, consid. 3.1.

⁷⁴ TF 8C_660/2009 du 18 mars 2010.

convaincants. En d'autres termes, la faute de l'assuré doit être établie de manière certaine⁷⁵.

Dans les deux cas, la décision de la caisse de chômage, qui n'attend en pratique généralement pas l'issue d'un procès civil pour statuer sur la question d'une suspension du droit aux indemnités pour faute, peut constituer un préalable utile pour le travailleur qui envisage de porter devant les tribunaux civils le litige qui l'oppose à son employeur.

IV. L'impact des conflits au travail sur les assurances privées

C'est dans le contexte des assurances collectives d'indemnités journalières en cas d'incapacité de travail ensuite de maladie que les conflits au travail sont le plus susceptibles d'entraver la bonne administration de l'assurance⁷⁶, au détriment, en règle générale, du travailleur-assuré.

Les assurances collectives d'indemnités journalières prennent la forme de polices d'assurance soumises soit à la LCA, soit à la LAMal⁷⁷. Dans les deux cas, elles prévoient le versement d'indemnités journalières destinées à couvrir tout ou partie du salaire, pendant une durée limitée dans le temps⁷⁸, lorsque le travailleur est empêché de travailler par suite de maladie.

Outre les situations dans lesquelles un conflit avec l'employeur fait obstacle à la perception, par le travailleur, des indemnités qui lui reviennent⁷⁹, ce conflit peut aussi faire obstacle, en amont, à son droit aux prestations (A). Il peut aussi, d'une manière plus générale, péjorer la situation assécurologique du travailleur (B).

⁷⁵ Dans le même sens, RUBIN, N 31 *ad* art. 30 LACI.

⁷⁶ On peut aussi imaginer des difficultés dans le cadre des assurances-vie prévoyant des prestations d'invalidité, dans la même mesure que ce qui a été décrit ci-dessus (cf. III/A/1) au sujet de l'assurance-invalidité.

⁷⁷ Cf. art. 67 ss LAMal. En pratique, les produits LCA ont supplanté les produits LAMal, plus contraignants. Sur les distinctions entre les deux, cf. DUPONT, RDS, p. 401 ss. Nous considérons que les indemnités journalières LAMal ne relèvent pas de l'assurance sociale mais de l'assurance privée, du fait principalement de leur caractère facultatif (cf. DUPONT, RDS, p. 401).

⁷⁸ En règle générale, 80 % du salaire pendant 720 jours (cf. art. 72 al. 3 LAMal, la solution ayant été largement reprise par les assureurs LCA).

⁷⁹ Cf. V.

A. L'exigibilité d'un retour à l'emploi

1. Les devoirs du travailleur

Le risque couvert par les assurances collectives d'indemnités journalières est l'incapacité de travail, soit la capacité immédiate d'occuper son poste de travail habituel ou d'exercer son activité habituelle. Cette notion a reçu une définition « officielle » pour les assurances sociales, qui considèrent l'incapacité de travail comme « *toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique. En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité qui peut être exigée de lui peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité* »⁸⁰. Les conditions générales des polices d'assurance soumises à la LCA reprennent le plus souvent textuellement cette définition⁸¹.

Le concept d'incapacité de travail de longue durée⁸² complique souvent l'analyse d'une notion qui, à l'origine, voulait retranscrire une notion immédiate, de pur fait, soit la capacité pour l'assuré d'assumer ses obligations de travail. La notion d'incapacité de travail de longue durée concrétise, pour ce risque-là, l'obligation de réduire le dommage qui incombe à l'assuré. En matière d'assurances privées, cette obligation découle de l'art. 61 al. 2 LCA, lorsque les conditions générales d'assurance ne le prévoient pas expressément⁸³. Dans cette hypothèse, l'incapacité de travail ne subsiste que si l'assuré ne peut pas non plus reprendre d'emploi dans une activité adaptée à son état de santé. En d'autres termes, on exige de l'assuré qu'il réduise son dommage en trouvant une activité professionnelle qui soit adaptée à son état de santé.

La jurisprudence a défini que l'on devait parler d'incapacité de travail de longue durée au bout d'une période d'incapacité de six mois⁸⁴. Si l'assuré présente alors une capacité de travail, même à temps partiel, dans une activité qui n'est pas son activité habituelle, mais qui est adaptée à son état de santé, l'assureur est en droit de mettre un terme au versement des indemnités journalières après avoir imparti à l'assuré un délai de trois à

⁸⁰ Art. 6 LPGa.

⁸¹ Cf. par exemple art. 2.1 CGA-Vaudoise, art. 6 CGA-Zurich ou art. 7 ch. 2 CGA-SWICA.

⁸² Art. 6 2^e phrase LPGa.

⁸³ En droit des assurances sociales, l'obligation de diminuer le dommage a valeur de principe général (cf. DESPLAND, p. 39 ss).

⁸⁴ DESPLAND, p. 56.

cinq mois pour retrouver un emploi⁸⁵. Le Tribunal fédéral a précisé que la question de savoir si l'assuré présentait une capacité de travail dans une activité adaptée ne pouvait être analysée sur la seule base de critères médico-théoriques, comme pour l'analyse de l'invalidité⁸⁶, mais devait faire l'objet d'un examen concret, qui tienne compte de toutes les circonstances du cas d'espèce⁸⁷. La mesure de l'exigibilité d'une reprise d'emploi n'est ainsi pas la même lorsqu'il est question d'incapacité de travail, même de longue durée, que lorsqu'il est question d'invalidité⁸⁸.

Se pose la question, dans ce contexte, de l'exigibilité d'un retour à l'emploi d'un travailleur qui ne peut plus reprendre son ancien poste en raison d'une situation conflictuelle, mais qui, par ailleurs, est capable de travailler dans sa profession habituelle. En principe, la capacité de reprendre son activité habituelle permet à l'assureur de mettre un terme aux prestations dès le moment où elle est retrouvée. On peut en revanche se demander si l'assuré doit, dans la constellation d'un conflit sur son lieu de travail habituel, qui lui ferme la porte d'un possible retour, pouvoir bénéficier du délai de trois à cinq mois prescrit par la jurisprudence pour l'assuré qui ne peut plus reprendre son poste faute de capacité de travail dans son activité habituelle, mais dont on peut en revanche exiger qu'il reprenne un emploi dans une activité adaptée.

La situation dans laquelle le travailleur ne peut plus reprendre son ancien poste en raison de conflits sur le lieu de travail n'est pas foncièrement différente de celle du travailleur qui doit réorienter sa carrière. Dans les deux cas, la porte de l'ancien employeur est en principe fermée. Dans les deux cas, le travailleur présente une fragilité du fait de l'atteinte à la santé dont il a été victime. Compte tenu du contexte conflictuel dans lequel le licenciement est intervenu, il est vraisemblable que le certificat de travail délivré par l'employeur ne soit pas de nature à aider le travailleur à retrouver rapidement un poste de travail. Ainsi, même s'il lui est en théorie plus facile de retrouver un emploi, puisque dans son domaine d'activité, il se justifie pourtant de le traiter comme l'assuré qui, en incapacité de travail de longue durée, doit changer de domaine d'activité.

2. Les devoirs de l'employeur

On peut également s'interroger, dans ce cadre, à propos d'éventuelles obligations qui incomberaient à l'employeur. En effet, il est le partenaire contractuel de l'assuré perte de gain. A ce titre, il lui revient la même obligation de prévenir la survenance de la

⁸⁵ TF K 14/99 du 7 février 2000 et K 42/05 du 11 juillet 2005, consid. 1.1. Sur l'origine de cette jurisprudence, cf. DUPONT, REAS, p. 36.

⁸⁶ Cf. art. 7 et 8 LPGa.

⁸⁷ Cf. DUPONT, REAS, p. 39.

⁸⁸ Cf. DUPONT, RDS, p. 372 ss et 403 ss.

réalisation du risque et d'en diminuer les conséquences s'il n'a pu l'éviter⁸⁹. On peut donc se demander si, dans l'hypothèse d'une situation conflictuelle imputable à un autre employé de l'entreprise, l'assureur peut exiger de l'employeur qu'il prenne des mesures, comme de licencier cet autre employé, afin que le travailleur en incapacité puisse retrouver son poste.

A notre sens, une telle mesure nécessiterait d'être explicitée dans les conditions générales d'assurance. Un refus de l'employeur ne doit en outre pas permettre de sanctionner le travailleur en incapacité en supprimant son droit aux indemnités journalières. La question d'une sanction contre l'employeur récalcitrant, qui irait au-delà de la hausse de prime découlant d'une sinistralité défavorable, reste à notre sens purement théorique, dès lors que d'un point de vue commercial, elle n'est vraisemblablement pas imaginable. Pourtant, du moment que l'assureur privé exerce rarement d'action récursoire contre l'employeur responsable de la réalisation du sinistre⁹⁰, on peut se demander s'il est légitime que les mauvais comportements de certains employeurs, au bénéfice pour ainsi dire d'un « permis de *mobber* », pèsent économiquement sur la collectivité des payeurs de primes.

B. Péjoration de la situation du travailleur du fait d'un défaut d'information

Que l'employeur ait conclu, en faveur de ses travailleurs, une police d'assurance perte de gain LAMal ou LCA, un droit de passage dans l'assurance individuelle est en principe garanti à tout travailleur qui quitte le cercle des assurés, soit en cas de dissolution des rapports de travail. Pour les polices d'assurance soumises à la LAMal, cette obligation découle de l'art. 71 al. 1 LAMal. Les conditions générales d'assurance des produits soumis à la LCA prévoient en règle générale une règle similaire⁹¹.

Le principal intérêt de ce droit, pour le travailleur, est de pouvoir bénéficier après la fin des rapports de travail d'une police d'assurance à des conditions équivalentes à celles qu'il avait lorsqu'il était employé, sans réserve de santé⁹². En revanche, le passage dans l'assurance individuelle n'a en principe pas pour effet de prolonger le droit aux prestations au-delà de la durée maximale prévue pour chaque cas d'assurance, les prestations versées au titre de l'assurance collective étant imputées sur les droits

⁸⁹ Art. 61 LCA.

⁹⁰ Cf. VI.

⁹¹ Cf. par exemple art. 14.4 CGA-Vaudoise et art. 12 CGA-SWICA.

⁹² Une réserve est une limitation de la couverture d'assurance par l'exclusion ou la limitation de la couverture de certaines atteintes à la santé.

découlant du contrat individuel. Il arrive que les conditions générales d'assurance prévoient que le versement des prestations prévues par le contrat collectif après la fin des rapports de travail est subordonné à un passage dans l'assurance individuelle⁹³.

Le passage dans l'assurance individuelle requiert en principe une annonce expresse de la part du travailleur, qui doit intervenir dans un certain délai. Dans le cadre d'une police LAMal, ce délai est de trois mois⁹⁴. Dans les contrats soumis à la LCA, les assureurs choisissent librement le délai durant lequel l'assuré peut faire valoir son droit ; il est fréquent que les assureurs privés reprennent le délai de trois mois, ou de 90 jours.

Lorsque l'assuré sort de l'assurance collective, soit au moment de la fin des rapports de travail, il est essentiel qu'il soit renseigné sur son droit au libre passage, à défaut de quoi il n'est pas en mesure de l'exercer, à tout le moins pas à temps, ce qui peut entraîner une lacune de couverture.

Dans le cadre d'une police d'assurance LAMal, le risque est toutefois limité car l'art. 71 al. 2 LAMal commande expressément à l'assureur de faire en sorte que l'assuré soit renseigné sur son droit de passage dans l'assurance individuelle. S'il omet de le faire, le travailleur reste assuré dans l'assurance collective. En pratique, l'assureur attend souvent de l'employeur qu'il transmette cette information ; ce dernier agit alors en qualité d'auxiliaire de l'assureur, qui est le destinataire premier de l'obligation imposée par l'art. 71 al. 2 LAMal. L'assuré ne subissant en principe pas de dommage du fait du maintien *ex lege* de la couverture d'assurance, la carence de l'employeur entraînera ici plus vraisemblablement une obligation de réparer envers l'assureur.

Les polices d'assurances soumises à la LCA délèguent en principe expressément au preneur d'assurance de la police collective, soit l'employeur, la tâche d'informer l'assuré de son droit. A notre sens, lorsque les conditions générales d'assurance prévoient un droit de passage dans l'assurance individuelle, le transfert à l'employeur de l'obligation d'informer le travailleur crée un rapport d'auxiliariat entre l'employeur et l'assureur⁹⁵. Ce dernier doit donc se laisser imputer les carences du premier, de sorte que le travailleur qui n'a pas été informé, ou qui a été incorrectement informé, et qui n'a pas fait à temps la déclaration nécessaire, doit néanmoins être mis au bénéfice d'une police d'assurance individuelle s'il parvient à établir que correctement informé, il aurait opté pour une telle solution⁹⁶. Les règles contenues dans certaines conditions générales, mettant à charge de

⁹³ Cf. par exemple art. 12.4 CGA-Vaudoise.

⁹⁴ Art. 71 al. 2 3^e phrase LAMal.

⁹⁵ Au sens de l'art. 101 CO ; cf. également FUHRER, N 6.92 et 6.94.

⁹⁶ Il n'est en outre a priori pas exclu que l'assureur soit amené à réparer un dommage supplémentaire, s'il est établi par le travailleur (apparemment dans le même sens, FUHRER, N 6.94).

l'employeur le dommage résultant d'un défaut d'information en temps utile⁹⁷, ne peuvent être comprises que comme le fondement d'une action récursoire de l'assureur contre l'employeur.

V. Un problème commun : le paiement des prestations

Tant dans les assurances sociales que les assurances privées, il se peut que, bien que le travailleur-assuré soit l'ayant droit des prestations d'assurance, ces prestations soient, dans les faits, versées à l'employeur (A). Quel que soit le fondement juridique de ce transit par l'employeur, un conflit entre celui-ci et l'assuré peut retarder le paiement des prestations, et mettre ce dernier en difficulté (B).

A. Etats de fait

1. Le paiement en mains d'un tiers

En matière d'assurances sociales, on identifie une première constellation en relation avec le versement des indemnités journalières et des prestations analogues. L'art. 19 al. 2 LPGa prévoit que ces prestations doivent être versées à l'employeur dans la mesure où ce dernier continue de verser un salaire à son employé malgré son droit aux indemnités journalières (*Drittauszahlung*). Ce droit existe à concurrence du montant du salaire versé⁹⁸. Le motif pour lequel l'employeur continue de verser un salaire n'est pas déterminant⁹⁹. Si le salaire versé par l'employeur n'atteint pas le montant de l'indemnité journalière, le travailleur conserve une prétention directe contre l'assureur pour le solde.

Dans les lois spéciales, l'art. 49 LAA¹⁰⁰ prévoit que le versement des indemnités journalières dues en vertu de la loi sur *l'assurance-accidents* peut être confié à l'employeur. Cette disposition doit se comprendre en lien avec l'art. 19 al. 2 LPGa, et le droit de l'employeur est en réalité limité au montant du salaire versé.

L'art. 19 al. 2 LAPG¹⁰¹ prévoit que dans l'hypothèse où l'assuré est un travailleur salarié, les allocations pour perte de gain en cas de service ou de maternité sont versées à

⁹⁷ Cf. par exemple art. 14.4 CGA-Vaudoise, art. 18.1 CGA-Zurich et 12 ch. 2 CGA-SWICA.

⁹⁸ KIESER, N 29 *ad* art. 19 LPGa ; LONGCHAMP, N 9 *ad* art. 329b CO.

⁹⁹ KIESER, N 25 *ad* art. 19 LPGa.

¹⁰⁰ RS 832.20.

¹⁰¹ Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952, RS 834.1.

l'employeur, sans relier cette modalité de paiement à la poursuite du paiement du salaire. A notre sens, cette condition découle néanmoins de l'art. 17 al. 1 let. b LAPG, qui autorise l'employeur à faire la demande pour les allocations auprès de la caisse de compensation compétente s'il paie un salaire à l'ayant droit pour la période du droit aux prestations.

En dérogation à l'art. 19 al. 2 LPGa, l'indemnité journalière due en vertu de la loi sur l'assurance-militaire peut être intégralement versée à l'employeur de l'ayant droit (art. 29 al. 2 LAM¹⁰²), c'est-à-dire indépendamment du versement d'un salaire.

En matière d'assurance privée, singulièrement d'assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie, il est commun que l'assureur verse les prestations d'assurance à l'employeur qui continue de payer un salaire, sans que les conditions générales ne le prévoient, voire même lorsqu'elles stipulent expressément un paiement en mains de l'assuré¹⁰³. En revanche, lorsque le contrat de travail est résilié, l'assureur perte de gain verse les prestations en mains de l'assuré directement.

2. L'employeur comme organe de paiement

Une autre constellation est celle dans laquelle l'employeur est désigné par la loi comme organe compétent pour le paiement de l'indemnité (*Zahlungsstelle*). Il en va notamment ainsi dans le régime des allocations familiales, qui sont en règle générale versées par l'employeur¹⁰⁴, de même que, pour les cantons qui en prévoient une, l'allocation de naissance. On peut également mentionner, dans l'assurance-chômage, les indemnités pour réduction de l'horaire de travail¹⁰⁵ et les indemnités en cas d'intempéries¹⁰⁶.

B. Difficultés et remèdes

Lorsque l'assureur, social ou privé, « *rembourse* » à l'employeur des montants qui ont d'ores et déjà été versés au travailleur, les difficultés sont peu nombreuses, sous réserve de litiges sur les montants éventuellement encore dus au travailleur au motif que l'employeur ne lui aurait pas versé la totalité de ce qu'il devait. Cette question relève des rapports de travail et doit, cas échéant, être réglée par la justice civile.

¹⁰² RS 833.1.

¹⁰³ L'employeur étant le preneur d'assurance. Cf. par exemple art. 14 ch. 1 CGA-SWICA.

¹⁰⁴ Art. 15 al. 2 LAFam (RS 836.2).

¹⁰⁵ Cf. art. 31 ss LACI.

¹⁰⁶ Cf. art. 42 ss LACI.

La situation est en revanche plus difficile si l'employeur perçoit des prestations de l'assureur malgré le fait qu'il n'a pas versé de salaire, à tout le moins pas encore. Il est en effet fréquent en pratique de voir l'employeur attendre d'encaisser les prestations d'assurance pour les reverser à son employé. A notre avis, une telle attitude n'est pas compatible avec l'art. 19 al. 2 LPGa qui postule le paiement (effectif) d'un salaire pour que les droits du travailleur passent à l'employeur à concurrence des montants versés.

Dans les lois spéciales, l'art. 19 al. 2 LAPG prévoit que *des « motifs particuliers »* peuvent commander le paiement des allocations à l'assuré directement. A notre sens, des retards dans le paiement du salaire, voire l'absence totale de paiement, ou encore des paiements partiels, sont des motifs particuliers au sens de cette disposition, qui permettent d'exiger de la caisse de compensation qu'elle verse les allocations au travailleur directement. Il doit en aller de même en matière d'assurance-accidents et militaire, les art. 49 LAA et 29 al. 2 LAM étant des dispositions potestatives (*Kannvorschrift*)¹⁰⁷.

Lorsque l'employeur est érigé en organe d'exécution de l'assurance sociale, la question du moment de l'exigibilité des prestations sociales se pose, ainsi que celle de savoir si l'employeur peut attendre d'avoir lui-même touché les prestations de l'assureur avant de les reverser à son employé. Dans le cadre de l'assurance-chômage, en cas de réduction de l'horaire de travail ou en cas d'intempéries, la loi règle la question de manière claire, puisque l'art. 37 let. a LACI postule l'obligation, pour l'employeur, d'avancer l'indemnité, dont il obtiendra ensuite le remboursement par le biais de la caisse de chômage compétente.

En matière d'allocations familiales, les choses sont moins claires. L'art. 13 al. 1 (3^e phrase) LAFam¹⁰⁸ prévoit que le droit aux allocations familiales naît et expire avec le droit au salaire¹⁰⁹, qui est dû, selon l'art. 323 al. 1 CO, pour la fin du mois. Le lien organique que la loi postule entre le droit au salaire et le droit aux allocations familiales exclut selon nous que l'employeur diffère le paiement des allocations¹¹⁰ jusqu'au moment où il les aura lui-même obtenues de la caisse de compensation compétente. Si l'employeur devait néanmoins prendre du retard dans le paiement des allocations, il est à notre sens loisible au travailleur de s'adresser à la caisse de compensation pour obtenir le paiement direct des prestations d'assurance, l'art. 15 al. 2 LAFam postulant le paiement

¹⁰⁷ Le paiement direct à l'employeur ne libère ce dernier que dans la mesure où il a payé un salaire, comme le postule l'art. 19 al. 2 LPGa.

¹⁰⁸ Loi fédérale sur les allocations familiales du 24 mars 2006, RS 832.20.

¹⁰⁹ Cf. également art. 19 al. 2 LPGa.

¹¹⁰ Y compris de l'allocation de naissance.

à l'employeur « *en règle générale* ». Cette règle ne doit pas empêcher le travailleur de faire valoir des motifs particuliers¹¹¹ pour obtenir le paiement direct des prestations.

En matière d'assurances privées, comme nous l'avons signalé plus haut¹¹², les conditions générales précisent rarement l'identité du destinataire des prestations. En particulier, elles ne contiennent généralement pas de clause équivalant à l'art. 19 al. 2 LPGa. En revanche, l'art. 87 LCA prévoit expressément que dans l'assurance collective, le bénéficiaire jouit d'un droit propre contre l'assureur dès la survenance du sinistre. L'assuré peut ainsi, en cas de retard de l'employeur, actionner l'assureur, qui ne peut pas faire valoir s'être valablement libéré en payant en mains de l'employeur¹¹³.

Pour ce qui concerne les assurances sociales, notons encore que le travailleur ne doit pas craindre pour sa couverture lorsque son employeur ne l'a pas annoncé aux différents assureurs, en particulier à l'assureur LAA. Dès lors que la couverture d'assurance est donnée *ex lege*, du moment que les conditions personnelles sont remplies¹¹⁴, la loi prévoit des mécanismes pour que l'assuré touche les prestations auxquelles il a droit, indépendamment de l'incurie de son employeur. Ainsi, en cas d'accident, les prestations seront servies respectivement par la Caisse nationale d'assurance en cas d'accident (CNA/SUVA) si le travailleur est actif dans l'une des branches qu'elle a pour compétence d'assurer¹¹⁵, ou par la caisse supplétive¹¹⁶. Ces organismes disposent ensuite de moyens de sanctions à l'encontre de l'employeur¹¹⁷.

Dans l'assurance collective d'indemnités journalières, l'employeur qui n'a pas conclu d'assurance perte de gain alors même qu'il s'y était engagé, ou celui qui ne paie pas les primes à temps de sorte que la couverture d'assurance est suspendue, voire le contrat résilié, doit réparer l'intégralité du dommage subi de ce fait par le travailleur. Son obligation n'est pas limitée au droit au salaire tel qu'il est garanti par l'art. 324a CO¹¹⁸.

¹¹¹ Les difficultés financières de l'employeur pourraient être un autre motif.

¹¹² Cf. V/A/I.

¹¹³ PAPA, p. 79 s. et les références citées en N 47.

¹¹⁴ Soit dès que la personne est un travailleur salarié occupé en Suisse au sens des art. 1a LAA et 1 OAA.

¹¹⁵ Cf. art. 66 LAA.

¹¹⁶ Cf. art. 72 et 73 al. 1 LAA.

¹¹⁷ Outre des sanctions pénales (art. 112 al. 1 LAA), l'employeur s'expose à devoir payer des primes spéciales (art. 95 LAA).

¹¹⁸ ATF 127 III 318 ; cf. également FUHRER, N 24.13.

VI. L'action récursoire des assureurs

Le travailleur qui est tombé malade ensuite d'une situation conflictuelle sur son lieu de travail, notamment en cas de *mobbing*, peut en principe bénéficier de prestations des assurances, qu'elles soient sociales ou privées. En premier lieu, l'assureur perte de gain peut être amené à intervenir, et à verser des indemnités journalières. Ensuite, l'assurance-invalidité et/ou l'assurance-chômage peuvent être amenées à prendre le relais.

Lorsqu'il est avéré que la réalisation du risque est imputable à l'employeur, par exemple parce que l'atteinte à la santé est la conséquence d'un processus de *mobbing*, on peut se demander s'il est juste qu'il échappe à tout ou partie des conséquences financières de ses actes parce qu'un assureur, social ou privé, intervient.

En matière d'assurances sociales, l'art. 72 LPGa prévoit expressément la subrogation de l'assureur aux droits de l'assuré contre tout tiers responsable, à concurrence des prestations légales¹¹⁹. Les droits passent à l'assureur dans la mesure où ils concordent avec les prétentions civiles de l'assuré¹²⁰. Compte tenu de la difficulté de faire établir, dans une situation de *mobbing*, la responsabilité de l'employeur, l'action subrogatoire de l'assureur social restera souvent théorique, et attendra généralement que l'assuré ait démontré la responsabilité de l'employeur.

En matière d'assurance collective d'indemnités journalières, les conditions générales d'assurance prévoient parfois une clause de cession permettant à l'assureur de se retourner contre le responsable civil à concurrence des prestations versées. Il se peut qu'une cession soit stipulée après la réalisation du risque. En pratique, la difficulté réside, dans une situation comme celle-ci, dans le fait que l'employeur responsable est client de l'assureur, non seulement pour la perte de gain, mais bien souvent pour d'autres polices, de sorte que des considérations commerciales feront éviter à l'employeur l'action récursoire qui aurait permis de répercuter sur le véritable responsable les conséquences économiques de ses actes.

On le voit donc, *le coût des conséquences des conflits sur le lieu de travail reposera bien souvent sur la collectivité des assurés*, dont les cotisations, respectivement les primes, financent les prestations servies, sans que le véritable responsable puisse être recherché. Même si une action récursoire est exercée, encore faut-il que l'employeur soit solvable, dès lors que les conflits professionnels, en particulier les situations de *mobbing*, ne sont pas couverts par son assurance responsabilité civile.

¹¹⁹ Art. 72 al. 1 LPGa.

¹²⁰ Cf. art. 74 LPGa.

VII. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

DESPLAND B., L'obligation de diminuer le dommage en cas d'atteinte à la santé. Son application aux prestations en espèces dans l'assurance-maladie et l'assurance-invalidité. Analyse sous l'angle du droit d'être entendu, thèse Neuchâtel, Genève/Zurich/Bâle 2012.

DUNAND J.-PH., *in* : Dunand/Mahon (édits), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.

DUPONT A.-S., Le droit de la sécurité sociale au contact du droit des assurances privées, *in* : RDS 2014 II, p. 347 ss (cité : DUPONT, RDS).

DUPONT A.-S., Incapacité de travail et incapacité de gain : la fin du mélange des genres ?, *in* : REAS 2/2013, p. 34 ss (cité : DUPONT, REAS).

FUHRER S., Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zurich/Bâle/Genève 2011.

GREBER P.-Y./KAHIL-WOLFF B./FRÉSARD-FELLAY G./MOLO R., Droit suisse de la sécurité sociale, vol. I, Berne 2010.

HELBING P., Bundespersonalgesetz (BPG), Berne 2013.

KIESER U., ATSG Kommentar, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2009.

LONGCHAMP G., *in* : Dunand/Mahon (édits), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.

MAURER A., Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Berne 1985.

MURER E., Invalidenversicherung : Prävention, Früherfassung und Integration; Kommentar zu den Artikeln 1a, 3a-3c, 6a, 7a-7d, 14a des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG) vom 19. Juni 1959, Berne 2009.

PAPA R., Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Krankheit und Unfall des Arbeitnehmers und die Koordination von Lohnfortzahlungsleistungen mit Taggeldleistungen, *in* : ArbR 2009, p. 69 ss.

RUBIN B., Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014.

STEIGER-SACKMANN S., Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz. Rechtliche Möglichkeiten zur Verbesserung der Prävention, Thèse Zurich 2012, Zurich 2013.

Deuxième partie - Domaines spécifiques

C. Droit français

HÉLÈNE ECOUTIN

Le traitement des conflits relationnels au travail en droit français

Sommaire	Page
I. Introduction	205
II. Mesures préventives et curatives concernant les conflits relationnels au travail	209
A. Mesures préventives	209
1. L'employeur	209
2. Les institutions représentatives du personnel	211
B. Mesures curatives	213
1. Les institutions représentatives du personnel	213
2. L'inspection du travail	214
3. La médecine du travail	215
III. Mesures affectant personnellement les travailleurs concernés par un conflit relationnel au travail	216
A. L'éloignement des salariés intéressés	216
1. La mutation des salariés intéressés	216
2. Le licenciement des salariés intéressés	219
B. L'exercice de ses droits par le salarié victime du conflit	222
1. La rupture des relations de travail à l'initiative du salarié victime du conflit	222
2. L'indemnisation du salarié victime de harcèlement moral	224
IV. Pour aller plus loin... quelques précisions en droit public	226
V. Bibliographie	227

I. Introduction

Comme aliénateur de sa propre liberté, comme acceptant d'une subordination à laquelle il se soumet, subordination qui est l'élément caractéristique premier du contrat de travail¹, le salarié se fait le complice et la victime d'une « *violence économique* »²

¹ Cour de cassation, chambre sociale, 13 novembre 1996, pourvoi N 94-13187.

inhérente à ce partenariat contractuel, et cela de façon plus appuyée encore dans le contexte médiatico-économique actuel.

Cette violence économique minimale devient dès lors, elle aussi, constitutive du rapport de travail car un produit du lien de subordination.

Elle se traduit non seulement dans les rapports hiérarchiques mais également entre collatéraux et prend une nouvelle dimension avec la tertiarisation des pays autrefois industrialisés³.

Les tâches inhérentes au contrat de travail s'éloignent en effet, et de plus en plus, de la vision décrite par CHARLIE CHAPLIN⁴ dans laquelle règne le taylorisme pour privilégier les tâches cognitives et relationnelles.

Or, ainsi que le décrit DOCKÈS, ce nouveau monde du travail souffre d'une confrontation, d'un conflit, entre d'une part, les aspirations de ces salariés du tertiaire à une plus grande autonomie dans l'exécution de leurs tâches, indispensable à l'innovation nécessaire aux pays industrialisés pour développer la compétitivité « hors-prix » et d'autre part, l'accroissement de la pression hiérarchique par défiance à ces tâches, lesquelles sont de plus en plus difficilement contrôlables, voire deviennent insaisissables. Il est ainsi plus ardu de contrôler la qualité d'une expertise que celle d'une découpe de pièce effectuée « à la chaîne » ; il est ainsi impossible de commander les comportements comme forcer le sourire et l'amabilité d'un chargé d'accueil. Ainsi qu'en conclut cet auteur, « *il apparaît ainsi clairement que les activités intellectuelles ou relationnelles se marient plus difficilement avec l'autorité hiérarchique que l'exécution matérielle de tâches simples (...) Tout se passe comme si l'accroissement des possibilités d'opportunisme⁵, provoqué par l'évolution des tâches, avait conduit les employeurs à renforcer l'intensité de leurs contrôles hiérarchiques et à user davantage de la menace de sanction qu'auparavant. Déstabilisé par l'évolution de la nature du travail, la hiérarchie aurait globalement réagi par un durcissement de son attitude* ».

De telles interférences conduisent inévitablement à l'émergence de conflits au sein de l'entreprise, microcosme où la diversité règne, là où la sociabilisation est nécessaire mais imposée, sous l'épée de Damoclès du chômage de masse.

Cette réalité est si présente que le législateur français s'est érigé en combattant de cette violence économique aux fins de protéger la dignité du salarié, raison originelle de la loi

² EDELMAN, p. 2315.

³ DOCKÈS, p. 620.

⁴ Les Temps modernes, CHARLIE CHAPLIN, 1936.

⁵ L'opportunisme est entendu par cet auteur comme une tendance du salarié à rechercher une rémunération maximale tout en minimisant son apport par le travail.

de modernisation sociale du 17 janvier 2002, qui a consacré le harcèlement moral au sein du droit positif français.

C'est ainsi que depuis l'entrée en vigueur de ce texte, « *aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* »⁶. Le législateur n'a pas été d'une grande aide dans la définition du concept de harcèlement moral et la Cour de cassation, juridiction nationale suprême, quant à elle, a retourné la question aux juridictions des premier et second degrés se fondant sur leur appréciation souveraine des faits⁷ bien que certains arrêts récents de la Cour de cassation tendent à un certain contrôle de qualification opérée par les juges du fond⁸ ; c'est dès lors à ces juridictions qu'est revenue la tâche ardue de définir ce que le législateur entendait par « *harcèlement moral* » en 2002.

Il en ressort aujourd'hui que le harcèlement moral est en droit français un concept objectif, caractérisé par des actes objectifs et non des sentiments « *d'avoir été* », ces actes devant avoir été nécessairement répétés, sans que pour autant ils aient été de même nature (comportements, attitudes, paroles...) et devant avoir entraîné une dégradation dans ce qu'attend le travailleur dans son entreprise ou son service, c'est-à-dire « *le respect de sa personne, la considération du travail qu'il accomplit, des conditions matérielles de travail adaptées à sa fonction et conformes à son statut* »⁹.

Longtemps les juges du fond ont tenté de s'éloigner de la lettre de la loi (« *qui ont pour objet ou pour effet* ») en faisant de l'élément intentionnel un élément central dans la caractérisation du harcèlement moral¹⁰ ; la Cour de cassation semble aujourd'hui exiger une application plus stricte du texte en se passant de la caractérisation de l'élément intentionnel dans la qualification du harcèlement moral¹¹. Autre dichotomie, alors qu'au sein du texte, la dignité semble « *noyée* » dans d'autres éléments, il apparaît, à la lecture des arrêts rendus en la matière, que la dignité du salarié constitue le socle sur lequel les juges ont bâti le harcèlement moral ; l'atteinte à la dignité est, en effet, dans la grande

⁶ Article L. 1152-1 du Code du travail, article fondamental relatif au régime juridique du harcèlement moral en droit du travail français.

⁷ Rapport de la Cour de cassation 2004, La Documentation française, 2005.

⁸ Cour de cassation, chambre sociale, 24 septembre 2008, pourvois N 06-45747, 06-45794, 06-45579 et 06-43504.

⁹ Conseil économique et social, avis des 10 et 11 avril 2001, Les éditions des journaux officiels, 2001, p. 60.

¹⁰ DUVERT, JCP E 2007, 1690 commentaire sous CA Douai, 6^e chambre correctionnelle, 24 janvier 2006, p. 48.

¹¹ Cour de cassation, chambre sociale, 10 novembre 2009, pourvoi N 08-41497.

majorité des arrêts invoquée par le travailleur, cette atteinte entraînant une altération de sa santé, dont il est souvent fait appel par les défenseurs, sans doute pour sa facilité probatoire (la plupart des dossiers judiciaires ayant trait au harcèlement moral contenant au moins un certificat médical attestant de l'état anxio-dépressif du travailleur causé par le travail, avec médication en conséquence).

Une nuance doit être néanmoins apportée ici, à mesure que la jurisprudence a, à plusieurs occasions, admis que la simple potentialité d'un risque tel que mentionné au sein de cet article de loi (« *porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* ») pouvait suffire à caractériser un harcèlement moral eu égard aux agissements répétés du harceleur¹². C'est ce qu'a jugé la chambre criminelle de la Cour de cassation en précisant que « *la simple possibilité de cette dégradation suffit à consommer le délit de harcèlement moral* »¹³, la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 ayant en outre introduit le délit de harcèlement moral dans le Code pénal (article 222-33-2), lequel est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30'000 € d'amende.

Au-delà du seul harcèlement moral, l'étude menée par l'OPP Ltd et le Chartered Institute of Personnel and Development (CIDP)¹⁴ a établi que 85 % des salariés étaient, à un degré ou à un autre, confrontés à des conflits au travail dont 29 % fréquemment, voire constamment. 34 % des personnes interrogées ont identifié le premier niveau hiérarchique, soit le plus bas, comme le terrain le plus favorable à l'émergence de conflits. Les premières causes semblent être des chocs de personnalité et des conflits d'égo (49 %), le stress (34 %) puis la surcharge de travail (33 %).

Or, ces conflits entraînent des conséquences importantes pour l'entreprise, qui peuvent se traduire économiquement. C'est ainsi que, selon l'étude susmentionnée, les salariés passent, en moyenne, 2,1 heures par semaine à gérer de tels conflits ; 25 % des personnes interrogées relatent avoir constaté que de tels conflits avaient occasionné des maladies et/ou des arrêts de travail. Près d'un salarié sur dix a indiqué que le conflit avait conduit à l'échec d'un projet. S'agissant plus spécifiquement des salariés travaillant en France, ils ont relaté moins d'attaques personnelles (18 % contre une moyenne de 28 %), moins de démissions (10 % contre une moyenne de 18 %) ou de licenciements (9 % contre 17 %) que dans d'autres pays. En revanche, ils auraient une tendance plus élevée dans un tel contexte à ne pas se présenter à des réunions (16 % contre une moyenne de 9 %).

¹² CA Bordeaux, 21 juin 2007, N 05/04116 ; CA Chambéry, 1^{er} février 2007, N 05/02575.

¹³ Cour de cassation, chambre criminelle, 6 décembre 2011, pourvoi N 10-82266.

¹⁴ A travers cette étude, 5'000 salariés travaillant à temps complet en divers pays (Belgique, Brésil, Danemark, France, Allemagne, Irlande, Pays-Bas, Royaume-Uni et Etats-Unis) ont été interrogés.

Les conflits au travail sont dès lors une réalité dont il convient de protéger le travailleur par l'intervention d'acteurs internes et externes à l'entreprise (*infra* II), ce qui bénéficiera par ricochet à ladite entreprise. A défaut de réussite dans la prévention et la résolution extrajudiciaire des conflits individuels au travail, ces derniers auront alors des conséquences importantes pour les salariés concernés conduisant parfois à l'inéluctable fin de la relation de travail (*infra* III).

II. Mesures préventives et curatives concernant les conflits relationnels au travail

A. Mesures préventives

Au sein de l'entreprise, deux entités ont les moyens – devrait-on dire l'obligation – de prévenir tout conflit de travail, c'est-à-dire de prendre des dispositions ou des mesures en vue d'éviter ou de diminuer de tels risques professionnels¹⁵ : l'employeur et les institutions représentatives du personnel. Au-delà de ce duo, il convient de garder présent à l'esprit qu'un travail de prévention coordonné entre les différents acteurs sera sans nul doute encore plus efficace.

1. L'employeur

D'une façon générale, l'employeur est tenu à une obligation de sécurité de résultat¹⁶ en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, l'absence de faute de sa part ne pouvant l'exonérer de sa responsabilité¹⁷ ; c'est ainsi que la Cour de cassation a eu l'occasion de condamner l'employeur d'un salarié victime sur son lieu de travail de violences physiques ou morales exercées par l'un ou l'autre de ses salariés, quand bien même il aurait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements¹⁸. Au-delà de considération altruiste ou d'éthique, l'employeur a dès lors tout intérêt à prévenir la survenance de tout risque pour la santé de ses travailleurs, et donc la survenance de conflits individuels, ces derniers ayant bien souvent des répercussions sur la santé des travailleurs concernés.

¹⁵ Directive communautaire n° 89/391/CEE du 12 juin 1989.

¹⁶ Cour de cassation, chambre sociale, 11 avril 2002, pourvoi N 00-16535.

¹⁷ Cour de cassation, chambre sociale, 21 juin 2006, pourvoi N 05-43914.

¹⁸ Cour de cassation, chambre sociale, 3 février 2010, pourvoi N 08-40144.

S'agissant du harcèlement moral plus spécifiquement, le législateur a précisé que « *l'employeur prend [entendu doit prendre] toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral* » (article L. 1152-4 du Code du travail).

Le législateur est demeuré silencieux sur la question de savoir ce qu'il fallait entendre par « dispositions nécessaires » pour cette problématique spécifique, privilégiant sans doute l'imagination et la créativité des intéressés. Les employeurs peuvent néanmoins s'inspirer de la liste exemplative mentionnée à l'article L. 4121-1 du Code du travail inscrit dans la partie relative à la santé et la sécurité au travail, article où il est fait mention d'actions de prévention des risques professionnels et de la pénibilité au travail, d'actions d'information et de formation et de la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés. L'employeur met de surcroît en œuvre les mesures précitées sur le fondement des principes généraux de prévention tels que listés par le législateur, lesquels sont notamment : éviter les risques, évaluer les risques qui ne peuvent pas être évités, combattre les risques à la source ; planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants (article L. 4121-2 du Code du travail).

La formation apparaît ainsi comme un outil à privilégier, outil qui est d'ailleurs promu par l'accord-cadre européen sur le harcèlement et la violence au travail du 26 avril 2007. Dans le cadre de l'étude menée par l'OPP Ltd et le Chartered Institute of Personnel and Development (CIDP), il est néanmoins apparu que seulement 44 % des personnes interrogées avaient reçu une formation sur la manière de gérer les conflits au travail, la France accusant un pourcentage de 27 %. Ce faible pourcentage apparaît regrettable, à mesure que plus de 95 % des personnes interrogées dans le cadre de cette étude et qui ont suivi une telle formation déclarent qu'une telle mesure les a aidées d'une façon ou d'une autre ; 27 % déclarent que cette formation leur a permis de se sentir plus à l'aise et d'avoir plus confiance en eux lors de la gestion des conflits, 58 % déclarent qu'ils recherchent désormais des solutions gagnant-gagnant aux conflits et 85 % des personnes formées ont modifié leur manière d'appréhender les conflits professionnels en privilégiant une plus grande proactivité et une plus grande objectivité.

Par ailleurs, l'employeur est également amené à prévenir la survenance de conflits individuels et plus spécifiquement d'actes de harcèlement à travers ses obligations en matière de règlement intérieur, document obligatoire dans les entreprises ou établissements employant habituellement au moins 20 salariés et qui traite de deux domaines, l'hygiène et la sécurité d'une part et la discipline d'autre part. Le règlement doit ainsi rappeler les dispositions relatives au harcèlement moral et sexuel telles que prévues par le législateur, sous menace d'une sanction de l'inspection du travail (cf. *infra*) et d'une sanction pénale (article R. 1323-1 du Code du travail).

L'élaboration et la publication de ce document est également l'occasion pour le comité d'entreprise, institution représentative du personnel, de connaître les dispositions prises

par l'employeur et inscrites dans le règlement en lien avec le harcèlement, le comité d'entreprise - ou, à défaut, les délégués du personnel ainsi que, pour les matières relevant de sa compétence, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (article L. 4612-12 du Code du travail) - devant être obligatoirement consulté pour avis sur le règlement intérieur avant son introduction dans l'entreprise et à chaque modification ultérieure (article L. 1321-4 du Code du travail).

Plus généralement, en qualité d'institution représentative du personnel, le comité d'entreprise ainsi que les autres IRP sont amenés à jouer un rôle important dans la prévention des conflits individuels au travail.

2. Les institutions représentatives du personnel (IRP)

Dans le cadre de la prévention des conflits individuels au travail, trois principales institutions représentatives du personnel sont amenées à intervenir : le comité d'entreprise (CE), présent dans chaque entreprise de 50 salariés au moins, composé de représentants élus du personnel parmi ledit personnel et qui a des attributions dans les domaines économique, social et culturel ; le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), lui aussi présent dans chaque entreprise de 50 salariés au moins, lequel contribue à la protection de la santé physique et mentale et à la sécurité des travailleurs, dont les membres sont désignés par les membres élus du CE et les délégués du personnel (DP) ; enfin, les délégués du personnel, présents dans chaque entreprise de 11 salariés au moins, élus parmi le personnel de ladite entreprise, qui ont pour tâche de représenter les salariés et de présenter les réclamations de ces derniers à l'employeur et qui remplacent le CE et le CHSCT dans les entreprises qui en sont dépourvues.

S'agissant du comité d'entreprise, ce dernier dispose obligatoirement d'un local et de panneaux d'affichage mis à sa disposition par l'employeur, ces moyens pouvant être utilisés aux fins de traiter la problématique des conflits individuels au travail, par le biais notamment de réunions auxquelles peuvent participer les salariés (en dehors de leur temps de travail) et les membres du CE (sur leur crédit d'heures de délégation) (article L. 2325-13 du Code du travail). A l'occasion de telle réunion, le CE a la possibilité d'inviter des personnalités extérieures, syndicales ou autres, avec l'accord de l'employeur néanmoins s'agissant de la participation de personnes extérieures (article L. 2142-10 du Code du travail).

D'une façon plus générale, le comité d'entreprise dispose, dans le cadre de ses attributions économiques du droit à être informé et consulté sur les problèmes généraux intéressant les conditions de travail résultant de l'organisation du travail, de la technologie, des conditions d'emploi, de l'organisation du temps de travail, des qualifications et des modes de rémunération (article L. 2323-27 du Code du travail). A cet effet, il étudie les incidences sur les conditions de travail des projets et décisions de

l'employeur dans les domaines susmentionnés et formule des propositions. Il bénéficie, en outre, du concours du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dans les matières relevant de sa compétence et peut lui confier le soin de procéder à des études portant sur des matières de la compétence de ce dernier (article L. 2323-28 du Code du travail).

S'agissant du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, ce dernier a pour mission de contribuer à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs de l'établissement et de ceux mis à sa disposition par une entreprise extérieure et de contribuer à l'amélioration des conditions de travail et de veiller à l'observation des prescriptions légales prises en ces matières (article L. 4612-1 du Code du travail). Il a dès lors un rôle prépondérant en matière de prévention des conflits individuels au travail. Pour ce faire, le CHSCT procède à l'analyse des risques professionnels auxquels peuvent être exposés les travailleurs de l'établissement (article L. 4612-2 du Code du travail). Il contribue à la promotion de la prévention des risques professionnels dans l'établissement et suscite toute initiative qu'il estime utile dans cette perspective (article L. 4612-3 du Code du travail). Il procède, en outre, à intervalles réguliers, à des inspections (article L. 4612-4 du Code du travail) ainsi qu'à des enquêtes en matière d'accidents du travail ou de maladies professionnelles (article L. 4612-5 du Code du travail), ces dernières pouvant être la conséquence de conflits au travail.

Institution privilégiée en matière d'hygiène, de sécurité au travail et de conditions de travail, le CHSCT doit être consulté avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail des salariés. Plus particulièrement, il doit recevoir, au moins une fois par an, un rapport annuel rédigé par l'employeur faisant le bilan de la situation générale de la santé, de la sécurité et des conditions de travail dans l'établissement et des actions menées au cours de l'année écoulée ainsi qu'un programme annuel de prévention des risques professionnels et d'amélioration des conditions de travail (article L. 4612-16 du Code du travail). A cette occasion, le CHSCT doit émettre un avis sur ces documents et peut proposer un ordre de priorité et des mesures supplémentaires (article L. 4612-17 du Code du travail).

En outre, le CHSCT a la possibilité de recourir à l'expertise, aux frais de l'employeur, en cas de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail dans la totalité de ses dimensions, qu'elles soient physiques et matérielles, relationnelles ou organisationnelles¹⁹ (article L. 4614-12 du Code du travail).

Les outils de prévention quant à la survenance de risques professionnels en général et de conflits individuels au travail en particulier prévus par le législateur sont dès lors

¹⁹ VERKINDT, p. 726.

nombreux – d’aucuns pourraient dire trop nombreux, entravant la bonne marche de l’entreprise – et pourtant, la présence de ce type de risque professionnel est une réalité qui doit être traitée.

B. Mesures curatives

Confrontés à un conflit individuel au travail, plusieurs acteurs – internes et externes à l’entreprise – disposent d’outils et de moyens d’actions pour remédier à la réalisation de ce risque professionnel, à l’image de l’intervention d’un médiateur, le législateur ayant prévu qu’une procédure de médiation pouvait être mise en œuvre par toute personne de l’entreprise s’estimant victime de harcèlement moral ou par la personne mise en cause. Ce médiateur, choisi d’un commun accord entre les parties, s’informerait alors de l’état des relations entre les parties, tenterait de les concilier et leur soumettrait des propositions qu’il consignera par écrit en vue de mettre fin au harcèlement. En cas d’échec de la conciliation, il informera les parties des éventuelles sanctions encourues et des garanties procédurales prévues en faveur de la victime (article L. 1152-6 du Code du travail).

1. Les institutions représentatives du personnel

Institution privilégiée en la matière, le comité d’hygiène, de sécurité et des conditions de travail conserve son outil efficace face à la survenance d’un conflit individuel : le recours à l’expertise, aux frais de l’employeur (article L. 4614-12 du Code du travail) « *lorsqu’un risque grave est avéré* » pour la santé mentale des travailleurs intéressés, indépendamment de l’existence de manifestations de sa réalisation, la survenance d’un accident du travail ou d’une maladie professionnelle n’étant pas une condition nécessaire au recours à l’expertise.

Plus largement, les institutions représentatives du personnel (plus précisément, le CHSCT et les délégués du personnel) disposent d’un droit d’alerte lorsqu’un de leur membre constate une cause de danger grave et imminent, le Conseil économique et social considérant spécifiquement que le harcèlement moral est concerné par l’exercice d’un tel droit²⁰ par le CHSCT.

S’agissant des délégués du personnel, aucune place n’est laissée au doute, le législateur ayant tenu à préciser que « *si un délégué du personnel constate, notamment par l’intermédiaire d’un salarié, qu’il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l’entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, il en*

²⁰ DEBOUT, p. 78.

saisit immédiatement l'employeur. Cette atteinte peut notamment résulter de faits de harcèlement moral » (article L. 2313-2 du Code du travail). C'est ainsi que dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris²¹, des faits de harcèlement ont été révélés grâce à l'enquête diligentée par l'employeur à la demande de DP, l'employeur étant tenu d'agir en ce sens sans délai dès qu'un droit d'alerte est exercé par un DP et de prendre ensuite les mesures nécessaires pour remédier à cette situation. En cas de carence de l'employeur, le délégué du personnel pourra alors saisir le juge prud'homal (à la condition toutefois que le salarié concerné ne s'y oppose pas) (article L. 2313-2 du Code du travail).

2. L'inspection du travail

L'exercice des missions d'inspection de la législation du travail en France est essentiellement assuré par un corps de contrôle interministériel composé d'inspecteurs du travail, lesquels interviennent, entre autres domaines, en matière de santé et sécurité et conditions de travail, la préservation de l'intégrité physique des travailleurs et la protection de leur santé correspondant à la mission d'origine et essentielle de l'inspection du travail²².

Pour ce faire, les inspecteurs du travail disposent de pouvoirs et de moyens conséquents tels le pouvoir de pénétrer dans tous les établissements relevant de leur compétence et soumis au Code du travail pour en contrôler l'application, sans que la commission d'un délit soit nécessairement présumée et sans qu'un avertissement préalable auprès de l'entreprise visitée puisse être exigé (article L. 8113-1 du Code du travail). Les inspecteurs du travail ont également la possibilité de procéder à toute mesure d'instruction qu'ils estiment nécessaire dans l'exercice de leur mission, telle que examens, vérifications, investigations, contrôles, auditions – avec ou sans témoin, cette dernière mesure étant la plus usitée en matière de conflit individuel au travail.

En cas de constatation d'infraction à la législation du travail, l'inspecteur du travail aura la possibilité d'user de la procédure de référé devant le juge civil – plus précisément devant le président du Tribunal de grande instance – notamment en cas plus particulièrement de constatation d'un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique d'un travailleur résultant de l'inobservation des dispositions législatives et réglementaires en matière de santé et sécurité (article L. 4732-1 du Code du travail).

²¹ CA Paris, 1^{er} mars 2005.

²² Loi du 12 juin 1893 concernant l'hygiène et la sécurité des travailleurs dans les établissements ; Convention internationale N 81 du 11 juillet 1947 sur l'inspection du travail dans l'industrie et le commerce industriels.

Il mentionnera également au sein de son procès-verbal les manquements de l'employeur, lequel procès-verbal sera ensuite transmis au procureur de la République, étant rappelé que le harcèlement moral est une infraction pénale.

3. La médecine du travail

La très grande majorité des employeurs est tenue de faire bénéficier leurs salariés d'un service de santé au travail (article L. 4622-1 du Code du travail), service qui sera commun à plusieurs entreprises ou propre à une seule entreprise selon sa dimension.

Les services de santé au travail ont pour mission exclusive d'éviter toute altération de la santé des travailleurs du fait de leur travail. A cette fin, ils conduisent les actions de santé au travail, dans le but de préserver la santé physique et mentale des travailleurs tout au long de leur parcours professionnel, conseillent les employeurs, les travailleurs et leurs représentants sur les dispositions et mesures nécessaires afin d'éviter ou de diminuer les risques professionnels, d'améliorer les conditions de travail, de prévenir le harcèlement moral, assurent la surveillance de l'état de santé des travailleurs en fonction des risques concernant leur sécurité et leur santé au travail, de la pénibilité au travail et de leur âge et enfin participent au suivi et contribuent à la traçabilité des expositions professionnelles et à la veille sanitaire (article L. 4622-2 du Code du travail).

Dans cette optique, les médecins du travail doivent entreprendre diverses actions indiquées par le législateur et notamment, la visite des lieux du travail, l'identification et l'analyse des risques professionnels, l'animation de campagnes d'information et de sensibilisation, la formation aux risques spécifiques...

Confrontés à des risques professionnels certains, voire avérés, tels que la survenance de conflits individuels au travail, les médecins du travail disposent de prérogatives particulières, notamment le pouvoir de proposer des mesures individuelles telles que mutations ou transformations de poste, l'employeur ayant l'obligation d'en tenir compte en vertu de son obligation de sécurité de résultat (article L. 4624-1 du Code du travail). Une mesure telle qu'une mutation peut s'avérer être une solution visant à remédier à un conflit individuel (sous certaines conditions très strictes néanmoins (cf. *infra*)).

C'est notamment à l'occasion des visites médicales obligatoires, lesquelles permettent une surveillance individuelle des salariés, que les médecins du travail parviennent à identifier les risques présents et réels pour la santé des travailleurs avant d'agir pour y remédier. A l'issue de telles visites, le médecin du travail pourra délivrer un avis temporaire, voire définitif d'aptitude à tout emploi où le conflit persisterait.

Se pose néanmoins la question de la légitimité d'une telle mesure à l'égard du salarié instigateur du conflit d'abord mais surtout à l'égard du salarié victime, a fortiori s'il fait l'objet d'un licenciement fondé sur cette inaptitude, question qui se retrouve d'une façon

générale s'agissant de l'ensemble des mesures prises dans le cadre d'un conflit au travail qui concernent directement les travailleurs intéressés par ce conflit.

III. Mesures affectant personnellement les travailleurs concernés par un conflit relationnel au travail

A cause de l'ampleur du conflit individuel existant ou par méconnaissance des outils mis à leur disposition, certains employeurs ont envisagé de s'affranchir des salariés concernés par un conflit au travail, soit géographiquement, soit de manière beaucoup plus drastique par la rupture du contrat de travail (*infra* A). La fin des relations de travail peut également apparaître inéluctable pour des salariés s'estimant victimes de tels conflits au travail les amenant à exercer leurs droits et à faire valoir leurs prétentions (*infra* B).

A. L'éloignement des salariés intéressés

1. La mutation des salariés intéressés

En présence d'un salarié reconnu et identifié comme générateur de conflits individuels, la tentation est grande pour l'employeur d'envisager de se débarrasser de lui sans pour autant aller jusqu'au licenciement. La mutation géographique, à plus ou moins grande échelle – du changement de service à l'affectation à un autre établissement – apparaît dès lors une solution tentante et pragmatique pour l'employeur.

L'employeur se trouve néanmoins, dans une telle hypothèse, soumis aux règles régissant la modification du contrat de travail de ses salariés, mécanisme nommé par BOCQUILLON comme un « *procédé alternatif [au licenciement] d'adaptation de la relation de travail* »²³.

Le régime juridique de la modification du contrat de travail est régi par une *summa divisio* claire et limpide a priori : au nom de la force obligatoire des contrats, les modifications substantielles du contrat exigent l'accord des deux parties alors que les modifications non substantielles du contrat – autrement dénommées « *modifications des conditions de travail* » – s'imposent aux salariés, sans que leur accord ne soit requis, au

²³ BOCQUILLON, N 2.

nom du pouvoir de direction de l'employeur, « *maître de l'organisation des services de son entreprise* »²⁴.

Le lieu de travail illustre parfaitement cette dualité d'impératifs, entre protection du salarié et pouvoir de direction de l'employeur car, au contraire de la rémunération par exemple, il est des cas où la modification du lieu de travail peut être équitablement et moralement imposée aux travailleurs concernés (par exemple, si le déplacement engendré est de 10 km) et d'autres cas où une telle liberté managériale compromettrait gravement le droit au respect de la vie privée et familiale des travailleurs concernés (mutation internationale).

Afin de tenir compte de cette appréciation nécessairement *in concreto* des espèces qui lui sont présentées, la jurisprudence a fait appel à un outil souple et pragmatique : le secteur géographique, ce secteur ayant un périmètre variable selon la distance, l'existence de moyens de transport en commun entre les deux lieux de travail ou la durée du trajet à parcourir mais également selon des données subjectives inhérentes au salarié concerné telles que les conséquences du changement du lieu de travail sur sa situation personnelle²⁵.

Comme outil de règlement des conflits individuels au travail, la mutation doit être utilisée de façon très précautionneuse par les employeurs, bon nombre qui ont essayé s'étant fait critiquer et débouter par les tribunaux. La Cour de cassation a notamment jugé que l'employeur qui utilisait la clause de mobilité géographique insérée au sein du contrat de travail d'une salariée, qu'on pourrait croire lui donner le pouvoir de choisir le lieu de travail de sa subordonnée sans restriction et sans appréciation du secteur géographique, pour éloigner cette salariée qui avait des problèmes relationnels avec son supérieur, sans qu'aucune faute de sa part ne soit avérée, avait manqué à son obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, après avoir souligné qu'aucune procédure disciplinaire n'avait été engagée à l'encontre de cette salariée²⁶.

C'est néanmoins au travailleur qu'il reviendra de prouver devant la justice que la décision de son employeur a été prise pour des raisons étrangères à l'intérêt de la société, une mauvaise rédaction de la lettre de mutation pouvant parfois l'y aider ; c'est ainsi que, après avoir relevé qu'il ressortait des termes mêmes de la lettre de l'employeur que la mutation de la salariée avait été en réalité décidée en raison de ses problèmes relationnels avec son supérieur hiérarchique, les juges ont décidé que l'employeur avait imposé cette

²⁴ Cour de cassation, chambre sociale, 20 décembre 1960, Bull. civ. IV, N 1222.

²⁵ Cour de cassation, chambre sociale, 10 janvier 2001, Bull. civ. V, N 41 à propos d'une salariée, mère d'un enfant handicapé.

²⁶ Cour de cassation, chambre sociale, 14 octobre 2008, pourvoi N 07-40345 ; 30 juin 2004, pourvoi N 02-44145.

mutation pour la sanctionner d'un comportement fautif alors qu'il n'était nullement avéré que celle-ci était à l'origine des difficultés relationnelles invoquées puisque aucune procédure disciplinaire n'avait été engagée à son encontre, l'employeur manquant ainsi et là encore à son obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail²⁷.

Outre le lieu de travail, certains employeurs ont envisagé de modifier le contrat de travail de leurs salariés identifiés comme générateurs de conflits individuels par une réduction de leurs responsabilités et prérogatives²⁸. Il s'agissait en l'espèce d'un salarié directeur adjoint de production qui s'était vu retirer, notamment, toute fonction d'encadrement ; contestant de telles mesures, qu'il considérait comme une rétrogradation, il a été mis en demeure par son employeur d'accepter ses « *nouvelles conditions de travail* » puis licencié pour faute grave au motif d'une part, de son refus de la modification de ses conditions de travail et d'autre part, de son attitude récurrente d'opposition et/ou de critique ainsi que de son incorrection constatée à de trop nombreuses reprises. Le dossier comportait une pétition – dactylographiée par l'employeur – signée par la quasi-totalité des salariés de l'entreprise, laquelle attestait du comportement grossier et agressif du salarié mis en cause tant à l'égard du personnel que de la direction de l'entreprise ainsi que plusieurs attestations de salariés dont celle de M. X... laquelle soulignait une « *attitude despotique avec le personnel atelier; manque de respect envers ses subalternes, attitude caractérisée entraînant des situations relationnelles très délicates, réfractaire à tout changement d'organisation ou d'amélioration des conditions de travail, peu impliqué dans l'activité atelier et la formation des nouveaux personnels* ». Toutefois, la Cour de cassation, a estimé d'une part, que ce salarié s'était vu retirer notamment toute responsabilité au niveau de la planification et de l'organisation des ressources humaines et matérielles, avait cessé d'avoir les fonctions d'encadrement qu'il assurait depuis de nombreuses années et s'était heurté à l'interdiction d'accéder à l'atelier, et, d'autre part, que la planification des ressources matérielles, le suivi de la fabrication, la formation du personnel de production et la maintenance générale avaient été confiées à un autre salarié, ce qui constituait bien des éléments du contrat de travail et non des conditions de travail, dont la modification devait dès lors être soumise à l'accord du salarié. En conséquence, la Cour d'appel, dans son pouvoir d'appréciation souverain, ayant considéré que le salarié mis en cause avait été licencié non pas à cause de son comportement mais en raison de son refus d'accepter la modification de son contrat de travail a pu juger qu'il s'agissait d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse. Il convient de préciser ici qu'un licenciement sans cause réelle et sérieuse entraîne l'octroi d'une indemnisation du salarié victime qui ne peut être inférieure à six mois de salaire (article L. 1235-3 du Code du travail).

²⁷ Cour de cassation, chambre sociale, 14 octobre 2008, pourvoi N 07-40092.

²⁸ Cour de cassation, chambre sociale, 6 avril 2011, pourvoi N 09-66818.

En conséquence, même si la modification dans la situation du salarié apparaît être un outil à privilégier d'un point de vue pratique dans le cadre du règlement de conflits individuels au travail, il doit être néanmoins utilisé avec beaucoup de réserve, contraignant les employeurs à envisager la fin de la relation de travail.

2. Le licenciement des salariés intéressés

Ainsi que cela a été abordé, l'employeur supportant une obligation de sécurité de résultat envers ses travailleurs, il ne peut rester sans agir devant une situation génératrice de risque à l'instar de conflits individuels, ce qui explique que certains, pour se dégager de toute responsabilité, aient envisagé de licencier le salarié générateur de conflit.

Selon la jurisprudence, le salarié qui se livre à des agissements de harcèlement moral commet nécessairement une faute grave²⁹, un licenciement pour faute grave ne donnant pas lieu au versement d'indemnité de préavis et d'indemnité légale de licenciement (article R. 1234-2 du Code du travail : l'indemnité de licenciement ne peut être inférieure à un cinquième de mois de salaire par année d'ancienneté, auquel s'ajoutent deux quinzièmes de mois de salaire par année au-delà de dix ans d'ancienneté). Doit être toutefois réservé le cas où le salarié harceleur bénéficie de la complicité passive de son employeur qui ne fait rien pour mettre un terme à ses agissements en toute connaissance de cause, une telle hypothèse empêchant que la faute grave soit dès lors qualifiée au bénéfice d'une seule cause réelle et sérieuse de licenciement³⁰.

Cependant, lorsque l'employeur se trouve confronté à un conflit individuel de travail sans que le harcèlement n'ait été caractérisé, le droit à la résiliation du contrat de travail devient beaucoup plus douteux. Pour légitimer un licenciement, l'employeur doit fonder sa décision sur une cause réelle et sérieuse ainsi que sur des griefs matériellement vérifiables³¹ et le motif de licenciement qu'il invoque doit être suffisamment précis, l'énoncé d'un motif imprécis équivalent à une absence de motifs³². La Cour de cassation a ainsi jugé qu'une lettre de licenciement (laquelle fixe le motif du licenciement et les termes du futur litige) se bornant à se référer à des difficultés relationnelles comportait

²⁹ Cour de cassation, chambre sociale, 28 juin 2006, pourvoi N 05-40990.

³⁰ Cour de cassation, chambre sociale, 27 septembre 2007, pourvoi N 06-43867.

³¹ Cour de cassation, chambre sociale, 14 mai 1996, pourvoi N 94-45499 à propos d'une lettre de licenciement reprochant au salarié son manque de compétence se manifestant par un manque de projet concret sur l'organisation de son service, un échec dans ses relations avec ses collaborateurs, une mise en place de documents non fiables et un mécontentement de la clientèle, ce qui constituaient des griefs matériellement vérifiables.

³² Cour de cassation, chambre sociale, 29 novembre 1990, pourvoi N 88-44308 ; Cour de cassation, chambre sociale, 4 janvier 1980, pourvoi N 78-41103.

un motif trop imprécis rendant le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse³³. En outre, la Haute Cour a jugé à réitérées reprises que ne constituaient pas des griefs matériellement vérifiables les difficultés relationnelles³⁴, la perte de confiance ou l'incompatibilité d'humeur³⁵, ou encore « *les problèmes que vous occasionnez* »³⁶. S'agissant du grief de mésentente, la Cour de cassation a toutefois précisé que la mésentente ne constituait une cause de licenciement que si elle reposait sur des faits objectifs imputables aux salariés³⁷, laissant dès lors la possibilité que la mésentente soit un motif de licenciement valable à la condition qu'elle soit objectivée.

Il existe une catégorie de professionnels pour lesquels les exigences de « savoir être » semblent accrues, celle des travailleurs sociaux³⁸. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé que ne présentait pas les qualités nécessaires pour remplir ses fonctions, dans un établissement dont le but est la réinsertion et le soutien aux libérés de prison ainsi que l'aide aux jeunes en difficulté, le moniteur-éducateur auquel il était reproché une absence totale du sens de l'observation conduisant à l'incompréhension, une absence de sociabilité, un manque de disponibilité, un manque d'autorité et d'ascendant sur un groupe ou un individu³⁹. Des difficultés relationnelles avec la personne prise en charge ont également été retenues à réitérées reprises dans ce secteur par les tribunaux de second degré comme fondement valable à une rupture du contrat de travail dans la mesure où ces difficultés mettaient en péril l'action menée par l'établissement ou faisaient courir un risque à ses bénéficiaires⁴⁰. Les relations qualifiées de difficiles entre une animatrice socio-éducative et des jeunes qui lui avaient été confiés ont également pu constituer un motif valable au licenciement de cette dernière compte tenu de ses « *attitudes inadaptées créant des situations explosives* », lesquelles avaient engendré de la violence physique, des vols, des menaces sur sa vie ou encore du vandalisme à son encontre⁴¹.

La même exigence de sévérité s'applique tout naturellement au personnel d'encadrement de ce secteur. C'est ainsi qu'un directeur de maison familiale rurale a été légitimement licencié pour ne pas avoir su ni prévenir ni régler un conflit existant au sein de l'équipe pédagogique, considération étant également faite de la perte de confiance qu'il supportait

³³ Cour de cassation, chambre sociale, 25 juin 1997, pourvoi N 95-42451.

³⁴ Cour de cassation, chambre sociale, 25 juin 1997, pourvoi N 95-42451.

³⁵ Cour de cassation, chambre sociale, 4 février 1998, pourvoi N 95-41982.

³⁶ Cour de cassation, chambre sociale, 23 mai 2000, pourvoi N 98-40633.

³⁷ Cour de cassation, chambre sociale, 5 février 2002, pourvoi N 99-44383.

³⁸ CAMPERGUE, p. 699.

³⁹ Cour de cassation, chambre sociale, 2 juillet 1987, *Astoul c. Association Amitié Accueil de Délinquants*, CERIT.

⁴⁰ CAMPERGUE, p. 699.

⁴¹ CAMPERGUE, p. 699 et la jurisprudence citée.

avec le personnel, les élèves et leurs familles⁴². Le licenciement pour faute grave a été en outre retenu à l'encontre du directeur d'un établissement recevant de jeunes handicapés pour ne pas avoir su remplir son « *rôle primordial d'animer l'équipe éducative avec un charisme tel qu'il doit prévoir tout conflit et en tout cas gérer toute difficulté relationnelle au sein d'une telle équipe* »⁴³. Il convient de souligner néanmoins que l'ensemble des arrêts cités dans cette contribution doctrinale⁴⁴ relève du second degré, ce qui peut expliquer – en partie – cette sévérité des juges à l'égard des travailleurs sociaux ; ces arrêts témoignent qu'il en soit d'une appréciation *in concreto* de la faute reprochée au salarié dans le cadre d'un conflit au travail existant dans ce secteur.

A propos plus particulièrement des salariés qui subissent les conflits au travail, il a été question plusieurs fois devant la Cour de cassation de la légitimité de leur licenciement fondé sur l'inaptitude reconnue par le médecin du travail lorsqu'une telle inaptitude trouvait son origine dans les pratiques de harcèlement moral qui les avaient visés. Dans pareille hypothèse, le licenciement sera reconnu comme dénué de cause réelle et sérieuse, engendrant le versement d'une indemnité au bénéfice du salarié licencié illégitimement équivalente à six mois de salaire minimum (article L. 1235-3 du Code du travail)⁴⁵. Allant plus loin, la nullité du licenciement – au-delà de l'absence de fondement légitime – a été reconnue dans d'autres arrêts validés par la Haute Cour, justifiant dès lors la réintégration du salarié dans l'entreprise à sa demande⁴⁶. Toute la difficulté pour le salarié résidera néanmoins dans la preuve de ce harcèlement comme cause de son inaptitude.

Le licenciement de certains salariés est également invalidé par les tribunaux lorsqu'un employeur met un terme à un contrat de travail en raison des perturbations graves que les absences pour maladie d'un de ses salariés font supporter dans le fonctionnement de l'entreprise, justifiant la nécessité de le remplacer définitivement. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé qu'un employeur ne pouvait licencier un salarié se fondant sur la situation objective de l'entreprise qui se trouvait dans la nécessité de pourvoir à son remplacement, son absence prolongée ayant perturbé le fonctionnement de l'entreprise lorsque ladite absence prolongée du salarié était la conséquence du harcèlement moral dont il avait été l'objet⁴⁷. En effet, dans l'hypothèse où l'inaptitude du salarié licencié pour ce motif de nécessité de remplacement trouve sa cause directe et certaine dans les agissements de harcèlement moral qu'il a subis au travail, ce sont donc ces agissements,

⁴² CAMPERGUE, p. 699 et la réf. citée.

⁴³ CAMPERGUE, p. 699 et la réf. citée.

⁴⁴ CAMPERGUE, p. 699.

⁴⁵ Cour de cassation, chambre sociale, 13 décembre 2007, pourvoi N 06-45818.

⁴⁶ Cour de cassation, chambre sociale, 23 septembre 2008, pourvoi N 07-42920.

⁴⁷ Cour de cassation, chambre sociale, 11 octobre 2006, pourvoi N 04-48314.

imputables à l'employeur, qui constituent la véritable cause du licenciement ; or, toute rupture du contrat de travail d'un salarié qui résulterait d'agissements de harcèlement moral dont il a été victime est nulle (article L. 1152-3 du Code du travail).⁴⁸

S'estimant victime d'un conflit mais confronté à la passivité de son employeur, le salarié se sentira parfois contraint de mettre fin à la relation de travail de sa propre initiative. Outre la démission, il dispose de deux outils atypiques, la prise d'acte de la rupture et la résiliation judiciaire du contrat de travail ; ce qui ne l'empêchera pas de solliciter l'indemnisation du préjudice qu'il allèguera.

B. L'exercice de ses droits par le salarié victime du conflit

1. La rupture des relations de travail à l'initiative du salarié victime du conflit

Un salarié ne voyant aucune autre alternative que son départ de l'entreprise et méconnaissant totalement ses droits, se croira contraint de démissionner et sa démission le privera alors des allocations chômage durant quatre mois au moins.

Pour « *réparer* » cette bévée, deux alternatives se présenteront à lui. Il pourra d'une part, intenter une action en nullité de l'acte de démission pour vice du consentement, plus particulièrement pour violence (article 1109 du Code civil) : il lui appartiendra dans ce cadre d'établir les faits de harcèlement moral dont il a été victime et que ces faits ont vicié son consentement au moment où il démissionnait. Il pourra d'autre part, tenter de faire requalifier devant les tribunaux sa démission en prise d'acte de la rupture du contrat de travail aux torts de son employeur.

La prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié est une construction prétorienne qui permet de souligner la différence qu'il peut y avoir entre initiative et imputabilité de la rupture. La règle est la suivante : lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués le justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission⁴⁹. Un salarié qui s'estime victime de faits de harcèlement moral (un seul conflit au travail ne pouvant sans doute pas suffire à supporter une requalification de la prise d'acte en licenciement sans cause réelle et sérieuse) et qui a été démissionnaire, devra dès lors saisir justice afin que les tribunaux requalifient sa démission en rupture fondée sur des faits suffisants qu'il

⁴⁸ Cour d'appel de Poitiers, chambre sociale, 29 janvier 2008, N 06/1707.

⁴⁹ Cour de cassation, chambre sociale, 12 octobre 2004, pourvoi N 02-44883.

reproche à son employeur ; dans ce cadre, le contenu de sa lettre de démission s'est avéré dans plusieurs arrêts être un indice courant, bon nombre de salariés démissionnaires faisant état dans leur lettre de démission des reproches qui les ont conduit à partir. Il convient toutefois de souligner que la lettre de prise d'acte ou de démission avec réserve ne fixe pas les termes du futur litige, contrairement à la lettre de licenciement⁵⁰. Ce salarié devra alors prouver qu'au moment de sa démission, celle-ci était équivoque, c'est-à-dire émise sous réserve⁵¹, qu'il existait, au moment de la rupture, un conflit, une problématique, objectivés et matériellement vérifiables, entre lui et son employeur⁵², dont l'origine était des faits de harcèlement dont il était victime. En cas de succès, l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse lui sera alors allouée (article L. 1235-3 du Code du travail). Il sied de relever que depuis le 1^{er} juillet 2014, lorsque le Conseil de prud'hommes est saisi d'une demande de qualification de la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié en raison de faits que celui-ci reproche à son employeur, l'affaire est directement portée devant le bureau de jugement sans passer par la case conciliation, bureau de jugement qui statue au fond dans un délai d'un mois suivant sa saisine (nouvel article L. 1451-1 du Code du travail)⁵³.

Avec un tel mécanisme, le salarié supporte néanmoins le risque de la rupture et doit craindre de se retrouver sans emploi et sans allocation chômage, inconvénients que ne connaît pas le mécanisme de la résiliation judiciaire du contrat de travail. Au terme de l'article 1184 du Code civil, la condition résolutoire est en effet toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisferait point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. Cette voie est néanmoins fermée à l'employeur en droit du travail depuis 2001, sauf exception légale expresse⁵⁴.

Le salarié qui s'estime victime de harcèlement moral – là encore, le seul conflit au travail ne semblant pas suffire à soutenir une action en résiliation judiciaire aux torts de l'employeur – aura dès lors la possibilité de saisir justice afin que les tribunaux prononcent la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur. Si elle est effectivement judiciairement reconnue, elle produira les effets d'un licenciement

⁵⁰ Cour de cassation, chambre sociale, 29 juin 2005, pourvoi N 03-42804.

⁵¹ Cour de cassation, chambre sociale, 9 mai 2007, pourvoi N 05-41324.

⁵² Cour de cassation, chambre sociale, 19 décembre 2007, pourvoi N 06-42550.

⁵³ Loi N 2014-743 du 1^{er} juillet 2014 relative à la procédure applicable devant le Conseil de prud'hommes dans le cadre d'une prise d'acte de rupture du contrat de travail par le salarié.

⁵⁴ Cour de cassation, chambre sociale, 13 mars 2001, pourvoi N 98-46411.

dépourvu de cause réelle et sérieuse⁵⁵, soit le versement d'une indemnité équivalente à au moins six mois de salaire minimum, outre le versement de l'indemnité de préavis⁵⁶. Il est à noter que la résiliation judiciaire aux torts de l'employeur a été reconnue en présence de faits de harcèlement établis lorsque l'employeur était l'auteur des agissements coupables⁵⁷ ou lorsque sa passivité et sa carence devenaient répréhensibles⁵⁸ au nom de l'obligation de sécurité de résultat qui pèse sur lui.

Durant cette procédure judiciaire, bon nombre de salariés sont absents pour maladie, ce qui leur permet de ne pas être confrontés quotidiennement à l'adverse partie. Ce mécanisme apparaît dès lors comme le plus sûr et le moins aléatoire puisqu'un salarié débouté de sa demande demeurera parmi les effectifs de son entreprise, à charge pour l'employeur de prendre les mesures qui s'imposent.

Prendre l'initiative de la rupture de son contrat de travail ne prive pas pour autant le salarié de solliciter la réparation du préjudice né des agissements coupables dont il a été victime sur le lieu de travail.

2. L'indemnisation du salarié victime de harcèlement moral

A côté d'une action judiciaire visant à contester la légitimité d'un licenciement dont il a fait l'objet ou à reconnaître une résiliation du contrat de travail aux torts de l'employeur, le salarié qui s'estime victime de faits de harcèlement a la possibilité de présenter des prétentions indemnitaires sous l'éclairage du droit de la responsabilité civile à l'encontre de son (futur) ancien employeur⁵⁹, généralement pour le préjudice moral subi, que l'employeur ait été l'auteur des agissements répréhensibles ou l'employeur de l'auteur de ces agissements⁶⁰ au nom de l'obligation de sécurité de résultat qui pèse sur lui.

Le montant de l'indemnité alors dévolu sera bien souvent supérieur à 10'000 €⁶¹.

Ce salarié a également la possibilité d'actionner en dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle (article 1382 du Code civil) l'auteur précis des agissements de harcèlement lorsqu'il n'est pas un collègue salarié de la même entreprise (un client de l'entreprise par exemple). S'agissant du collègue, alors que la

⁵⁵ Cour de cassation, chambre sociale, 20 janvier 1998, pourvoi N 95-43350.

⁵⁶ Cour de cassation, chambre sociale, 28 avril 2011, pourvoi N 09-40708.

⁵⁷ Cour de cassation, chambre sociale, 24 janvier 2007, pourvoi N 05-41913.

⁵⁸ Cour de cassation, chambre sociale, 21 février 2007, pourvoi N 05-41741.

⁵⁹ Cour de cassation, chambre sociale, 16 mai 2012, pourvoi N 10-10623.

⁶⁰ Cour de cassation, chambre criminelle, 28 mai 2013, pourvoi N 11-88009.

⁶¹ Cour d'appel de Riom, chambre sociale, 10 juin 2008, une indemnité de 15'000 € est allouée ; Cour d'appel de Riom, 10 juin 2008, une indemnité de 30'000 € est allouée ; Cour d'appel de Riom, chambre sociale, 28 juin 2005, une indemnité de 20'000 € est allouée.

doctrine s'interrogeait sur la possibilité d'une action à son encontre invoquant « l'employeur – écran », la jurisprudence y a finalement répondu par l'affirmative estimant que le salarié harceleur engageait alors sa responsabilité personnelle⁶².

Le salarié victime de faits de harcèlement moral pourra également se tourner vers la collectivité en cas d'altération de sa santé au titre du régime juridique des accidents du travail⁶³ et maladies professionnelles, lui dévoyant alors, lorsqu'il est en arrêt de travail, des indemnités journalières destinées à compenser sa perte de salaire, l'octroi d'une rente pour les ayants droit en cas de décès de l'assuré (par suicide plus particulièrement dans ce contexte), l'octroi d'une rente à l'assuré en cas d'incapacité permanente partielle ou totale, une indemnité de licenciement égale au double de l'indemnité légale de licenciement en cas d'impossibilité de maintien dans l'entreprise (article L. 1226-14 du Code du travail).

Au-delà de cette indemnisation, en présence d'un harcèlement moral exercé par l'employeur lui-même ou bien connu de lui⁶⁴, le salarié pourra faire reconnaître la qualité de faute inexcusable commise par ce dernier et bénéficiera de l'indemnisation complémentaire (l'indemnisation ci-dessus mentionnée n'étant que forfaitaire) de son préjudice (article 452-1 du Code de la sécurité sociale)⁶⁵, la faute inexcusable étant retenue à chaque fois que l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé son employé et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver.

A défaut de faute inexcusable, le salarié pourra néanmoins tenter de voir l'entier de son préjudice couvert grâce à une action en responsabilité à l'encontre de l'employeur pour faute intentionnelle commise par ce dernier (article 452-5 du Code de la sécurité sociale)⁶⁶.

⁶² Cour de cassation, chambre sociale, 21 juin 2006, pourvoi N 05-43914.

⁶³ Cour d'appel de Riom, 22 février 2000, qualifiant le suicide du salarié comme accident du travail qui s'est pendu dans les locaux de l'entreprise en raison des pressions psychologiques exercées par la direction d'accident du travail.

⁶⁴ Article L. 4131-4 du Code du travail qui dispose que le bénéfice de la faute inexcusable de l'employeur est de droit pour le ou les travailleurs qui seraient victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle alors qu'eux-mêmes ou un représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail avaient signalé à l'employeur le risque qui s'est finalement matérialisé.

⁶⁵ Cour de cassation, 2^e chambre civile, 22 février 2007, pourvoi N 05-13771.

⁶⁶ Cour d'appel de Riom, chambre sociale, 25 octobre 2005.

IV. Pour aller plus loin... quelques précisions en droit public

La loi de modernisation sociale, socle du régime juridique du harcèlement moral en droit français est également applicable aux fonctionnaires. Salariés du privé et du public bénéficient dès lors de la même conceptualisation du harcèlement moral ainsi que de sa pénalisation et des mesures de protection afférentes telles que l'interdiction de rompre un contrat de travail sur son fondement.

Néanmoins, des différences dans les régimes juridiques de chacun de ces groupes de travailleurs doivent être relevées, ces différences s'expliquant notamment par « *la culture inhérente à ces deux secteurs (...), la charge de la preuve, les sanctions, le devoir de réserve, la médiation et les différentes approches de la juridiction administrative* »⁶⁷.

En sus de la protection accordée par la loi de modernisation sociale, les fonctionnaires bénéficient d'une autre protection qu'ils tirent de l'article 11 de la loi Le Pors⁶⁸, lequel article dispose que la collectivité publique est tenue de protéger les fonctionnaires contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont ils pourraient être victimes à l'occasion de leurs fonctions, et de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté, le harcèlement s'appliquant à cet article⁶⁹.

Encore faut-il que l'agent de la fonction publique parvienne à faire reconnaître l'existence de faits de harcèlement dont il est victime, ce qui était plus ardu pour lui à mesure qu'il ne bénéficiait pas, avant 2011, de l'allègement de la charge de la preuve à l'instar des salariés du secteur privé. Ces derniers, en effet, doivent établir la matérialité de faits précis et concordants constituant selon eux un harcèlement ; il appartiendra ensuite aux juges d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral et, dans l'affirmative, il incombera enfin aux employeurs de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que leur décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement⁷⁰.

Confronté à une telle différence de traitement dépourvue de légitimité voire même de justification, le Conseil d'Etat a finalement décidé de transposer le régime juridique de la charge de la preuve de droit privé en droit public en décidant « *qu'il appartient à un agent public qui soutient avoir été victime d'agissements constitutifs de harcèlement*

⁶⁷ LEROUGE, p. 483.

⁶⁸ Loi N 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

⁶⁹ Conseil d'Etat, 12 mars 2010, N 308974.

⁷⁰ Cour de cassation, chambre sociale, 25 janvier 2011, pourvoi N 09-42766.

moral, de soumettre au juge des éléments de faits susceptibles de faire présumer l'existence d'un tel harcèlement ; qu'il incombe à l'administration de produire, en sens contraire, une argumentation de nature à démontrer que les agissements en cause sont justifiés par des considérations étrangères à tout harcèlement ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si les agissements de harcèlement sont ou non établis, se détermine au vu de ces échanges contradictoires, qu'il peut compléter, en cas de doute, en ordonnant toute mesure d'instruction utile »⁷¹.

Il existe un autre obstacle, toujours d'actualité, à la reconnaissance de faits de harcèlement : le devoir de réserve qui incombe à chaque fonctionnaire⁷², lequel limite la possibilité pour un agent public de dénoncer ou de faire état de faits de harcèlement dont il est la victime ou le spectateur, au nom de l'intérêt supérieur du service qui l'emploie. Il revient dès lors aux tribunaux de peser les intérêts en présence – individuels et collectifs – dans chaque espèce qui leur est présentée pour reconnaître ou non la violation du devoir de réserve par l'agent concerné.

Le plus grand obstacle à la reconnaissance de faits de harcèlement moral par le juge administratif réside néanmoins sans conteste dans la frilosité dont il fait preuve lorsqu'il s'agit de caractériser de tels faits. C'est ainsi que la Cour administrative d'appel de Paris a refusé de qualifier des faits de harcèlement moral en annulant un jugement qui reconnaissait le harcèlement moral d'une employée de droit public de La Poste victime de la part de deux collègues de remarques dégradantes et vexantes sur sa manière de travailler, son aspect physique et sa vie personnelle et ayant reçu de leur part une gifle à l'occasion d'une altercation, faits qui ont été reconnus par les collègues mis en cause leur occasionnant un blâme pour l'un et un rappel à l'ordre pour l'autre, au motif que les faits ne s'étaient pas reproduits et que La Poste avait su faire preuve de la diligence requise en pareilles circonstances⁷³. Que dirait la Cour de cassation d'une telle dialectique...

V. Bibliographie

ADAM P., Harcèlement moral, Répertoire de droit du travail, octobre 2008, éd. Dalloz.

ADAM P., Le harcèlement moral dans ses habits d'été (de la place du Palais Royal au quai de l'Horloge), Revue de droit du travail 2011, p. 576.

BOCQUILLON F., Répertoire de droit du travail Dalloz, Contrat de travail (Modification), N 2.

⁷¹ Conseil d'Etat, 11 juillet 2011, N 321225.

⁷² Loi N 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, article 26.

⁷³ Cour Administrative d'Appel de Paris, 21 juin 2010, N 07PA01799.

- CAMPERGUE N., Les travailleurs sociaux et la jurisprudence prud'homale, Droit social 1997, p. 699.
- COMBREXELLE J.-D./LAVAURE A., Inspection du travail, Répertoire de droit du travail, mars 2013.
- DEBOUT M., Le harcèlement moral au travail, Avis du Conseil économique et social, 2001, Les éditions des journaux officiels, p. 78.
- DOCKES E., Le pouvoir dans les rapports de travail, Droit social 2004, p. 620.
- DUVERT C., JCP E 2007, 1690 commentaire sous CA Douai, 6^e chambre correctionnelle, 24 janvier 2006, p. 48.
- EDELMAN B., De la liberté et de la violence économique, Recueil Dalloz 2011, p. 2315.
- ESCANDE-VARNIOL M.-C., Mise en œuvre d'une clause de mobilité géographique : les écueils à éviter, Recueil Dalloz 2009, p. 1799.
- LAGARDE X., Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement, Droit social 1998, p. 890.
- LEROUGE L., Les différences de traitement juridique du harcèlement moral dans le secteur privé et la fonction publique : des rapprochements possibles ?, Droit social 2012, p. 483.
- PIGNARRE G., Nullité du licenciement en cas d'inaptitude causée par des faits de harcèlement moral : une évolution attendue, Revue de droit du travail, p. 605.
- SALOMON R., Chronique de droit pénal social, Droit social 2014, p. 137.
- VERICEL M., Services de santé au travail (Médecine du travail), Répertoire de droit du travail, décembre 2012,.
- VERKINDT P.-Y., Quand les conditions de travail s'invitent dans la sécurisation de l'emploi – Le CHSCT et l'instance de coordination dans la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, Droit social 2013, p. 726.

Troisième partie - Dispositifs de prévention et gestion des conflits

A. Secteur privé

NORMA STREIT-LUZIO et RÉGINE DELLEY

Le service de prévention et gestion des conflits internes des Chambres de commerce et de l'industrie suisses

Sommaire	Page
I. La mise sur pied du service par les Chambres de commerce	232
A. Le rôle des Chambres de commerce en Suisse	232
B. Le règlement de médiation commerciale des Chambres de commerce	232
C. Les critères posés par l'arrêt du Tribunal fédéral du 9 mai 2012	233
1. Quant à la personne de confiance	233
2. Quant à l'accès par l'employé à la personne de confiance	234
3. Quant à la rapidité de l'intervention de la personne de confiance	234
4. Quant au coût des mesures à prendre	234
II. La description du service	235
A. L'adhésion au service	235
B. La saisine du service	235
C. L'enregistrement d'un cas	236
D. La détermination de la personne de confiance	236
E. Les engagements pris par la personne de confiance	236
F. La limitation des coûts	237
G. Le suivi du processus au-delà de trois heures	237
H. La fin du processus	238
III. Le devoir d'information de l'employeur	238
IV. Les avantages du service proposé par les Chambres de commerce suisses pour les employeurs	240
V. Les préoccupations des employeurs	241
VI. Les premières expériences	242
VII. En Europe	242
VIII. Bibliographie	242

I. La mise sur pied du service par les Chambres de commerce

A. Le rôle des Chambres de commerce en Suisse

Rappelons à titre liminaire que les Chambres de commerce suisses sont des associations de droit privé dont l'affiliation des membres, les entreprises, se fait sur une base volontaire. Les Chambres de commerce ont pour objectifs principaux de défendre les intérêts de leurs membres, en promouvant des conditions-cadres favorables au développement des entreprises. Elles mettent en outre à disposition de leurs membres divers services à des conditions préférentielles, tels que notamment la légalisation de documents d'exportation, le réseautage des entreprises, ainsi que des conseils juridiques et économiques.

La mise en place d'un service en matière de prévention et gestion des conflits internes à l'entreprise entre de fait dans le type de prestations qu'offrent les Chambres de commerce. C'est d'ailleurs ce que le Tribunal fédéral suggère dans son arrêt en prévoyant que les petites ou moyennes entreprises s'adressent à leur association professionnelle respective pour mettre en place un système commun¹.

B. Le règlement de médiation commerciale des Chambres de commerce

En avril 2007, les Chambres de commerce de Bâle, Berne, Genève, Neuchâtel, Vaud, Tessin et Zurich, regroupées dans l'association Swiss Chambers' Arbitration Institution (Association des Chambres de commerce pour l'arbitrage et la médiation), ont établi un Règlement suisse de médiation commerciale² afin de mettre à disposition, pas uniquement de leurs membres, mais de toutes les entreprises suisses et internationales, un mode de résolution alternatif des conflits par la médiation. Ce règlement a été conçu pour tous les types de litiges de nature commerciale.

Au moment de réfléchir à la mise en œuvre de la jurisprudence du Tribunal fédéral, les Chambres de commerce ont commencé par se poser la question de savoir si leur règlement de médiation commerciale pouvait être utilisé également pour la gestion des

¹ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_462/2011 du 9 mai 2012, consid. 5.2, (ci-après : arrêt du 9 mai 2012).

² Règlement suisse de médiation commerciale des Chambres de commerce suisses, téléchargeable sur <https://www.swissarbitration.org/sm/fr/rules.php> (consulté le 21.11.2014).

conflits internes à l'entreprise. Or, il a été constaté qu'il n'était pas approprié pour les raisons suivantes.

Tout d'abord, le règlement prévoit le paiement par la ou les parties requérantes de frais d'enregistrement. Cela n'est pas compatible en l'espèce, du fait que l'employé doit pouvoir solliciter le service lui-même, sans devoir prendre en charge des frais qui doivent être assumés par l'employeur.

En outre, le règlement ne prévoit que la médiation comme mode de règlement du litige. Or, dans le cadre de conflits internes à l'entreprise, comme le Tribunal fédéral le précise, l'employé doit pouvoir obtenir des conseils et du soutien de la part d'une personne de confiance dans le cadre d'une intervention qui ne se limite de fait pas uniquement à une médiation.

Il a découlé de cette réflexion la nécessité de créer un service ad hoc. Un groupe de travail composé de deux juristes d'une Chambre de commerce et de quatre médiateurs a alors été constitué pour réfléchir à la mise en place d'un service remplissant les exigences posées par le Tribunal fédéral vis-à-vis des employeurs en matière de prévention et gestion des conflits internes à l'entreprise.

C. Les critères posés par l'arrêt du Tribunal fédéral du 9 mai 2012

Différents éléments cités par le Tribunal fédéral définissent certains aspects du service à mettre en place ; d'autres ont dû être prévus afin de parer aux craintes prévisibles des employeurs en lien avec d'éventuels abus de la part des employés.

1. Quant à la personne de confiance

Selon le Tribunal fédéral³, la personne de confiance doit remplir différents critères. Elle doit :

- être interne ou externe à l'entreprise,
- disposer d'une formation nécessaire et
- avoir un rapport de confiance avec les personnes qui demandent son conseil, dans le sens où elle a l'obligation de garder le secret et elle ne doit pas être liée à l'employé par un lien hiérarchique.

³ Arrêt du 9 mai 2012, consid. 4.2 et 4.3.

2. Quant à l'accès par l'employé à la personne de confiance

L'employé doit pouvoir contacter la personne de confiance sans devoir passer par son employeur. Il fallait donc concevoir une manière d'accéder au service qui soit très peu formaliste, afin de ne pas freiner l'accès de l'employé confronté au conflit à une personne de confiance.

3. Quant à la rapidité de l'intervention de la personne de confiance

Comme le rappelle le Tribunal fédéral, l'objectif de l'article 6 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964⁴ (ci-après, LTr) étant la prévention des conflits internes à l'entreprise, les mesures prises par l'employeur, et en particulier l'intervention de la personne de confiance, doivent pouvoir être mises en œuvre de manière rapide afin d'éviter que le conflit ne dégénère au point de devoir être porté devant un tribunal. Les Chambres de commerce se doivent donc d'avoir à disposition un certain nombre de personnes de confiance prêtes à intervenir à brève échéance.

4. Quant au coût des mesures à prendre

Dans son arrêt de mai 2012, faisant référence à un arrêt de février 2006⁵, le Tribunal fédéral précise que les mesures à prendre par l'employeur doivent respecter le principe de proportionnalité, dans le sens où elles « *doivent être supportables économiquement et leurs coûts rester dans un rapport raisonnable avec leur efficacité étant précisé que la protection de la santé demeure toujours la première priorité* »⁶. L'arrêt du Tribunal fédéral précise encore que la structure à mettre en place ne doit être ni compliquée, ni coûteuse⁷. Les mesures dépendent de la structure de l'entreprise et du nombre de salariés qu'elle emploie⁸.

L'objectif était donc de mettre en place un système simple avec une intervention de la part des Chambres de commerce limitée afin que cela occasionne le moins de frais possible. Il était toutefois important de facturer aux entreprises sollicitant ce service les frais qu'il occasionne réellement. En effet, il était primordial vis-à-vis des entreprises membres d'une Chambre de commerce de ne pas leur donner l'impression que leurs

⁴ RS 822.11.

⁵ ATF 132 III 257, consid. 5.4.4.

⁶ Arrêt du 9 mai 2012, consid. 5.2 (il n'y a pas de page, c'est un arrêt non publié).

⁷ Arrêt du 9 mai 2012, consid. 5.2.

⁸ Arrêt du 9 mai 2012, consid. 5.2.

cotisations servent à gérer les litiges internes d'autres entreprises, d'autant plus que ce service est ouvert également à des entreprises non membres des Chambres de commerce, à des tarifs toutefois plus élevés.

II. La description du service

A. L'adhésion au service

Pour adhérer au service, l'employeur doit prendre un certain nombre d'engagements en signant une charte⁹. Il s'agit notamment de reconnaître son obligation de protéger la santé physique et psychique de ses employés dans les rapports de travail, de favoriser un climat de travail harmonieux, de prévenir les conflits au travail et de les résoudre à l'amiable plutôt que par la voie judiciaire. L'employeur déclare ensuite son intention d'offrir à ses employés un accès à une personne de confiance auprès de qui ces derniers peuvent obtenir des conseils et du soutien en cas de conflits internes.

L'employeur doit également s'acquitter d'une cotisation d'adhésion au service. Le service n'est pas ouvert aux seuls membres des Chambres de commerce, mais ceux-ci bénéficient d'un prix préférentiel.

Une attestation d'adhésion au service est ensuite remise à l'employeur ; elle est renouvelée d'année en année après paiement de la cotisation annuelle. Il s'agit d'une preuve de l'existence au sein de l'entreprise d'un dispositif de gestion des conflits que l'employeur pourra présenter lors d'un contrôle de l'office cantonal d'inspection du travail.

B. La saisine du service

Lorsque tant l'employeur qu'un employé ou plusieurs employés entendent saisir le service, ils doivent adresser à la Chambre de commerce une requête¹⁰. Cette dernière peut être déposée par courrier, fax ou courriel. Dans le but de simplifier le plus possible l'accès à ce service, il est également possible de le solliciter directement par téléphone.

⁹ La charte est téléchargeable sur le site <http://www.cvci.ch/gestionconflitsinternes.html> (consulté le 22.11.2014) ou www.cnci.ch (consulté le 22.11.2014), rubrique Service, Prévention et gestion des conflits internes.

¹⁰ La requête est téléchargeable sur le site <http://www.cvci.ch/gestionconflitsinternes.html> (consulté le 22.11.2014) ou www.cnci.ch (consulté le 22.11.2014), rubrique Service, Prévention et gestion des conflits internes.

La requête doit contenir les coordonnées du requérant et des éventuelles autres parties concernées par le conflit. Il n'est toutefois pas obligatoire d'indiquer leur identité et il est précisé que ces personnes ne seront pas contactées directement, mais uniquement si le requérant y consent. Une brève description de la situation de conflit peut être ajoutée, mais cela est facultatif. Cette description a toutefois l'avantage de permettre à la Chambre de commerce de déterminer la personne de confiance la mieux à même de gérer le cas en question. Il est également possible de préciser des qualités ou des compétences particulières requises de la personne de confiance, par exemple la langue.

C. L'enregistrement d'un cas

Lorsqu'un cas est soumis à la Chambre de commerce, des frais d'enregistrement sont facturés à l'employeur. Ici également, les frais sont moins élevés pour les entreprises membres d'une Chambre de commerce. En recevant la facture des frais d'enregistrement d'un cas, l'employeur est seulement informé qu'un de ses employés a sollicité le service, sans que son identité ne soit indiquée.

D. La détermination de la personne de confiance

Dès la sollicitation du service, la Chambre de commerce contacte une personne de confiance afin qu'elle puisse intervenir au plus vite. Cette personne de confiance n'est pas forcément un médiateur ou une médiatrice ; il peut s'agir de toute personne formée en matière de gestion des conflits, dont les compétences et l'expérience sont connues de la Chambre de commerce.

Le fait que cette personne n'est pas choisie par l'employeur, mais par la Chambre de commerce, a l'avantage de garantir sa neutralité, son indépendance et son impartialité, ainsi que le respect de la confidentialité, qui sont des critères indispensables pour une personne de confiance.

E. Les engagements pris par la personne de confiance

Lorsque la personne de confiance a accepté de prendre en charge le cas en question, elle signe une déclaration selon laquelle elle s'engage à :

- rester neutre, impartiale et indépendante des personnes sollicitant le service ;
- respecter la confidentialité de toutes les informations reçues tout au long du processus, en particulier vis-à-vis de l'employeur, à moins que l'employé ne consente à ce que des informations lui soient données ;

- veiller à ce qu'aucune partie n'utilise ce service de manière abusive, excessive ou injustifiée. Le cas échéant, elle s'engage à mettre fin au processus, de même que si elle constate que la continuation du processus ne permettra pas d'aboutir au règlement de la situation de conflit.

La prise de contact auprès du/des requérant(s) se fait ensuite directement par la personne de confiance. La Chambre de commerce n'intervient plus jusqu'à ce que la personne de confiance l'informe de la fin du processus. Elle ne reçoit donc aucune information sur la manière dont le processus se déroule. La personne de confiance gère de manière indépendante le cas qui lui est confié.

F. La limitation des coûts

L'employé doit pouvoir prendre contact avec la personne de confiance en toute confidentialité ; l'employeur ne doit donc pas être informé lorsqu'un employé sollicite le service. Il découle de ce qui précède le risque que l'employeur n'accepte pas de donner un accès à une personne de confiance en s'engageant à en assumer les coûts, sans qu'une limite à cette prise en charge ne soit fixée. Il est de ce fait apparu nécessaire de poser une limitation.

L'objectif de ce service est de donner la possibilité à l'employé d'obtenir des conseils et du soutien auprès d'une personne de confiance, cela peut tout à fait se faire dans le cadre d'une ou deux rencontres. Il a alors été décidé de limiter l'intervention de la personne de confiance à trois heures au maximum par cas. Dans ce même ordre d'idée, le tarif horaire de la personne de confiance a également été déterminé. Cela a l'avantage d'indiquer à l'employeur ce qu'un cas peut lui coûter au maximum.

G. Le suivi du processus au-delà de trois heures

Si l'employé souhaite poursuivre le processus au-delà de la limite de trois heures, il devra requérir l'accord de son employeur. La confidentialité ne sera alors plus appliquée. Toutefois, lorsqu'un processus plus conséquent est nécessaire, cela signifie que le litige est important et que dans ces circonstances, il est nécessaire que l'employeur en soit informé, afin qu'il puisse exécuter son obligation de protéger la personnalité de l'employé en prenant les mesures nécessaires. Après l'obtention de l'accord de l'employeur, la personne de confiance conviendra directement avec ce dernier des différentes modalités de la poursuite du processus.

H. La fin du processus

Que ce soit à l'issue des trois heures ou à la fin du processus continué au-delà, la personne de confiance informera la Chambre de commerce lorsque le processus a pris fin et lui transmettra une copie de son mémoire d'honoraires qu'elle aura adressé directement à l'employeur. Dans le cas où le processus n'a pas dépassé trois heures, il ne sera pas indiqué sur le mémoire l'identité de la personne ayant sollicité le service.

La Chambre de commerce remettra à la personne de confiance un questionnaire afin d'obtenir différentes informations statistiques à usage uniquement interne. Il s'agit notamment de la date de début et de fin du processus, du nombre de séances, de leur durée, du nombre de parties, du type de litige. Il sera également précisé si le litige a abouti ou non à un règlement total ou partiel.

Un questionnaire est également remis par la Chambre de commerce aux parties ayant sollicité le service. Il contient également des informations statistiques concernant le type de litige et son règlement. Des questions sont posées quant à la satisfaction de l'employé en lien avec l'issue du litige et l'appréciation des compétences de la personne de confiance. Il est en outre demandé à l'employé, au-delà de son résultat, ce que le processus lui a apporté, s'il souhaiterait solliciter la personne de confiance lors d'un éventuel futur litige et s'il était confronté à un nouveau litige dans un autre domaine que le travail, est-ce qu'il envisagerait de le régler par le biais d'une tierce personne ou par une médiation. L'objectif est ici d'une part de s'assurer des compétences de la personne de confiance choisie et de son adéquation avec le type de litige en cause, et d'autre part d'éveiller un intérêt auprès des parties à utiliser à l'avenir des modes amiables de règlement des conflits dans d'autres domaines.

III. Le devoir d'information de l'employeur

Comme le rappelle le Tribunal fédéral¹¹, l'obligation de l'employeur d'informer les travailleurs sur les mesures de protection dans l'entreprise constitue une obligation légale expressément prévue aux art. 48 al. 1 de la LTr et 10 let. a de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur la participation¹², qui doit être respectée même si l'entreprise ne comprend qu'un seul salarié.

¹¹ Arrêt du 9 mai 2012, consid. 5.2.

¹² RS 822.14.

Il découle de ce qui précède que pour remplir ses obligations complètement, il ne suffit pas à l'employeur de mettre en place une procédure de gestion des conflits internes conforme aux exigences posées dans l'arrêt du Tribunal fédéral de mai 2012, il doit encore en informer correctement ses employés.

On peut se fonder sur la jurisprudence relative au harcèlement sexuel quant à la manière d'informer les employés sur les mesures prises par l'employeur. Dans un arrêt du 20 octobre 2005, la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève a jugé que l'employeur ne pouvait pas se soustraire à sa responsabilité en se prévalant de la documentation fournie à son personnel lors de l'engagement, destinée à indiquer la procédure à suivre en cas de harcèlement ou de *mobbing*. Dans le sens où cette documentation revêtait un caractère très théorique et surtout, de par la manière dont elle était diffusée et promue, elle semblait de fait, être restée « *lettre morte* » dans l'esprit des collaborateurs, faute de rappels, d'informations ou d'instructions concrètes. Elle ne permettait ainsi pas d'atteindre le but recherché¹³.

Dans le même sens, le fait de n'aborder la question que brièvement lors d'une séance destinée aux cadres n'est pas suffisant non plus¹⁴. L'existence d'un service interne à disposition du personnel ne peut suffire à libérer l'employeur. Encore faut-il que la personne sache que ce service est aussi là pour traiter de questions difficiles à aborder, comme le harcèlement sexuel¹⁵.

Sur la base de ces jurisprudences applicables également de manière plus large en matière de protection de la santé des employés, les Chambres de commerce avisent les entreprises adhérant à leur service de leur obligation d'informer convenablement leurs employés. Il leur est suggéré de faire une communication au moment de l'engagement, ainsi que de la renouveler régulièrement, d'organiser des séances d'information ou de le faire à l'occasion de la formation de certains employés.

L'établissement d'une directive relative à la procédure à suivre en cas de conflit en faisant référence à ce service est également recommandé, de même que de mettre à disposition des employés les requêtes leur permettant de saisir le service.

¹³ Chambre d'appel des prud'hommes de Genève, 20 octobre 2005, C/21343/2003-5, consid. 3, cité in : LEMPEN, p. 1408.

¹⁴ Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998 (N 8), pp. 293-294, consid. 5a, cité in : LEMPEN, p. 1409.

¹⁵ Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998 (N 8), pp. 293-294, consid. 5b, cité in : LEMPEN, p. 1409.

Pour les aider à remplir ces exigences, les Chambres de commerce ont établi un flyer d'information à l'intention des employés des entreprises ayant adhéré au service. Il leur est en outre transmis un exemple de clause à insérer dans leur règlement d'entreprise.

IV. Les avantages du service proposé par les Chambres de commerce suisses pour les employeurs

Les avantages de ce service pour les employeurs est de leur permettre de respecter leur obligation légale de protection de la santé de leurs employés. Selon le SECO, environ un tiers des personnes actives occupées en Suisse (34%) ont affirmé s'être souvent, voire très souvent, senties stressées, allant même jusqu'à porter atteinte à leur santé, et 8% se disent victimes de mobbing¹⁶. Au vu de ces chiffres, l'obligation de l'employeur de protéger la santé de ses employés prend donc tout son sens.

Par le biais du service proposé, des professionnels de la prévention et de la gestion des conflits sont mandatés pour permettre une résolution rapide et confidentielle du conflit. Les praticiens estiment que seule une infime partie des collaborateurs fait appel à une ressource externe. Dans 80% des cas, un ou deux entretiens suffisent à régler la situation. En effet, les personnes qui consultent ont besoin de pouvoir parler de manière confidentielle, avec quelqu'un d'externe à leur structure, sans forcément attendre d'action spécifique. Dans ces cas, le seuil émotionnel redescend et permet de pouvoir continuer les rapports de travail de manière plus harmonieuse, en facilitant l'apaisement des parties en conflit.

Il est également à relever le gain conséquent de temps et d'argent. En raison tout d'abord du fait que l'employeur délègue la gestion du litige à une personne spécifiquement compétente en la matière. Il ne perd lui-même pas de temps à s'en occuper personnellement et grâce aux compétences de la personne de confiance, le cas n'en est que plus vite réglé. Ensuite, en raison du fait que le service vise à éviter des procédures judiciaires qui sont souvent longues, coûteuses et éprouvantes tant pour l'employeur que pour l'employé. Dans le cadre du service mis en place, la prise en charge est rapide et la personne de confiance s'engage à contacter le plaignant de manière diligente. Une prise en charge rapide permet également d'éviter que les rapports de travail ne se dégradent, qu'un employé ne s'essouffle, tombe en incapacité de travail et, peut-être, résilie également son contrat de travail. Dès lors, il est apparu primordial que le service puisse

¹⁶ GREBNER/BERLOWITZ/ALVARADO/CASSINA, pp. 5, 10, 13 et 21.

proposer une intervention rapide par le biais de la personne de confiance afin de rétablir un climat de travail sain.

Certaines entreprises n'ayant pas la structure et les ressources internes nécessaires pour assurer le service prévu par l'arrêt du Tribunal fédéral, préfèrent externaliser le service auprès des Chambres de commerce. Ces dernières disposent d'un vaste réseau de personnes de confiance, qualifiées et expérimentées. Ne connaissant pas forcément ce domaine, les employeurs n'ont pas les contacts nécessaires. Dès lors, ils préfèrent se tourner vers les Chambres susmentionnées eu égard à leur connaissance des personnes.

V. Les préoccupations des employeurs

Lors de la présentation par les Chambres de commerce à la direction des entreprises et à leurs responsables des ressources humaines de l'arrêt du Tribunal fédéral du 9 mai 2012 et du service proposé par les Chambres de commerce, de nombreuses personnes ont exprimé leur crainte de ne plus pouvoir gérer les situations conflictuelles ou celles portant atteinte à la protection de la personnalité. En effet, leur sentiment était de ne plus obtenir les informations concernant les difficultés rencontrées par leurs employés et d'ainsi ne plus pouvoir remplir leur obligation de protéger leur santé. Il a alors été souligné que l'arrêt du Tribunal fédéral exige la confidentialité des échanges et du processus. L'employé doit avoir la possibilité de se confier à une personne de confiance hors hiérarchie sans que l'employeur n'en soit informé. Il a également été précisé aux employeurs afin de les rassurer quant à la prise en charge des cas par les personnes choisies par la Chambre de commerce, que ces personnes sont professionnelles, leurs compétences sont reconnues, et elles s'engagent à garantir la neutralité, l'indépendance, l'impartialité et le respect de la confidentialité.

Une autre crainte des entreprises était d'engager des frais illimités sans information sur les cas soumis aux Chambres de commerce. Comme susmentionné, la confidentialité doit être garantie. Pour limiter les coûts et éviter un usage abusif, il a été dès lors prévu que l'intervention de la personne de confiance désignée était limitée à trois heures au maximum par cas et que le tarif horaire était déterminé et connu par l'employeur. Ces limitations permettent à l'entreprise adhérente au service de connaître l'éventuel coût qu'engendre une saisine par un employé du service.

VI. Les premières expériences

Le service de prévention et de gestion des conflits des Chambres de commerce a été lancé en automne 2013 par la Chambre vaudoise du commerce et de l'industrie. A ce jour, quatorze entreprises ont adhéré au service. La Chambre neuchâteloise du commerce et de l'industrie a, quant à elle, proposé ce service à partir de janvier 2014 ; à ce jour douze entreprises y ont adhéré. Finalement, la Chambre de commerce et d'industrie de Fribourg a proposé ce service dès juin 2014 et compte sept entreprises adhérentes. La Chambre du commerce du canton du Tessin lancera le service en décembre 2014. Au jour de la rédaction de cette contribution, cinq requêtes ont été déposées auprès des Chambres de commerce : deux par les employés et trois par l'employeur. Les situations conflictuelles évoquées dans la requête concernent des conflits entre collègues, entre un employé et son supérieur hiérarchique, un cas de présomption d'harcèlement sexuel et un licenciement.

VII. En Europe

De nombreuses Chambres de commerce européennes proposent des services de médiation commerciale aux entreprises (notamment France, Italie, Belgique, Espagne, Norvège, Croatie, Chypre, Lituanie, Roumanie, Allemagne). Il ne s'agit toutefois pas de services spécifiques de gestion des conflits internes ou de médiation intra-entreprises. A notre connaissance, seule la Chambre de commerce de Paris, par le biais du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris, propose un tel service pour prévenir et gérer les conflits au sein des entreprises¹⁷.

VIII. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

LEMPEN K., Aperçu de la jurisprudence relative au harcèlement sexuel sur le lieu de travail, AJP/PJA 11/2006.

¹⁷ <http://www.cmap.fr/Les-solutions-du-cmap/La-mediation/Mediation-intra-entreprise/Definition-89-fr.html> (consulté le 22.11.2014).

GREBNER S./BERLOWITZ I./ALVARADO V./CASSINA M., sur mandat du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), Etude sur le stress 2010 : Le stress chez les personnes actives occupées en Suisse Liens entre conditions de travail, caractéristiques personnelles, bien-être et santé, Berne 2011.

Troisième partie - Dispositifs de prévention et gestion des conflits

B. Secteur public

NICOLE GOLAY

Le groupe Impact : 15 ans de gestion de conflits et de traitement des situations de harcèlement dans une administration publique

Sommaire	Page
I. Historique	248
A. Impulsion du Bureau de l'égalité	248
B. Création du groupe Impact	249
C. Focalisation initiale sur le harcèlement	250
D. Pérennisation de la structure et élaboration d'une base réglementaire	251
E. Autonomisation du groupe Impact	251
II. Le groupe Impact, missions et prestations	252
A. Composition et public cible	252
B. Définitions	252
1. Conflit	252
2. Harcèlement psychologique (<i>mobbing</i>)	253
3. Harcèlement sexuel	253
C. Prestations	254
1. Démarche informelle	254
2. Investigation	255
3. Sur la double compétence	256
III. Résultats chiffrés	256
A. Nombre d'entretiens	256
B. Population requérante	257
C. Proportion des interventions selon leur type	257
D. Proportion des situations de harcèlement psychologique et sexuel	258
E. Résultats détaillés sur 5 ans (2009-2013)	258
1. Résultats des investigations pour harcèlement psychologique entre 2009 et 2013	259
2. Résultats des investigations pour harcèlement sexuel entre 2009 et 2013	260
IV. Conclusion	260

I. Historique

Créé en 1999, le groupe Impact est la structure désignée par le Conseil d'Etat pour gérer les conflits au travail et lutter contre le harcèlement psychologique et sexuel au sein de l'Administration cantonale vaudoise (ACV).

Première structure en Suisse dotée de la double compétence de médiation et d'investigation, le groupe Impact a, depuis sa création, réalisé plus de 5'500 entretiens, 360 médiations et 120 investigations.

Les prestations liées à la gestion des conflits, quoique moins connues de par la confidentialité qu'elles imposent, sont, de loin, les interventions les plus sollicitées. Si les situations de harcèlement psychologique et sexuel sont, heureusement, très minoritaires, leur traitement s'avère particulièrement délicat : si l'on ne peut que souscrire à la nécessité de faire cesser et de sanctionner des agissements qui portent gravement atteinte aux victimes, il convient, parallèlement, de porter la plus grande attention aux risques de recours abusif à l'accusation de harcèlement qu'entraîne la mise en place d'une structure telle que le groupe Impact.

Au cours de ses 15 années d'activité, le groupe Impact s'est, de manière constante, efforcé d'analyser sa pratique, de clarifier sa méthodologie, en groupe, en supervision, avec le recours de spécialistes externes. Le recul paraît désormais suffisant pour retracer l'évolution de cette structure et pour dresser un bilan de son activité.

A. Impulsion du Bureau de l'égalité

Jusqu'en 1999, l'administration cantonale vaudoise ne disposait d'aucun service habilité à prendre en charge les situations de harcèlement. Seul le Bureau de l'égalité entre les femmes et les hommes (BEFH) avait la compétence, selon la loi d'application dans le canton de Vaud de la loi fédérale sur l'égalité, d'émettre, à la demande de l'autorité appelée à statuer, une appréciation sur les cas de discrimination au sens de la LEG¹, parmi lesquels le harcèlement sexuel, et de répondre aux sollicitations des personnes s'estimant victimes d'une telle discrimination. Le BEFH avait ainsi été amené, entre 1997 et 1998, à traiter 6 plaintes pour harcèlement sexuel, 5 externes à l'administration et une interne.

La situation de harcèlement sexuel au sein de l'ACV s'était révélée particulièrement grave dans la mesure où elle concernait une apprentie, majeure depuis peu, qui alléguait

¹ Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (RS 151.1).

avoir subi des attouchements à caractère sexuel de la part de son maître d'apprentissage. Le BEFH, au terme d'une enquête, avait conclu à l'existence du harcèlement allégué. Toutefois, en l'absence de directives formelles sur les suites à donner aux conclusions du rapport, l'autorité d'engagement n'avait pris aucune mesure de sanction contre l'auteur et n'avait ni reconnu ni réparé le dommage subi par la victime. Pire, elle avait émis de profonds doutes sur le bien-fondé de cette plainte, au motif que la personne mise en cause était père de famille et chrétien pratiquant. L'apprentie, très choquée, après avoir renoncé à saisir la justice, a interrompu son apprentissage et quitté l'administration, alors que l'auteur de harcèlement a poursuivi sa carrière jusqu'à la retraite.

Les notions de harcèlement psychologique et sexuel étaient alors peu thématiques et mal connues. Le BEFH a peu à peu été identifié, en partie à tort, comme la seule instance habilitée à prendre en charge tout problème relationnel survenant dans le cadre professionnel, y compris le *mobbing*. La direction du BEFH a très vite constaté que, sans un dispositif *ad hoc*, toute intervention sur ces situations était inutile, voire préjudiciable aux victimes comme à l'institution, et s'est attelée, dès 1998, à dessiner les contours d'une structure efficace.

A la même période, dans le cadre de ses activités ordinaires, le BEFH avait lancé une vaste enquête, avec le concours du service statistique (SCRIS) sur les conditions de travail et l'égalité dans l'administration vaudoise². Cette enquête qui avait récolté un taux de réponse honorable de 40%, soit 9'315 questionnaires retournés, comportait deux questions détaillées sur le harcèlement psychologique et sexuel. Les réponses à ces questions ont paru suffisamment préoccupantes pour donner au Conseil d'Etat de l'époque, en prise avec des finances publiques déficitaires depuis près de 10 ans, l'ultime impulsion pour la mise sur pied rapide d'un dispositif *ad hoc*. En effet, 30% des personnes interrogées avaient déclaré subir ou avoir subi une ou plusieurs situations de harcèlement psychologique au cours de leur carrière au sein de l'ACV, alors que 18% des femmes et 11% des hommes estimaient avoir subi des agressions correspondant à du harcèlement sexuel, surtout, pour ces derniers, dans ses manifestations verbales et sexistes.

B. Création du groupe Impact

Dans ce contexte d'austérité financière, la proposition du Bureau de l'égalité visant à la création d'une structure de lutte contre le harcèlement psychologique (*mobbing*) et sexuel au travail a néanmoins été acceptée. L'objectif était de protéger les collaborateurs

² Bureau de l'égalité entre les femmes et les hommes (BEFH), *Conditions de travail et égalité entre les sexes dans l'administration cantonale vaudoise. Rapport d'enquête*. Avril 1999.

et collaboratrices de l'Etat contre le harcèlement et d'améliorer le climat général de travail. Des bénéfices financiers étaient également attendus car une étude de l'Association suisse contre le *mobbing* avait, à cette époque, évalué le coût moyen indirect d'un cas de *mobbing* à CHF 30'000.-, en raison, notamment, de l'absentéisme et de la baisse de productivité qu'il générait.

Un comité de pilotage (COPIL) réunissant notamment un chef de service, un secrétaire général, un représentant des trois syndicats de la fonction publique, le Bureau de l'égalité, le médecin cantonal, ainsi que divers experts internes et externes a été désigné pour définir et implanter un dispositif interne. La représentativité de la structure était le concept global qui sous-tendait le travail du COPIL. Les membres devaient être représentatifs des 7 départements de l'ACV et de ses différents niveaux hiérarchiques. Sept membres ont ainsi été désignés, par cooptation du COPIL. Après avoir reçu une formation sur 3 mois, chacun et chacune continuait à travailler dans son service d'origine et consacrait 20% de son temps à cette structure, baptisée d'emblée groupe Impact, sous prétexte d'un acronyme pour Intervention et Médiation Pour l'Amélioration des Conditions de Travail.

C. Focalisation initiale sur le harcèlement

Parallèlement à la désignation de ses membres, le COPIL a élaboré un arrêté du 23 juin 1999 relatif à la lutte contre le harcèlement au travail dans l'administration cantonale vaudoise. Cet arrêté donnait au groupe Impact une mission exclusivement centrée sur le traitement des situations de harcèlement, pour laquelle il avait des pouvoirs d'investigation étendus. La médiation y était mentionnée de manière presque incidente et pouvait n'être tentée après le dépôt d'une plainte pour harcèlement (art. 9). Comme le souci majeur était, dans cette période d'émergence de la notion de harcèlement, de libérer la parole des victimes et d'encourager le signalement des cas, l'objectif principal était la protection des victimes et des témoins, à qui la confidentialité était assurée et qui ne signaient pas leur procès-verbal. La procédure ne comprenait aucune disposition garantissant le droit d'être entendu de la partie mise en cause qui n'avait pas accès au dossier, ne pouvait pas se déterminer et ne recevait aucune copie du rapport. Enfin, l'autorité d'engagement n'était pas tenue de se prononcer sur les conclusions du rapport.

Tant l'organisation de la structure que le contenu de l'arrêté s'est rapidement révélé peu opérationnel. Le faible taux d'activité des membres posait des problèmes d'efficacité liés, notamment, à la lenteur que cela induisait dans les procédures. Le système de désignation par cooptation s'est révélé peu professionnel et des modifications sont rapidement intervenues dans la composition du groupe, avec une diminution du nombre de ses membres et une augmentation de leur taux d'activité. Quant à l'arrêté, certaines de ses lacunes, notamment celles concernant le respect du droit d'être entendu ont été

dénoncées avec vigueur par les personnes mises en cause, et, le cas échéant, par leur conseil. Pour le surplus, les rapports remis à l'autorité d'engagement restaient fréquemment sans suite. Ces problèmes importants ont imposé une refonte complète de l'arrêté, qui, dès le départ, avait été conçu comme provisoire car devant être réexaminé dans le cadre de la nouvelle loi sur le personnel³ (LPers), alors en gestation.

D. Pérennisation de la structure et élaboration d'une base réglementaire

En juillet 2000, le Conseil d'Etat a chargé des mandataires externes d'évaluer les prestations et l'organisation du groupe Impact. Cette évaluation, malgré les problèmes cités précédemment, a confirmé l'utilité de la structure. Elle a recommandé sa pérennisation, ainsi qu'une meilleure promotion des deux filières d'intervention que sont la médiation et l'investigation. Elle a également recommandé d'attribuer au groupe Impact le rôle plus large de lieu d'accueil des problèmes au travail.

La pérennisation du groupe Impact sera concrétisée dans la nouvelle loi sur le personnel de l'Etat de Vaud du 12 novembre 2001 qui stipule que l'employeur prend des dispositions de lutte contre le harcèlement et le *mobbing* (art. 5). Celle-ci sera complétée par le Règlement relatif à la gestion des conflits au travail et à la lutte contre le harcèlement du 9 décembre 2002⁴ (RCTH) qui, après quelques modifications en 2010, est encore en vigueur actuellement.

E. Autonomisation du groupe Impact

Tant dans l'arrêté que dans le règlement qui lui a succédé, l'indépendance du groupe Impact était garantie. Or, depuis sa création, il dépendait du BEFH et était dirigé, sur le plan opérationnel et stratégique, par la cheffe du BEFH. Cette dépendance s'est révélée être dommageable, en termes d'image, tant pour le BEFH, dont l'action était assimilée à la seule lutte contre le harcèlement, que pour le groupe Impact, dont on craignait qu'il fût aveuglé, dans son traitement des situations de harcèlement sexuel notamment, par un parti pris féministe. Différentes solutions ont été examinées pour permettre au groupe Impact d'acquérir une indépendance de fait. Dans un premier temps, une solution d'externalisation de la structure a été examinée, puis écartée suite à une analyse démontrant que, pour produire des prestations de même niveau, une externalisation

³ Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (RS 172.220.1).

⁴ RSVD 172.31.7.

n'engendrerait aucune économie et imposerait un contrôle très serré des prestations fournies.

La solution retenue a été le maintien du groupe Impact au sein de l'ACV, avec une séparation du BEFH au 1^{er} janvier 2006, un rattachement fonctionnel au Président du Conseil d'Etat et un rattachement administratif à la Chancellerie d'Etat. Cette organisation est toujours en vigueur actuellement.

II. Le groupe Impact, missions et prestations

A. Composition et public cible

Le groupe Impact se compose actuellement de 5 personnes (4 ETP), juristes, avocat ou détentrices d'un master en lettres, formées en médiation et en *coaching*. Elles sont habilitées à intervenir dans tous types de problèmes relationnels survenant dans le cadre professionnel.

Le groupe Impact peut être sollicité directement, gratuitement, et en toute confidentialité par les collaboratrices et collaborateurs de l'Administration cantonale vaudoise, quel que soit leur statut hiérarchique, ainsi que par le personnel et les cadres de 16 groupements hospitaliers et institutions avec lesquels un mandat de collaboration a été conclu.

La possibilité d'accepter des mandats externes, contre rémunération, est prévue par le RCTH (art. 7a) mais doit être soumise à l'accord préalable du président du Conseil d'Etat. Les demandes de collaborations sont en constante augmentation depuis 3 ans.

B. Définitions

La distinction entre conflit et harcèlement est essentielle pour le travail du groupe Impact, qui se base sur les définitions suivantes.

1. Conflit

Un conflit est un désaccord persistant entre personnes ou entités. Il est inhérent à toute vie en collectivité, particulièrement dans le monde professionnel de par les interactions permanentes qui s'y déroulent. Contrairement à ce que pensent nombre de cadres qui hésitent à s'adresser à une instance externe en cas de difficultés, le conflit n'est pas, en soi, synonyme de mauvaise gestion. Il ne s'agit pas de vouloir éviter tout désaccord, car les critiques constructives et les divergences d'opinion sont le signe d'un climat de travail dynamique et ouvert, et peuvent être la source de changements profitables.

Toutefois, lorsqu'un conflit perdure, il est probable qu'il s'envenime, se teinte d'agressivité et de frustration. Un conflit mal ou non géré est toujours vécu douloureusement par les protagonistes. Il provoque, pour l'ensemble de l'entité, une dégradation du climat de travail, ainsi qu'une perte de temps et d'énergie considérables pour l'encadrement. Un conflit doit non seulement être géré, mais il doit également être résolu.

Dans un conflit, la relation, même de très mauvaise qualité, conserve un aspect symétrique. Malgré les désaccords, une certaine égalité relationnelle existe, chacune des parties ayant droit à la parole.

2. Harcèlement psychologique (*mobbing*)

La symétrie n'existe pas dans le harcèlement et c'est principalement cet élément qui permet de distinguer le conflit du harcèlement. Lorsque le pouvoir est en mains d'une seule personne qui, par ses agissements, tend à porter atteinte, à écarter, voire à éliminer l'autre, il est alors possible de parler de harcèlement. Le harcèlement repose, le plus souvent, sur un refus du conflit. Il est ainsi moins facilement détectable qu'un conflit, généralement bruyant, car le harcèlement est insidieux.

La définition du harcèlement psychologique sur laquelle se base le groupe Impact est formulée dans le RCTH et correspond à celle que le Tribunal fédéral a développée :

« Est constitutif de harcèlement psychologique (mobbing) tout enchaînement de propos ou d'agissements hostiles d'une ou de plusieurs personnes qui tend à dénigrer, isoler ou exclure une ou plusieurs personnes de manière répétée, fréquente et durable »⁵.

3. Harcèlement sexuel

Le harcèlement sexuel est également défini dans le RCTH et correspond à la définition qu'en donne la LEg.

« Est constitutif d'un harcèlement sexuel tout comportement importun de caractère sexuel ou tout autre comportement fondé sur l'appartenance sexuelle qui porte atteinte à la dignité de la personne sur son lieu de travail, en particulier le fait de proférer des menaces, de promettre des avantages, d'imposer des contraintes ou d'exercer des pressions de toute nature sur une personne en vue d'obtenir d'elle des faveurs de nature sexuelle »⁶.

⁵ Art. 3 al. 1^{er} RCTH.

⁶ Art. 3 al. 2 RCTH.

Cette définition englobe ainsi les deux types de harcèlement sexuel reconnus par le Tribunal fédéral : le harcèlement « *chantage* » qui se traduit, de manière plus ou moins explicite, par des menaces ayant trait à la situation professionnelle ou par des promesses d'avantages et qui suppose une subordination hiérarchique de la victime à l'égard du harceleur ou de la harceuse, et le harcèlement « *climat de travail empoisonné* » qui comprend des propos sexistes ou à caractère sexuel répétés, ou l'exhibition ou la diffusion de matériel à caractère érotique ou pornographique, notamment.

C. Prestations

Le groupe Impact peut mener deux types d'interventions, désignées dans le RCTH par « *démarche informelle* » (chap. III) et « *investigation* » (chap. IV).

1. Démarche informelle

Les prestations de ce type s'appliquent à des situations de difficultés relationnelles et de conflits. Le choix du mode d'intervention dépend de la demande de la personne requérante ainsi que des particularités du cas d'espèce.

Contrairement à certaines craintes parfois exprimées, le fait de s'adresser au groupe Impact ne déclenche pas d'office une procédure lourde, l'objectif poursuivi étant de contribuer à résoudre le problème de la manière la plus efficace et la moins dommageable pour la personne requérante. Dans la phase informelle, la personne requérante garde la maîtrise de son dossier tout au long de l'intervention et son accord est sollicité avant toute démarche entreprise. A l'égard des personnes qui font appel à lui, le groupe Impact s'engage à observer une totale confidentialité, à ne pas prendre parti dans le conflit, à respecter les choix de la personne, à ne rien faire sans son accord et à être transparent, soit dire ce qu'il fait et comment il le fait.

Dans le cadre de la phase informelle, les prestations suivantes sont proposées :

a) Entretiens individuels

Les entretiens individuels sont le début de toute démarche au groupe Impact. Ils permettent à la personne rencontrant des difficultés relationnelles d'analyser la situation, de prendre du recul et de développer, avec l'aide d'un ou d'une professionnelle externe, une stratégie lui permettant de traiter elle-même le problème, si cela est possible et souhaité.

b) Médiation

La médiation est un processus de gestion de conflits, facilité par un tiers n'exerçant pas de pouvoir de décision. Le but est de rétablir, voire d'établir la communication et de permettre aux personnes en conflit de trouver le moyen de poursuivre leur collaboration de manière satisfaisante pour chacune d'elles.

c) Intervention auprès d'une équipe

Cette intervention est initiée à la demande de la direction d'un service ou d'un département. L'objectif poursuivi est d'évaluer le climat de travail, de cerner les problèmes et de permettre à la hiérarchie de mettre en place des actions correctrices. Le groupe Impact entend individuellement les membres de l'équipe, puis fait, à l'intention de la direction, une synthèse des problèmes évoqués. Il participe, avec la direction, à l'élaboration d'un programme d'action. Une séance de restitution est faite à l'équipe par le groupe Impact, et l'ensemble des mesures décidées est annoncé par la direction au cours de la même séance.

d) Coaching de cadres

Il s'agit d'un accompagnement structuré, accordé pendant une période définie, à un cadre ayant des difficultés relationnelles avec l'équipe dont il a la responsabilité. Le but est de l'aider à améliorer son management sur la base des situations concrètes qui posent problème. Cette prestation implique l'accord du cadre concerné ainsi que celui de sa ou de son supérieur hiérarchique.

2. Investigation

La gestion de conflits n'est pas appropriée dans les situations d'atteintes graves à la personnalité. En cas de suspicion d'actes hostiles répétés pendant une certaine durée, et sur la base d'une plainte écrite, jugée recevable, une investigation est ouverte. Il s'agit d'une démarche formelle, qui comprend différentes étapes.

Le groupe Impact peut être saisi soit par le collaborateur ou la collaboratrice qui s'estime victime d'agissements hostiles, soit par l'autorité d'engagement qui aurait eu connaissance d'actes abusifs ou de harcèlement au sein du service ou de l'entité qu'elle gère. Il peut également ouvrir d'office une investigation lorsqu'il y a, sur la base d'indices convergents, suspicion de harcèlement psychologique ou sexuel dans un service, et que personne ne peut ou ne veut assumer la charge d'une plainte. En 15 ans d'activité, cette possibilité n'a été utilisée qu'à deux reprises.

Depuis 2010, le groupe Impact a la possibilité de procéder à une enquête préliminaire, qui permet de classer rapidement une affaire lorsqu'elle ne relève manifestement pas du harcèlement psychologique ou sexuel.

Lorsque les résultats de l'enquête préliminaire ne permettent pas le classement, une investigation est ouverte. Au terme de l'instruction et de la phase de détermination des parties, l'investigation débouche sur un rapport qui établit les faits, détermine si le harcèlement est avéré ou non, et, le cas échéant, qui en est la victime et qui en est l'auteur. L'autorité d'engagement dispose d'un délai pour décider si elle adhère ou non aux conclusions du rapport. Les parties peuvent recourir contre cette décision au Tribunal de prud'hommes de l'Administration cantonale (TRIPAC). C'est à l'autorité d'engagement, et non au groupe Impact, qu'il appartient de prononcer les sanctions appropriées à l'égard des auteurs de harcèlement.

Les conclusions du groupe Impact ont, à une exception près, toujours été suivies par l'autorité d'engagement.

3. Sur la double compétence

La double compétence de gestion de conflits et d'investigation était une première, la théorie sur la médiation ne prévoyant pas que l'on puisse à la fois gérer des conflits et mener des enquêtes visant à établir les responsabilités.

Après avoir testé cette formule pendant plusieurs années, la conclusion s'avère nettement positive. Elle permet de disposer d'une vaste palette d'interventions et de proposer la solution la mieux adaptée à la situation, voire, en cas de besoin, de glisser d'une procédure à l'autre. Cette dernière possibilité reste plus théorique qu'effective car il est rare de passer de la procédure informelle à l'investigation, ou le contraire, les indications pour chaque procédure étant différentes. Enfin, la pratique a démontré qu'il est plus facile, pour une personne en conflit dont le premier réflexe est souvent de régler son compte à l'autre, d'entrer dans un processus de médiation lorsqu'elle conserve la possibilité de solliciter une démarche plus offensive. Enfin, il convient d'insister sur le fait que la posture des médiateurs et des investigateurs est identique en termes d'impartialité, quelle que soit la démarche entreprise.

III. Résultats chiffrés

A. Nombre d'entretiens

L'activité du groupe Impact a plus que doublé en 15 ans (239 entretiens en 2000, 512 en 2013). L'analyse des cas tend à démontrer que l'augmentation du nombre des entretiens

n'est pas liée à une éventuelle détérioration des conditions de travail dans l'ACV, mais doit davantage être mise en relation avec, d'une part, une sensibilité générale accrue à l'égard de certains problèmes professionnels comme le stress, le *burnout* ou le harcèlement et, d'autre part, avec un gain de visibilité du groupe Impact.

Alors qu'une seule rencontre suffit parfois à répondre à une demande, certaines interventions, en particulier les investigations, entraînent un nombre important d'entretiens, rarement moins de 20 par investigation, par exemple. Ce sont ainsi 1'381 situations distinctes qui ont été traitées entre le 1^{er} janvier 2000 et le 31 décembre 2013.

B. Population requérante

Les personnes s'adressant au groupe Impact sont issues de tous les départements et appartiennent à tous les niveaux hiérarchiques, selon une répartition correspondant à celle de l'ensemble des collaborateurs et collaboratrices de l'ACV.

Parmi les personnes qui prennent l'initiative d'une démarche, les femmes sont majoritaires. La moyenne sur 15 ans est de 63% de femmes et 37% d'hommes, ce qui est relativement proche de la population de référence, 61% de femmes et 39% d'hommes travaillant dans l'ACV en 2013.

Pour des raisons liées à l'interprétation des données, le groupe Impact ne diffuse pas de données sur les départements ou les services auxquels sont rattachées les personnes requérantes, ces données se révélant difficiles à interpréter. Il serait, par exemple, difficile de déterminer, dans le cas d'un service qui ne ferait jamais appel au groupe Impact, s'il est exempt de problèmes relationnels, si ceux-ci sont correctement pris en charge par les instances internes du service, ou si les collaborateurs et collaboratrices subissent une pression qui les empêche de faire état, à l'extérieur, des problèmes qu'ils rencontrent.

C. Proportion des interventions selon leur type

Il convient de retenir que, sur 15 ans d'activités, plus de 90% de l'ensemble des situations sont traitées par la démarche informelle.

Bien que le volume des activités ait considérablement augmenté en 15 ans, il est frappant de constater que la proportion du type d'interventions demeure constante, avec une très forte prédominance des entretiens individuels.

Les interventions de cette catégorie se répartissent comme suit :

- 65% des situations sont traitées par un ou plusieurs entretiens confidentiels.

- 25% des situations donnent lieu à une médiation.

Le nombre de médiations a plus que quadruplé depuis la création du groupe Impact. Ce résultat est positif car ce processus donne, dans la plupart des cas, des résultats très satisfaisants, selon ce qui ressort des suivis des médiations effectués par le groupe Impact après 6 et 12 mois.

- 2% de l'ensemble des cas, donnent lieu à une intervention auprès d'une équipe ou à un coaching de responsable hiérarchique.

Dans la majorité des cas (68%), le conflit évoqué par la personne requérante concerne un-e supérieur-e. Dans 30% des cas, le problème relationnel concerne un-e ou des collègues, et, dans une faible proportion de cas (2%), la personne est en conflit à la fois avec un-e ou des collègues et un-e supérieure.

D. Proportion des situations de harcèlement psychologique et sexuel

Sur les 1'381 situations traitées par le groupe Impact entre 2000 et 2013, 110 demandes (8%) ont débouché sur une plainte pour harcèlement, parmi lesquelles 89 cas (6,5% de l'ensemble des situations) concernent du harcèlement psychologique ou *mobbing* et 21 cas (1,5% de l'ensemble des situations) du harcèlement sexuel.

E. Résultats détaillés sur 5 ans (2009-2013)

Il a paru intéressant de détailler les plaintes pour harcèlement, ainsi que leurs conclusions et leurs conséquences. Certains items n'étant que partiellement recensés avant 2009, ce sont les résultats des 5 dernières années qui seront examinés dans le détail ci-dessous.

Entre 2009 et 2013, le groupe Impact a instruit 43 investigations, dont 35 pour *mobbing* et 8 pour harcèlement sexuel.

Sur les 43 investigations menées, 32 l'ont été sur demande de l'autorité d'engagement. Cela constitue l'un des résultats les plus marquants de ce bilan chiffré et montre qu'alors que la direction de certains services avait réagi négativement à la création d'une structure accessible aux collaborateurs et collaboratrices, sans passer par la hiérarchie, les craintes se sont dissipées et l'encadrement considère désormais le groupe Impact comme un partenaire utile.

Ce sont 10 plaintes qui ont été déposées par la personne s'estimant victime de harcèlement, et le groupe Impact n'a déclenché qu'une seule investigation par saisine d'office.

1. Résultats des investigations pour harcèlement psychologique entre 2009 et 2013

a) Nombre de cas de *mobbing* avérés

Sur les 35 enquêtes pour *mobbing* menées pendant ces 5 années, le groupe Impact a conclu à l'existence de harcèlement psychologique dans 14 cas, dans lesquels les trois conditions cumulatives constitutives de harcèlement, soit l'existence de comportements abusifs, fréquents et répétés sur une certaine durée, ont été constatés. Dans 16 autres cas, s'il n'y avait pas de *mobbing* au sens strict de la définition, divers dysfonctionnements plus ou moins graves, de type managériaux ou organisationnels, ont été constatés. Enfin, dans 5 investigations, les allégations de harcèlement se sont révélées infondées, sans qu'aucun problème notable, lié à l'organisation, au climat de travail ou au mode de gestion n'ait été mis en évidence. Ces situations sont les plus délicates car il est difficile, et hors de la compétence du groupe Impact, de distinguer les fausses plaintes, déposées dans le but délibéré de nuire, des situations où la personne plaignante, enfermée dans une posture victimaire, croit sincèrement à sa version des faits.

b) Sanctions prononcées

Sur les 14 cas avérés de harcèlement psychologique, des sanctions disciplinaires ont été ordonnées contre l'auteur de harcèlement dans 13 d'entre eux, le dernier s'étant soldé par la démission de l'auteur. C'est ainsi que 6 licenciements, 3 conventions de départ et 4 avertissements, dont 2 avec déplacement de l'auteur et retrait de responsabilités, ont été prononcés.

c) Statut hiérarchique de l'auteur-e de *mobbing*

Parmi les 14 cas avérés, l'auteur du *mobbing* avait, à 9 reprises, une position de responsable hiérarchique par rapport à la victime, et à 5 reprises, il s'agissait d'un ou d'une collègue.

d) Sexe de l'auteur-e de *mobbing*

A 8 reprises, l'auteur du *mobbing* était de sexe masculin et à 6 reprises de sexe féminin.

e) Sexe de la victime de *mobbing*

Toujours parmi les 14 cas avérés, dans 7 d'entre eux la victime était de sexe féminin et dans 5 cas de sexe masculin. Dans les 2 situations restantes, plusieurs victimes hommes et femmes ont été identifiées.

2. Résultats des investigations pour harcèlement sexuel entre 2009 et 2013

a) Nombre de cas de harcèlement sexuel attestés

Sur les 8 enquêtes pour harcèlement sexuel menées entre 2009 et 2013, le groupe Impact a conclu à l'existence de harcèlement sexuel à 7 reprises. La conclusion a été négative dans un seul cas où la plaignante souffrait, selon toute vraisemblance, de troubles de la perception.

b) Sanctions

Les auteurs ont tous été sanctionnés. Il a ainsi été procédé à 5 licenciements et 2 avertissements dont un assorti de retrait de responsabilités.

c) Statut hiérarchique de l'auteur de harcèlement sexuel

Dans 6 cas, l'auteur était un ou une responsable hiérarchique et dans un cas un collègue de la victime.

d) Sexe de l'auteur-e de harcèlement sexuel

Dans 6 cas, l'auteur était de sexe masculin et, dans un cas, de sexe féminin.

e) Sexe de la victime de harcèlement sexuel

Dans 6 cas, la victime était une femme et, dans un cas, un homme.

IV. Conclusion

Le conflit est, depuis 15 ans, le motif principal des demandes d'entretien au groupe Impact. Souvent ignoré ou banalisé, le conflit a pourtant des effets dévastateurs sur les personnes et sur l'institution. Les outils de gestion de conflits proposés par le groupe Impact ont démontré leur utilité. Pratiquée de manière professionnelle, la médiation apaise la situation et permet, dans la plupart des cas, la poursuite d'une collaboration, comme le démontre le suivi mis en place pour toutes les médiations.

Les conflits qui se règlent le plus facilement sont ceux qui sont traités rapidement. Un conflit doit être non seulement managé mais également résolu. Tout l'art d'un cadre consiste à le repérer, à le traiter, et à savoir à partir de quand il convient de le confier à une instance externe.

Les plaintes pour harcèlement sont, en toute logique, proportionnellement moins fréquentes, et les cas avérés le sont encore moins puisque seules 4 enquêtes sur 10 concluent à l'existence d'un harcèlement psychologique.

La procédure d'investigation exige minutie, impartialité, respect des droits de chaque partie. Et beaucoup de temps, car le groupe Impact consacre, en moyenne, 200 heures de travail par investigation. Cette procédure est souvent mal vécue par l'entité concernée, en partie paralysée dans l'attente du rapport. Cela a amené le groupe Impact à faire des efforts constants pour réduire la durée des investigations. Cette démarche, aussi lourde qu'elle soit, n'en demeure pas moins indispensable. Elle permet de reconnaître les victimes, de faire cesser et de sanctionner les dérives comportementales les plus graves. Elle permet aussi de mettre un terme à d'éventuelles accusations de harcèlement non fondées et de révéler des problèmes organisationnels ou de gestion.

Le harcèlement sexuel représente un abus de pouvoir majeur et le bilan démontre qu'il n'est presque jamais invoqué à tort. Le groupe Impact a, en 15 ans, mené 21 investigations pour harcèlement sexuel et a conclu positivement à 19 reprises. Il convient donc de prendre très au sérieux les allégations de harcèlement sexuel.

L'un des résultats frappants est la proportion très élevée des enquêtes demandées par la hiérarchie (80%), proportion qui a considérablement augmenté ces 5 dernières années. Cela démontre que l'encadrement est de plus en plus attentif à la problématique du harcèlement, et que le groupe Impact, mieux connu au fil des années, est plus sollicité pour apporter son expertise.

Si le harcèlement est généralement pris au sérieux, notamment pour les dégâts d'image qu'il est susceptible d'entraîner pour l'encadrement et l'institution, il n'est pas toujours détecté à temps. Quant au conflit qui génère, lui aussi, malaise, souffrance et mauvais climat de travail, il est fréquemment minimisé, alors qu'il met à rude épreuve tant l'équipe que l'encadrement, et qu'il est très coûteux en temps et en énergie.

Après 15 ans de pratique, le groupe Impact a corrigé certaines erreurs de jeunesse. L'équipe est professionnelle et a accumulé une expérience peu commune, de par le nombre et la diversité des cas que l'on rencontre dans une grande administration telle que l'ACV, qui comprend 423 emplois-types différents. La procédure a fait ses preuves et n'a jamais été remise en cause par les instances judiciaires amenées à l'examiner, dans le cadre des recours déposés ultérieurement par une partie s'estimant lésée par les conclusions d'un rapport.

Les réticences d'une partie de la hiérarchie, fortes au départ, ont fait place à une collaboration souvent fructueuse, le groupe Impact ayant démontré sa volonté constante d'être utile non seulement aux collaborateurs et collaboratrices mais également à l'encadrement.

Si le bilan relatif à la manière dont le groupe Impact traite les situations qui lui sont amenées est relativement positif, il n'en est pas de même en ce qui concerne son activité de prévention, reléguée au second plan en raison de la charge de travail que représente le traitement des situations courantes. Il n'en reste pas moins que l'un des rôles d'une structure telle que le groupe Impact est de contribuer à la réduction des atteintes à la personnalité en agissant en amont.

Il est établi que les éléments essentiels de la prévention reposent sur l'information et la formation, permettant aux victimes d'identifier rapidement ce qu'elles vivent et fournissant à l'encadrement les outils nécessaires à l'identification et au traitement des situations potentiellement dangereuses. La lutte contre le harcèlement n'est efficace que si elle est déclinée en cascade, depuis le plus haut niveau hiérarchique. Le groupe Impact, légitimé en cela par une mesure inscrite dans le programme de législature 2012-2017, se concentre sur un renforcement de la formation et de l'information, dont la première étape, actuellement en cours, consiste en la formation des 1'300 cadres ayant du personnel à charge.

Troisième partie - Dispositifs de prévention et gestion des conflits

C. Harcèlement sexuel

KARINE LEMPEN

Les procédures relatives au harcèlement sexuel dans le secteur privé ou public

Sommaire	Page
I. Introduction	265
II. Le standard minimum	266
III. Faut-il un règlement spécifique ?	268
IV. Quelles tâches et quel profil doivent avoir les personnes de confiance ?	270
V. Le personnel d'encadrement informé d'un cas de harcèlement sexuel doit-il avertir la direction ?	271
VI. Conclusion	273
VII. Bibliographie	273

I. Introduction

Le droit suisse du travail interdit le harcèlement sexuel au titre d'atteinte à la santé (art. 6 LTr)¹, à la personnalité (art. 328 CO)² et à l'égalité entre femmes et hommes (art. 4 LEg³, 6 OPers⁴). La loi fédérale sur l'égalité définit le harcèlement sexuel comme un comportement discriminatoire, importun, de caractère sexuel ou fondé sur l'appartenance sexuelle, qui porte atteinte à la dignité de la personne sur son lieu de travail (art. 4 LEg).

Les responsables d'entreprise doivent veiller « à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes » (art. 328 al. 1 CO). En cas d'action judiciaire, la partie employeuse devra prouver

¹ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 23 mars 1996 (RS 822.11).

² RS 220.

³ Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995, RS 151.1.

⁴ Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001, RS 172.220.111.3.

« avoir pris les mesures que l'expérience commande, qui sont appropriées aux circonstances et que l'on peut raisonnablement attendre » d'elle pour prévenir, en amont, la survenance du harcèlement sexuel et mettre fin, le cas échéant, à ces actes (art. 5 al. 3 LEg).

Si elle n'y parvient pas, elle pourra être condamnée à verser à la personne harcelée sur la base de son sexe une indemnité spéciale (art. 5 al. 3 LEg), d'au maximum six mois de salaire moyen suisse (art. 5 al. 4 LEg)⁵. En cas d'atteinte particulièrement grave, elle risque de devoir lui verser, en outre, une indemnité pour tort moral selon les règles générales du Code des obligations (art. 49 CO, art. 5 al. 5 LEg)⁶.

Le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG) est régulièrement sollicité par des responsables en ressources humaines du secteur privé ou public qui souhaitent obtenir des précisions sur les mesures à adopter pour répondre aux exigences légales en matière de prévention et de sanction du harcèlement sexuel au travail.

Dans ce cadre, les questions les plus souvent posées sont les suivantes :

- quel est le minimum requis de la part de toutes les entreprises, quelle que soit leur taille ?
- est-il conseillé de prévoir un règlement spécifiquement consacré au harcèlement sexuel ?
- quelles tâches et quel profil doivent avoir les personnes de confiance ?
- le personnel d'encadrement informé d'un cas de harcèlement doit-il avertir la direction ?

La présente contribution est structurée de façon à répondre à ces quatre interrogations.

II. Le standard minimum

Le devoir de diligence résultant de la loi fédérale sur l'égalité s'applique tant au secteur privé qu'au secteur public (art. 2 LEg). La loi ne contient aucune liste des mesures concrètes que doivent prendre les entreprises et les administrations pour prévenir le harcèlement sexuel et y mettre fin. Les exigences varient en fonction de la situation particulière de l'entité employeuse, notamment de sa taille.

⁵ En pratique, les tribunaux calculent l'indemnité sur la base du salaire médian suisse qui, selon l'Office fédéral de la statistique, a atteint CHF 6'118.- en 2012. L'indemnité pour harcèlement sexuel calculée sur cette base peut donc s'élever au maximum à CHF 36'780.-.

⁶ Cf. AUBERT, N 75 *ad* art. 5 LEg ; DUNAND, N 52 *ad* art. 328 CO.

Toutefois, comme en matière de harcèlement psychologique, il est généralement attendu des entreprises, y compris des PME, qu'elles prennent au moins les mesures suivantes⁷ :

- une *déclaration de principe* précisant, de façon claire et dépourvue d'ambiguïté, que la direction ne tolère pas le harcèlement ;
- une *information* – régulière – à l'ensemble du personnel sur la notion de harcèlement, la procédure à suivre et les sanctions auxquelles s'exposent les personnes qui harcèlent. Le personnel d'encadrement, en particulier, doit être rendu attentif au fait qu'il a l'obligation de prendre des mesures pour mettre fin à un cas dont il aurait connaissance⁸ ;
- la *désignation d'une personne de confiance*, hors hiérarchie, interne ou externe à l'entreprise, à laquelle les personnes harcelées peuvent s'adresser, confidentiellement, afin de recevoir des conseils et un soutien. Il est fondamental que les personnes désignées disposent du temps rémunéré et de la formation spécifique nécessaires pour accomplir ces tâches. La jurisprudence du Tribunal fédéral montre que l'on peut raisonnablement attendre d'une entreprise qu'elle nomme une personne de confiance même si elle occupe moins de dix personnes⁹. Nous reviendrons plus loin sur ce point¹⁰.

L'adoption d'un *règlement* sur le harcèlement n'est pas indispensable. Les petites entreprises, en particulier, peuvent en faire l'économie. Une récente enquête sur le harcèlement sexuel, réalisée dans le cadre du Programme national de recherche 60 « *Egalité entre femmes et hommes* », révèle que les règlements, faute d'être connus ou mis en œuvre, ne déploient généralement que peu d'effets préventifs. A cet égard, une réaction rapide de l'entreprise face à un cas concret est davantage déterminante¹¹.

En pratique toutefois, il s'avère souvent utile de définir la procédure à suivre et les voies de recours internes en cas de harcèlement dans un règlement d'entreprise. Le personnel devra être associé à l'élaboration du document et en connaître la teneur¹² (art. 48 LTr, 10 Loi sur la participation¹³).

⁷ Au sujet de la portée du devoir de diligence, voir : LEMPEN, N 24-25 *ad* art. 4 LEg ; SECO, p. 302-G - 302-H. Voir aussi le site www.harcelementsexuel.ch (consulté le 22.11.2014) > prévention <http://www.ebg.admin.ch/themen/00008/00074/00083/index.html?lang=fr> (consulté le 22.11.2014).

⁸ Cf. *infra* V.

⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_462/2011 du 9 mai 2012, consid. 4 et 5.

¹⁰ Cf. *infra* IV.

¹¹ KRINGS/SCHÄR MOSER/MOUTON, p. 18.

¹² SECO, p. 302-H.

¹³ Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17 décembre 1993, RS 822.14.

III. Faut-il un règlement spécifique ?

L'étude susmentionnée, réalisée dans le cadre du PNR 60, recommande, pour des motifs d'efficacité, d'ancrer les mesures de prévention du harcèlement sexuel dans le contexte plus large de la promotion du respect, de la santé et de la diversité sur le lieu de travail¹⁴. Le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), par exemple, traite du harcèlement sexuel non seulement dans une brochure spécifique à ce thème¹⁵, mais aussi dans une nouvelle publication intitulée « *Mobbing et autres formes de harcèlement. Protection de l'intégrité personnelle au travail* »¹⁶.

Le choix stratégique consistant à traiter ensemble les différents types de harcèlement ne doit pas nous faire oublier que le harcèlement sexuel se distingue du harcèlement psychologique par ses causes, sa définition et son indemnisation. En outre, les instances à saisir ne sont pas nécessairement les mêmes en cas de harcèlement sexuel ou psychologique. Les lignes qui suivent expliquent ces spécificités.

En ce qui concerne les causes, tout d'abord, l'enquête mentionnée plus haut met en évidence divers facteurs qui favorisent la survenance du harcèlement sexuel sur le lieu de travail. Selon cette étude, un climat sexualisé, où le flirt et les allusions sexuelles sont courants, est propice à l'apparition d'actes harcelants. En outre, les femmes qui travaillent dans un environnement majoritairement masculin ont davantage tendance à adopter des comportements susceptibles d'être harcelants. Enfin, le risque de harcèlement sexuel augmente dans un contexte professionnel où les hommes s'identifient fortement au sexe masculin et perçoivent les femmes comme des concurrentes. En revanche, une culture d'entreprise fondée sur le respect mutuel et l'égalité entre les sexes rend les actes de harcèlement sexuel moins probables¹⁷.

Le harcèlement sexuel, contrairement au harcèlement psychologique, est défini sur le plan légal. Ni le caractère répété des agissements, ni la volonté de nuire à l'origine des actes ne sont des éléments constitutifs du harcèlement sexuel au sens de l'article 4 de la loi fédérale sur l'égalité¹⁸. La notion de harcèlement sexuel inclut les comportements non souhaités, de caractère sexuel ou sexiste, y compris les propos sexistes formulés sans mauvaise intention¹⁹ et qui ne font pas nécessairement référence à la sexualité²⁰. À juste

¹⁴ KRINGS/SCHÄR MOSER/MOUTON, p. 41.

¹⁵ RYTER, 2008.

¹⁶ VANIS, 2014.

¹⁷ KRINGS/SCHÄR MOSER/MOUTON, modules 2 et 4.

¹⁸ Cf. LEMPEN, N 17 *ad* art. 4 LEg.

¹⁹ Cf. LEMPEN, N 7-15 *ad* art. 4 LEg, avec les références jurisprudentielles.

²⁰ Les gags sur l'intellect des « blondes », par exemple.

titre, la ville de Zurich, par exemple, interdit explicitement au titre de harcèlement sexuel à la fois le harcèlement « *sexuel* » *stricto sensu* et le harcèlement « *sexiste* » dans les rapports de travail²¹. Lorsqu'un comportement hostile sur le lieu de travail est lié au sexe de la personne harcelée, il doit être qualifié de harcèlement sexuel au sens de l'article 4 LEg et non pas seulement de *mobbing*. Pareille qualification a des conséquences pratiques puisque seuls les actes de harcèlement sexuel peuvent entraîner, pour l'entité employeuse, le versement de l'indemnité spéciale prévue à l'article 5 al. 3 LEg.

Enfin, étant donné que le harcèlement sexuel entre dans le champ d'application de la loi sur l'égalité, les bureaux de l'égalité entre femmes et hommes jouent un rôle central dans la prévention de ce phénomène, alors qu'ils n'ont, en principe, pas pour mission de traiter des autres formes de harcèlement. Au sein de l'administration fédérale, par exemple, le Bureau fédéral de l'égalité est l'office responsable pour le thème du harcèlement sexuel alors que le harcèlement psychologique est du ressort du Secrétariat d'Etat à l'économie. Les bureaux de l'égalité cantonaux et communaux donnent des informations spécialisées sur la notion de harcèlement sexuel, les prétentions fondées sur la loi sur l'égalité et les instances à saisir pour faire valoir ces dernières. A noter que dans certains cantons, comme à Fribourg, les cas relevant de la loi sur l'égalité doivent être portés devant une commission spéciale de conciliation en matière d'égalité des sexes dans les rapports de travail²².

À la lumière de ces diverses particularités, nous recommandons l'adoption d'un règlement spécifique au harcèlement sexuel, qui pourra être annexé, par exemple, au règlement sur le personnel.

²¹ Verordnung über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personal vom 6. Februar 2002, art. 68 (RS/ZH 177.100) ; Ausführungsbestimmungen zur Verordnung über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personals, art. 96 (RS/ZH 177.101). Cf. le document « *Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz. Informationen für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Stadtverwaltung Zürich* », qui interdit les « *sexuelle* » et « *sexistische* » Belästigungen.

²² La CCMES a pour mission de concilier les cas relevant du droit privé. Si les rapports de travail sont soumis au droit public, la commission n'est appelée qu'à rendre un avis sur un recours dirigé contre une décision de première instance. Cf. SCHOENENWEID, p. 282. Dans le canton de Genève, en revanche, la commission spécialisée en matière d'égalité (CCEg) a été supprimée suite à l'entrée en vigueur du Code de procédure civile.

IV. Quelles tâches et quel profil doivent avoir les personnes de confiance ?

Les procédures internes relatives au harcèlement devraient clairement distinguer une phase informelle (écoute, information, conseil, soutien, conciliation), impliquant une ou des personnes de confiance, et une phase formelle (plainte, enquête, rapport d'enquête, décision, recours), impliquant les supérieur-e-s hiérarchiques, une ou des personnes chargées de mener l'enquête, la direction et une instance interne de recours²³.

Comme le souligne l'Office fédéral du personnel notamment, les informations données dans le cadre d'une démarche informelle sont traitées de façon confidentielle. L'entité employeuse ne sera informée d'un cas de harcèlement sexuel qu'avec l'accord de la personne concernée²⁴. En revanche, dès le début de la phase formelle, bien que les instances compétentes soient tenues d'agir avec discrétion, l'anonymat n'est plus garanti²⁵. Dès lors, il convient de veiller à ce que des acteurs distincts soient impliqués dans chacune des deux phases de la procédure et de limiter l'intervention des personnes de confiance au seul volet informel.

Les personnes de confiance sont soumises à un devoir de confidentialité. Les directives sur le harcèlement sexuel du canton de Fribourg, par exemple, précisent que les personnes de confiance sont tenues au secret de fonction (art. 320 CP²⁶) et veillent au respect de la protection des données²⁷. Les notes prises par une personne de confiance lors de la procédure informelle ne peuvent être utilisées dans le cadre d'une procédure d'enquête que si la personne concernée, qui peut souhaiter s'épargner un nouveau témoignage, donne son accord.

Dès lors, si les personnes de confiance peuvent avoir pour tâche d'accompagner la personne qui se sent harcelée lors d'un entretien avec la personne mise en cause ou ses responsables hiérarchiques, elles ne devraient, en revanche, pas être chargées d'établir les faits. L'audition des personnes concernées présuppose, en effet, une neutralité qui n'est pas compatible avec la fonction de personne de confiance²⁸. La principale mission

²³ LEMPEN, N 26 *ad* art. 4 LÉg.

²⁴ OFPER, p. 7.

²⁵ OFPER, p. 12 et 13.

²⁶ Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0.

²⁷ Directives du Conseil d'Etat du 2 octobre 2007 visant à prévenir et réprimer le harcèlement sexuel, p. 1.

²⁸ SCHOENENWEID, p. 300.

des personnes de confiance étant de soutenir les personnes qui sollicitent leurs conseils, on attend, en principe, des premières qu'elles prennent le parti des secondes²⁹.

Ainsi, les personnes de confiance ne devraient pas être choisies parmi le personnel d'encadrement, dont on exige un traitement impartial des plaintes et qui, de surcroît, n'est pas en mesure de garantir la confidentialité des informations en sa possession. La personne de confiance, « *hors hiérarchie* »³⁰, peut être, par exemple, la collaboratrice en charge de la protection de la santé et de la sécurité au travail³¹, le collaborateur délégué à l'égalité des chances, mais non le ou la responsable RH.

La personne de confiance peut aussi être un ou une consultant-e externe³². Alors que la plupart des cantons ont nommé des personnes de confiance internes³³, le canton de Berne a, pour sa part, désigné une psychologue et un avocat indépendants et spécialisés, qui ont le mandat de conseiller, gratuitement et de façon confidentielle, l'ensemble du personnel cantonal. En pratique, toutefois, il semble que ce dernier éprouve des réticences à se confier à l'extérieur de l'administration.

Lorsqu'une entreprise n'a pas la possibilité de désigner une personne à l'interne, notamment en raison de sa petite taille, ni les moyens de mandater un ou une spécialiste externe, nous lui recommandons de vérifier si un groupe de confiance a été mis en place au niveau de sa branche³⁴.

V. Le personnel d'encadrement informé d'un cas de harcèlement sexuel doit-il avertir la direction ?

Les personnes qui confient un cas de harcèlement à leur-e supérieur-e hiérarchique n'ont souvent pas conscience que cette démarche ouvre la phase formelle de la procédure interne et que les faits relatés ne pourront, en principe, pas rester confidentiels³⁵. En effet, en vertu de leur devoir accru de fidélité (art. 321a CO), les responsables hiérarchiques ont l'obligation de signaler les cas de harcèlement dont ils ont

²⁹ Dans ce sens : VANIS, p. 30.

³⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_462/2011 du 9 mai 2012, consid. 5.2.

³¹ VANIS, p. 31.

³² Au sujet des avantages et inconvénients liés au choix d'une personne interne ou externe, cf. DUCRET, pp. 90-92 ; VANIS, p. 31.

³³ Cf. les contributions de DEFAGO-GAUDIN, p. 145 et GOLAY, p. 247, dans le présent ouvrage.

³⁴ LEMPEN, N 24 *ad* art. 4 LEG.

³⁵ OFPER, p. 7-8, ch. 4.1.3.

connaissance à la direction, afin qu'elle puisse y mettre fin rapidement³⁶. Dès lors, afin d'éviter tout malentendu sur le rôle du personnel d'encadrement, il est recommandé d'expliquer « *aux collaborateurs que les cadres ne peuvent assurer une totale confidentialité dans le traitement des situations* »³⁷. À la différence des personnes de confiance, « *les responsables hiérarchiques et les ressources humaines sont obligés d'intervenir* », même lorsque la personne harcelée, craignant des représailles, s'y oppose³⁸. Une telle obligation se justifie au regard, non seulement, du droit de la personne harcelée à être protégée en cas de récurrence, mais aussi du droit de la personne mise en cause à connaître les accusations qui pèsent contre elle dans le cadre professionnel. L'obligation de protéger la personnalité (art. 328 CO) implique, en effet, pour l'employeur, à la fois le devoir de protéger le personnel contre le harcèlement sexuel et celui d'informer une personne accusée des faits qui lui sont reprochés³⁹. Cette dernière doit pouvoir se défendre. Dès lors, « *il ne serait pas admissible que son dossier personnel contienne des notes confidentielles pouvant nuire à sa réputation ou à sa carrière* »⁴⁰.

En outre, il convient de relever que le harcèlement sexuel représente une « irrégularité » au sens de l'article 22a LPers ou du projet d'article 321a^{bis} CO⁴¹. En effet, ce comportement entraîne non seulement une violation du droit privé (art. 328 CO, art. 4 LEg), mais aussi une atteinte au droit public (art. 6 LTr, dont la mise en oeuvre est contrôlée par les inspections cantonales du travail) et, dans certains cas, une infraction pénale (art. 198, 193, 189 CP).

Dans l'administration fédérale, par exemple, lorsque le harcèlement sexuel prend la forme d'un crime ou d'un délit poursuivi d'office, comme la contrainte sexuelle, les employé-e-s ayant connaissance d'une telle infraction sont tenu-e-s de la « *dénoncer aux autorités de poursuite pénale, à leurs supérieurs ou au Contrôle fédéral des finances* » (art. 22a al. 1 LPers). Si les actes de harcèlement revêtent moins de gravité, il s'agira alors « *d'autres irrégularités* » (art. 22a al. 3 LPers), qui pourront donner lieu à un signalement au Contrôle fédéral des finances. En pratique toutefois, l'Office fédéral du personnel ne mentionne pas le Contrôle fédéral des finances parmi les instances pouvant être contactées en cas de harcèlement sexuel et conseille bien plutôt aux personnes

³⁶ LEMPEN, N 29 *ad* art. 4 LEg, avec les références. Cf. DUNAND N 6 et 13, *ad* art. 321a CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2, *ad* art. 321a CO.

³⁷ VANIS, p. 29. Cf. SCHOENENWEID, p. 301.

³⁸ OFPER, p. 8.

³⁹ Dans ce sens : GEISER, p. 1053.

⁴⁰ SCHOENENWEID, p. 301.

⁴¹ FF 2013 8613.

témoins d'actes de harcèlement sexuel au sein de l'administration fédérale de s'adresser à des services spécialisés⁴².

VI. Conclusion

Les procédures internes pour harcèlement sexuel doivent permettre aux employées et employés du secteur privé ou public de tirer la sonnette d'alarme avant que la situation ne nécessite l'intervention d'un tribunal. Une récente jurisprudence fédérale rappelle à quel point la voie judiciaire ne devrait être envisagée que comme *ultima ratio*. Dans un arrêt du 9 janvier 2014, en effet, le Tribunal fédéral a jugé que l'atteinte grave à la santé de la recourante, qui s'était plainte de harcèlement de la part de son directeur, n'avait pas été causée par les gestes déplacés et les paroles désobligeantes de ce dernier, mais par les procédures administratives et judiciaires qui s'étaient déroulées, pendant plus de dix ans, ultérieurement à ces actes⁴³. Une procédure interne mise en place selon les standards exposés dans cette contribution devrait permettre, dans la plupart des cas, d'éviter que les plaintes pour harcèlement ne se transforment en une pareille « *tourmente juridique* »⁴⁴.

VII. Bibliographie

- AUBERT G., Art. 5 LEg, in : G. Aubert/K. Lempen (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève, Slatkine, 2011.
- DUCRET V., Pour une entreprise sans harcèlement sexuel. Un guide pratique, 2^e éd., Genève, Georg, 2008.
- DUNAND J.-PH., Art. 321a CO, Art. 328 CO, in : J.-P. Dunand/P. Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne, Stämpfli, 2013.
- GEISER T., « *Interne Untersuchungen des Arbeitgebers : Konsequenzen und Schranken* », Pratique juridique actuelle 8/2011, pp. 1047-1056.
- KRINGS F./SCHÄR MOSER M./MOUTON A., Harcèlement sexuel sur le lieu de travail : Qui harcèle qui, comment et pourquoi ?, PNR 60, Université de Lausanne, Novembre 2013.
- LEMPEN K., Art. 4 LEg, in : G. Aubert/K. Lempen (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève, Slatkine, 2011.
- OFFICE FEDERAL DU PERSONNEL (OFPER), Prévention et traitement des cas de harcèlement sexuel dans l'administration fédérale, OFPER, 2014.

⁴² OFPER, p. 15.

⁴³ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_675/2013, 6B_687/2013 du 9 janvier 2014, consid. 3.3.2.

⁴⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_675/2013, 6B_687/2013 du 9 janvier 2014, lettre B.

- RYTER E., Harcèlement sexuel sur le lieu de travail, Conseils destinés aux employées et employés, BFEG/SECO, Berne, 2008.
- SECRETARIAT D'ETAT A L'ECONOMIE (SECO), Commentaire de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail, Article 2 OLT3 (annexe), SECO, mars 2014, p. 302-A - 302-H.
- SCHOENENWEID A., « *Egalité entre femmes et hommes – Réflexions sur la procédure au sein de l'administration fribourgeoise* », RFJ 2013, p. 281-304.
- STREIFF U./VON KAENEL A./RUDOLPH R., Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7^e éd., Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2012.
- VANIS M., Mobbing et autres formes de harcèlement. Protection de l'intégrité personnelle au travail, SECO, Berne, 2013.