

Alea jacta est : Santé !



Mélanges en l'honneur
d'Olivier Guillod





Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

Alea jacta est : Santé !

Mélanges en l'honneur
d'Olivier Guillod

Evelyne Clerc
Jean-Philippe Dunand
Dominique Sprumont
(éditeurs)

Collection Neuchâteloise

Helbing Lichtenhahn Bâle

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Appartiennent exclusivement à la maison d'édition et à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel notamment les droits de reproduction, de représentation, de diffusion, de traduction ou d'adaptation, intégrales ou partielles, ainsi que de transfert et d'enregistrement de l'œuvre, par quelque procédé que ce soit (graphique, technique, électronique et/ou digital, y compris la photocopie et le téléchargement). De telles utilisations de l'œuvre en dehors des limites de la loi sont strictement interdites et requièrent l'accord préalable écrit de la maison d'édition.

© 2021 Helbing Lichtenhahn, Bâle, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

ISBN 978-3-7190-4508-1

www.helbing.ch

www.unine.ch

Avant-propos

« Sachant que seul est libre qui use de sa liberté et que la force de la communauté se mesure au bien-être du plus faible de ses membres ».

Ces deux maximes qui ornent le frontispice de la Constitution fédérale semblent avoir été écrites pour désigner deux traits essentiels de la personnalité d'Olivier. Homme libre, sur le terrain de tennis comme dans l'arène de la justice, viscéralement engagé dans la défense des plus vulnérables, notre collègue a construit sa carrière avec détermination mais sans ego. Initiateur du premier cours régulier de droit de la santé dans le paysage académique suisse et co-fondateur de l'Institut de droit de la santé (IDS) en 1993, il a fait œuvre de pionnier en posant les premières pierres et en édifiant patiemment cette nouvelle discipline juridique en Suisse. Son charisme teinté d'un flegme très neuchâtelois en a fait un pédagogue particulièrement apprécié, brisant la barrière entre professeur et étudiants pour se concentrer sur le cœur de l'enseignement, le transfert du savoir, de l'expérience et d'une certaine distance critique. A travers ses cours, ses écrits et ses nombreuses conférences et interventions dans la construction des politiques de santé, le service public et le bien-être des plus faibles forment les piliers de sa pensée et de ses actions, l'humain restant toujours au centre de ses préoccupations.

Par ces Mélanges, offerts par la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, collègues et amis ont souhaité mettre en lumière les nombreuses facettes du parcours académique d'Olivier Guillod et les différentes fonctions qu'il a occupées au sein de l'Université de Neuchâtel et au-delà, en véritable bâtisseur de ponts entre les mondes du droit des personnes, de la famille, de la responsabilité civile et celui de la santé.

Nous tenons à remercier chaleureusement les auteurs et auteures pour leurs riches contributions, ainsi que Madame Sylvia Staehli, responsable du secrétariat externe, et Monsieur Victor Palma, Bachelor en droit, étudiant-assistant, pour leur exceptionnel travail de mise en page et relecture de l'ouvrage.

Neuchâtel, septembre 2021

Prof. Dominique Sprumont
Co-fondateur et Directeur-adjoint honoraire
de l'Institut de droit de la santé

Prof. Evelyne Clerc
Présidente du Conseil de l'Institut de droit de la santé

Prof. Jean-Philippe Dunand
Ancien président du Conseil de l'Institut de droit de la santé

Table des matières

Avant-propos.....	V
Table des matières.....	VII
Principaux ouvrages et articles d'Olivier Guillod	XIII
Liste des abréviations.....	XXIX

Regards croisés sur Olivier Guillod (le Professeur, le Gestionnaire, le Visionnaire, ...)

JEAN PERRENOUD

Portrait du Professeur en coureur de fond.....	3
--	---

KILIAN STOFFEL, DANIEL SCHULTHESS, FÉLIX KESSLER,
FABIAN GREUB ET JEAN-MARIE GREThER

La méthode Guillod au service de l'UniNE.....	15
---	----

LUCA CRIVELLI, ANTOINE FLAHAULT, NINO KÜNZLI, SANDRA NOCERA

Olivier Guillod, un amico della salute pubblica e della Svizzera italiana.....	19
--	----

PIERRE-HENRI BRÉCHAT

Olivier Guillod : une grande œuvre à poursuivre.....	31
--	----

LEILA GHASSEMI

Echos du passé et du futur : fiction au fil des rencontres avec le Professeur Olivier Guillod.....	47
---	----

I. Droit civil

DENIS TAPPY

Lèpre et mariage : du droit canon classique aux réglementations réformées d'Ancien Régime	55
--	----

MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN

Au nom de la mère : réflexions sur l'établissement de la filiation maternelle à la lumière de deux arrêts récents et de l'article 8 CEDH	83
---	----

Table des matières

JESSICA PREILE, AXELLE PRIOR

L'exercice de l'autorité parentale conjointe en pratique :
les décisions à prendre en commun au sujet des enfants,
notamment celles en lien avec leur santé.....101

FRANÇOIS BOHNET

L'actio duplex (doppelseitige Klage), en particulier en droit matrimonial123

PHILIPPE MEIER

La multiparenté en assemblée générale.....143

AURÉLIEN WITZIG

Essai sur la fonction de la protection de la personnalité en droit161

NIELS SÖRENSEN

Tie-break et procédure civile.....177

II. Droit de la santé

A. Consentement

DOMINIQUE MANAÏ

35 ans plus tard199

DAMIAN KÖNIG

Du consentement éclairé du patient à l'intention partagée dans
le projet de soin.....215

DOMINIQUE SPRUMONT, VLADISLAVA TALANOVA

La recherche sans consentement : l'exceptionnelle exception.....235

GUILLAUME RODUIT

Trouver l'origine américaine du consentement éclairé : une longue histoire.....257

B. Droit médical - responsabilité

MATTHIEU BOIS, CHRISTOPH MÜLLER

« Dites trente-trois ! » ou la violation du devoir de diligence du médecin277

PIERRE WESSNER

La responsabilité du médecin et l'objection libératoire tirée
du consentement hypothétique du patient : question de causalité
ou d'illicéité de l'acte dommageable289

RACHEL CHRISTINAT, ANNE-SYLVIE DUPONT

Pratiquer la médecine : un chemin de croix ?305

LARA KHOURY, KATIE SPILLANE

La faute de « système » en responsabilité médicale au Québec325

MÉLANIE LEVY

Please rate your patient experience ! Critical thoughts on emerging
online hospital ratings in Swiss healthcare345

DELPHINE BONNARD, DOMINIQUE CORREIA DE OLIVEIRA,
SONGÜL YAVAVLI

Les enjeux de l'enseignement du droit pour les professionnels de la santé365

MICHELLE COTTIER

Le don de sperme et l'établissement de la filiation au sein des couples
de femmes mariées379

ANAËLLE CAPPELLARI

Petite histoire comparée de l'accès à l'AMP avec don de sperme
pour les couples de même sexe391

MARIA LUDWICZAK GLASSEY

Compétence internationale des autorités pénales suisses en matière
de trafic d'organes humains : *how to use a sledgehammer to crack a nut,*
and miss it411

C. Secret professionnel et protection des données

FRÉDÉRIC ERARD

L'autorité de levée du secret professionnel des ecclésiastiques425

ANDRÉ KUHN, YVAN JEANNERET, CAMILLE MONTAVON

Le secret professionnel de l'étudiant·e.....437

D. Droit et accès aux soins et équité

JÉRÔME SAINT-PHOR

Le droit aux soins de qualité : définition à la lumière du droit international et des théories conceptuelles451

PHILIPPE BAUER

Droits des prévenus, attention dangers !.....473

MANUELE BELLONZI

Accesso ai trattamenti sanitari in situazione di carenza eccezionale di risorse – un breve excursus sui dilemmi etici di terapia intensiva in tempo di Covid-19483

NATHALIE BRUNNER

Quelques considérations en lien avec les soins apportés au système pileux.....501

SABRINA BURGAT, FANNY MATTHEY

L'égalité, c'est bon pour la santé.....515

E. Droit à et de la santé : morceaux choisis

GABRIELLE STEFFEN

Attention, fragile !.....545

JEAN-PHILIPPE DUNAND

Mobbing et télétravail.....559

VALÉRIE DÉFAGO

Canicule en ville573

Table des matières

PASCAL MAHON

La gestion de la pandémie à l'aune du droit constitutionnel :
quelques réflexions critiques587

BLAISE CARRON, AURÉLIE GANDOY

Les tribulations de deux Neuchâtelois en Chine615

BERNHARD RÜTSCHKE

Staatshaftung für Betriebsschliessungen während der Covid-19-Pandemie635

PETROS C. MAVROIDIS

Trade in the Time of Pandemic649

GIOVANNI DISTEFANO

Pandémies et droit international : réflexions kaléidoscopiques
d'un confiné dans sa (virtuelle) tour d'ivoire.....659

THOMAS GÄCHTER, DANIA TREMP

« Gesamtschweizerisch » geltende Qualitätsverträge677

ASTRID EPINEY

Preisbindungen aus Gründen des Gesundheitsschutzes im Spiegel
der Rechtsprechung des EuGH.....693

VALÉRIE JUNOD

La LTrans dans le secteur pharmaceutique : un périple empirique
semé d'embûches705

JEANINE DE VRIES REILINGH

Bref survol du contrôle étatique des procédures en matière notamment
de dopage, illustré par quelques arrêts topiques727

VALÉRIE WYSSBROD

La réglementation du commerce d'espèces sauvages dans un but
de santé publique et animale743

F. Handicap, assurances sociales et égalité

RAPHAËL GANI, RAFI FELLER

La déduction des frais liés au handicap en matière d'impôt sur
le revenu des personnes physiques759

CHRISTIAN CROSETTA

Fragilité, droits, capacité : pour une anthropologie juridique du handicap.....783

ADRIANO PREVITALI

Le besoin de renforcer l'égalité de traitement dans les assurances sociales803

GUY LONGCHAMP

L'âge (idéal) de la retraite et les assurances sociales819

AGNÈS HERTIG PEA

L'escargot, animal fétiche du droit de vote des femmes en Suisse835

Mobbing et télétravail

par

JEAN-PHILIPPE DUNAND

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

I. Introduction

Depuis quelques années le télétravail est en pleine expansion. La pandémie du Covid-19 a accéléré la tendance puisque ce mode d'organisation du travail a été préconisé comme l'une des mesures permettant de freiner la circulation du virus¹. Qu'il soit organisé de manière provisoire ou durable, le télétravail est soumis, à défaut de normes légales spécifiques, aux dispositions ordinaires du droit du travail. Parmi les nombreuses questions qui se posent (mise à disposition du matériel et prise en charge des frais, par exemple), il convient de s'interroger sur les obligations de l'employeur en matière de protection de la santé et de la personnalité des télétravailleurs, en particulier dans un cas de harcèlement psychologique (mobbing). C'est ainsi qu'après avoir rappelé la définition du mobbing retenue par le Tribunal fédéral (**chapitre II**), nous examinerons de quelle manière cette notion couvre également les actes de harcèlement psychologique qui surviennent dans le cadre du télétravail (**chapitre III**).

Nous sommes heureux de contribuer, modestement, à cet ouvrage destiné à rendre hommage à notre éminent collègue Olivier Guillod, dont les écrits et les réflexions portant sur le droit des personnes et des familles, et le droit de la santé, constituent des sources inépuisables de connaissance et d'inspiration. L'occasion aussi de lui dire le plaisir que nous avons éprouvé à collaborer avec lui au sein de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel. Nous nous souvenons, en particulier, des liens noués lors de la journée consacrée en 2007 à la santé au travail², d'un mémorable séminaire sur les rapports de travail en milieu hospitalier, qui nous a menés en 2014 à l'Hôpital de Sion et sur les pistes d'Anzère, ou encore de l'étroite collaboration au sein du Conseil de l'Institut de droit de la santé que le soussigné a eu l'honneur de présider de 2013 à 2019.

¹ Cf. CIRIGLIANO/NIEMEYER, N 1-2 ; PÄRLI/EGGMANN, N 1.

² Voir les actes de la journée : Olivier GUILLIOD (édit.), Santé et travail, 14^e Journée de droit de la santé, Zurich/Bâle/Genève 2008.

II. La notion de mobbing dans la jurisprudence du Tribunal fédéral

Le terme mobbing est dérivé du verbe anglais *to mob*, qui signifie « attaquer », « malmener », « assiéger », « faire foule autour de »³. Il a été popularisé dans les années 1980 par HEINZ LEYMANN, psychologue allemand installé en Suède, pour décrire les formes sévères de harcèlement dans les organisations⁴.

Le harcèlement psychologique dans les relations de travail (mobbing) constitue une atteinte grave à la personnalité, et souvent à la santé du travailleur. Il en résulte que le mobbing contrevient autant aux règles de droit privé sur la protection de la personnalité (cf. art. 28 ss CC et art. 328 CO) qu'aux règles de droit public sur la protection de la santé (cf. art. 6 LTr et art. 2 OLT 3)⁵. En l'absence de définition légale, le Tribunal fédéral a caractérisé, dès 2003, le mobbing de la manière suivante :

« Le harcèlement psychologique, appelé aussi mobbing, se définit comme un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail »⁶.

Même si elle a pu être précisée au gré des arrêts, cette définition, qui vaut pour les relations de travail fondées tant sur le droit privé que sur le droit public⁷, est toujours retenue par notre Haute Cour. Elle comporte quatre éléments qu'il convient de détailler : la nature des comportements hostiles (**section A**), leur durée et leur fréquence (**section B**), le statut et le nombre d'harceteur(s) (**section C**) et la finalité du mobbing (**section D**).

Lorsque dans un cas d'espèce les éléments de la définition sont cumulativement réalisés, on se trouve dans un contexte caractérisé de mobbing. Si, au contraire, un élément fait défaut, encore faut-il vérifier que l'on ne se trouve pas en présence d'un autre type d'atteinte prohibé à la personnalité du travailleur concerné (cf. art. 328 CO)⁸.

A. Nature des comportements hostiles

Le harcèlement psychologique est tout d'abord caractérisé par un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles. Ces comportements portent généralement sur les

³ Cf. DUNAND, *Harcèlement*, p. 19 ; WAEBER, p. 792.

⁴ Cf. LEYMANN.

⁵ DUNAND, *Commentaire*, art. 328 CO N 31.

⁶ TF 2P.207/2002 du 20 juin 2003, consid. 4.2.

⁷ TF 1C_156/2007 du 30 août 2007, consid. 4.2.

⁸ Cf. TF 4A_310/2019 du 10 juin 2020, consid. 4.3.7 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 328 CO N 17.

relations sociales de la victime, la considération dont elle bénéficie, la qualité de sa vie professionnelle et de sa vie privée, ainsi que sa santé⁹. Selon une formulation du Tribunal fédéral :

« la victime est souvent placée dans une situation où chaque acte pris individuellement, auquel un témoin a pu assister, peut éventuellement être considéré comme supportable alors que l'ensemble des agissements constitue une déstabilisation de la personnalité, poussée jusqu'à l'élimination professionnelle de la personne visée »¹⁰.

LEYMANN a proposé une liste de quarante-cinq agissements qui sont typiques du harcèlement psychologique (isoler, déconsidérer, discréditer la victime, etc.)¹¹. De tels agissements se retrouvent dans des cas traités par la jurisprudence cantonale et fédérale. Les comportements hostiles peuvent ainsi consister à empêcher la victime de s'exprimer et de communiquer, à l'isoler, à répandre des rumeurs malsaines sur son compte, à lui attribuer ou à lui retirer des tâches sans motifs ou sans la consulter, ou encore à lui donner des tâches nettement inférieures ou nettement supérieures à ses qualifications et à son expérience, dans le but de la dévaloriser¹². Dans un cas tranché par le Tribunal fédéral, le harcèlement a pris la forme d'une mise à l'écart, de pressions vraisemblablement destinées à faire démissionner l'employée et de directives reflétant un autoritarisme déplacé, dur, injuste, blessant, rabaisant et vexatoire¹³. Dans une autre affaire soumise à l'appréciation de notre Haute Cour, le mobbing était caractérisé par une communication négative, une très grande agressivité, une disqualification professionnelle permanente, des abus de pouvoir répétés, ainsi que des tracasseries en tout genre (horaires, vacances, etc.)¹⁴.

Evidemment, tout conflit dans les rapports de travail ne constitue pas nécessairement un harcèlement psychologique¹⁵. Selon les termes du Tribunal fédéral :

« Il n'y a toutefois pas harcèlement psychologique du seul fait qu'un conflit existe dans les relations professionnelles, ni d'une mauvaise ambiance de travail, ni du fait qu'un membre du personnel serait invité – même de façon pressante, répétée, au besoin sous la menace de sanctions disciplinaires ou d'une procédure de licenciement – à se conformer à ses obligations résultant du rapport de travail, ou encore du fait qu'un supérieur hiérarchique n'aurait

⁹ TC/VD du 25 avril 2001, in RSJ 98 (2002) 447 ; TC/VS du 6 juillet 1998, consid. 3b/aa, in RVJ 2000 177.

¹⁰ TF 4A_245/2009 du 6 avril 2010, consid. 4.2.

¹¹ LEYMANN, p. 33 s.

¹² TC/VD du 27 février 2009, consid. III/a, in JAR 2020 628.

¹³ TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, consid. 3.2.

¹⁴ TF 2C.2/2000 du 4 avril 2003, faits, partie C.

¹⁵ Cf. DUNAND, Harcèlement, p. 23 ss ; WYLER/HEINZER, p. 448 ss.

pas satisfait pleinement et toujours aux devoirs qui lui incombent à l'égard de ses collaboratrices et collaborateurs ... [Il faut] garder à l'esprit [que le mobbing] peut n'être qu'imaginaire, sinon même allégué abusivement pour tenter de se protéger contre des remarques et mesures pourtant justifiées »¹⁶.

Comme le résume notre Haute Cour, si le mobbing est un conflit au travail, l'inverse n'est pas vrai : il peut y avoir conflit au travail sans mobbing¹⁷. Ainsi, le fait de ne pouvoir gérer de manière optimale un tel conflit n'équivaut pas à du mobbing¹⁸.

B. Durée et fréquence des comportements hostiles

Le mobbing a un caractère sournois, car les propos et agissements hostiles se cachent souvent sous des attitudes qui ont l'apparence de la normalité¹⁹. Les attaques ne sont pas virulentes mais, au contraire, de faible intensité²⁰. En principe, ce n'est donc pas l'intensité des actes ou propos, mais leur caractère répétitif ou leur imbrication qui est typique du mobbing²¹.

LEYMANN a suggéré que de tels actes devaient se répéter plusieurs fois par semaine pendant environ six mois pour que le mobbing soit objectivement constatable²². Ces critères sont certainement trop restrictifs pour qu'ils puissent être considérés comme impératifs. Ils expriment toutefois une condition nécessaire pour que l'on puisse reconnaître l'existence d'un harcèlement psychologique : la présence d'actes hostiles répétés de manière fréquente et durable²³. Le Tribunal fédéral a expressément indiqué que, par définition :

« le harcèlement psychologique est constitué par un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés de manière fréquente et durable. A contrario, le mobbing ne saurait résulter d'un seul acte hostile ou de quelques comportements isolés, même si ces derniers causent un préjudice ou constituent une véritable atteinte à la personnalité du travailleur. Ainsi, il n'est pas arbitraire de considérer qu'un seul acte hostile, ni même deux, ne suffisent pas à former un tel enchaînement, partant un harcèlement psychologique »²⁴.

¹⁶ TF 4A_245/2009 du 6 avril 2010, consid. 4.2.

¹⁷ TF 2P.39/2004 du 13 juillet 2004, consid. 4.2.

¹⁸ TF 1C_156/2007 du 30 août 2007, consid. 4.2.

¹⁹ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 320 CO N 9.

²⁰ WAEBER, p. 795.

²¹ DEVEAUD-PLÉDRAN, p. 21.

²² LEYMANN, p. 22.

²³ DUNAND, Commentaire, art. 328 CO N 34.

²⁴ TF 8C_358/2009 du 8 mars 2010, consid. 5.3 ; TF 2P.207/2002 du 20 juin 2003, consid. 4.3.2.

Selon la Commission de recours du Tribunal fédéral, plus la période durant laquelle l'employé se plaint de harcèlement est courte et plus les actes allégués doivent être graves²⁵. En tous les cas, si les actes répréhensibles se sont déroulés sur une période assez brève (par exemple deux ou trois semaines), il ne sera pas aisé pour la victime de démontrer qu'elle a fait l'objet d'un enchaînement de comportements hostiles caractéristiques du mobbing.

C. Le ou les auteur(s) du harcèlement

Au sens strict, le mobbing est un mode de harcèlement déployé par un groupe contre un individu (*to mob* = faire foule autour de). Au sens large, il peut prendre diverses formes selon le critère des personnes qu'il met en relation : une seule personne peut en harceler une autre ; un groupe de personnes peut participer au harcèlement d'une seule personne ; ou encore, un seul employé peut harceler plusieurs personnes²⁶.

Le cercle des personnes dont l'employeur est juridiquement responsable détermine celui des auteurs potentiels d'un harcèlement psychologique dans les rapports de travail. Nous rappellerons que l'employeur répond de ses propres actes, ainsi que de ceux de ses organes (cf. art. 55 CC) et de ses auxiliaires (cf. art. 55 et 101 CO)²⁷. Selon le Tribunal fédéral, l'employeur peut devoir répondre d'atteintes à la personnalité commises par des auxiliaires, soit en particulier par des supérieurs hiérarchiques ou des personnes responsables du personnel²⁸.

Dans la plupart des cas, l'auteur du mobbing est un supérieur ou un collègue de travail. On parle de « mobbing horizontal » lorsqu'il a lieu entre collègues de travail de même niveau hiérarchique et de « mobbing vertical » lorsqu'il se manifeste entre personnes ayant un niveau hiérarchique différent. Dans ce dernier cas, le mobbing est dit « descendant » quand le harceleur est un supérieur de la victime (forme de harcèlement appelée également « bossing ») et « ascendant » lorsqu'il lui est subordonné²⁹.

On se demande parfois s'il existe des profils types de harceleur et de harcelé. En réalité, c'est souvent la position socio-économique et le statut des personnes en cause qui sont déterminants. Selon une étude réalisée en 2001-2002 à la demande du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), le harceleur était le supérieur hiérarchique dans plus de 50 % des cas, les collègues ne représentant que 16 % et les subordonnés 13 % des cas de harcèlement³⁰.

²⁵ Jugement de la Commission de recours du TF du 5 octobre 2005, consid. 4.4.2, in JAAC 70.4 p. 92.

²⁶ DUNAND, Commentaire, art. 328 CO N 33 et 88.

²⁷ Cf. WYLER/HEINZER, p. 453 ss.

²⁸ TF 4A_310/2019 du 10 juin 2020, consid. 4.3.1.

²⁹ Sur les divers cas et la terminologie consacrée, cf. DEVEAUD-PLÉDRAN, p. 24 et WENNUST, p. 23 ss.

³⁰ SECO, Mobbing, p. 23.

Par ailleurs, dans certaines branches économiques, les harcèlements psychologiques sont plus fréquents. Ainsi, toujours selon l'étude du SECO, la branche hôtellerie, restauration et tourisme est celle qui affichait le taux de mobbing le plus élevé (15,6 %). Enfin, les étrangers (10,5 %) étaient plus touchés que les Suisses (6,9 %) par le mobbing³¹.

D. Finalité du mobbing

Il résulte de la définition jurisprudentielle du harcèlement psychologique que l'auteur ou les auteurs d'un mobbing cherchent en principe à isoler, à marginaliser ou à exclure une personne sur son lieu de travail. Ainsi, les agissements hostiles constituent une déstabilisation de la personnalité, poussée jusqu'à l'élimination professionnelle de la victime³².

Si la volonté d'exclusion de la victime du lieu de travail est souvent présente, elle ne constitue pas un critère impératif du mobbing. On doit en effet admettre qu'un harcèlement psychologique puisse exister sans qu'existe une volonté consciente d'exclure définitivement la victime de son lieu de travail³³. Comme l'a admis le Tribunal fédéral dans une jurisprudence rendue en 2017 :

« Le seul fait que l'auteur présumé n'a pas fait montre d'un caractère sournois dans son comportement ne permet pas de conclure à l'absence de harcèlement. Il n'est pas exigé que l'auteur présumé agisse de manière dissimulée ou fasse preuve d'hypocrisie. [...]. D'ailleurs, plus que l'intention subjective du harceleur, c'est finalement l'effet de ses agissements sur la personnalité et la santé de la victime qui est déterminant »³⁴.

On sait que le harcèlement a souvent des conséquences graves pour la santé physique et psychique des victimes³⁵. Il provoque non seulement une réduction significative, puis un anéantissement de la capacité de travail, mais aussi des souffrances importantes qui entraînent des problèmes médicaux, sociaux et familiaux, pouvant amener à la dépression, aux idées suicidaires, aux toxicodépendances et à l'invalidité³⁶.

³¹ Id., p. 24.

³² TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, consid. 3.1.

³³ CARRUZZO, art. 328 CO N 7 ; DUNAND, Harcèlement, p. 23.

³⁴ TF 8C_41/2017 du 21 décembre 2017, consid. 3.6.2.

³⁵ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 328 CO N 9.

³⁶ CARRON, p. 121.

III. La protection du télétravailleur contre le mobbing

Le télétravail constitue un mode d'organisation et d'exécution de la prestation de travail qui peut prendre des formes multiples. On le définit généralement à l'aide de trois critères cumulatifs : un travail effectué à distance, en dehors des locaux de l'employeur ; l'utilisation de technologies de l'information et de la télécommunication assurant la transmission de données ; l'accomplissement d'activités qui pourraient également être exécutées dans les locaux de l'entreprise³⁷. On appelle plus spécifiquement télétravail à domicile ou *Home Office* le télétravail effectué depuis le domicile privé du travailleur. Bien qu'il comporte des caractéristiques du travail à domicile (travail entrepris à l'extérieur des locaux de l'employeur, haut degré d'autonomie), le télétravail s'en différencie à plusieurs égards (dans le travail à domicile, le lieu de travail est choisi par le travailleur qui peut exécuter sa prestation avec les membres de sa famille), de sorte que les deux pratiques doivent être clairement distinguées et qu'elles sont régies le plus souvent par des règles différentes³⁸.

A défaut de règles spécifiques consacrées au télétravail, il est admis que les dispositions ordinaires sur le contrat de travail, de même que la législation sur le travail s'appliquent *mutatis mutandis*. Il en va ainsi, en particulier, des normes sur la protection de la personnalité (cf. art. 328 CO) et sur la protection de la santé (cf. art. 328 CO et 6 LTr) des travailleurs³⁹. Reste à déterminer de quelle manière la notion jurisprudentielle du mobbing couvre le cas du télétravail. Il faut en particulier examiner la question quant au lieu de travail (**section A**), à la nature des actes hostiles (**section B**) et à la finalité du harcèlement psychologique (**section C**).

Il sera pertinent dans ce contexte de tenir compte de la Convention de l'Organisation internationale du travail (OIT) n° 190 concernant l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail, adoptée par la Conférence internationale du travail au mois de juin 2019⁴⁰, ainsi que d'un rapport préparatoire rédigé sous l'égide de l'Organisation. En effet, même si l'on ignore au moment de terminer la présente contribution (avril 2021) si la Suisse ratifiera la convention, il paraît indéniable que cette dernière constituera, en tous les cas, une source d'inspiration importante dans l'ordre juridique suisse.

³⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, N 3.1 ; WITZIG, N 443.

³⁸ BILLARANT, p. 188 ss ; DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, N 261.

³⁹ Cf. PÄRLI/EGGMANN, N 4.2 et 4.3.

⁴⁰ La Convention peut être consultée sur le site Normlex > Instruments.

A. Lieu de travail

La législation et la jurisprudence prohibent toute forme de harcèlement sur le lieu de travail. Il faut entendre cette notion de manière large, car elle englobe tous les locaux de l'entreprise qui servent à l'accomplissement de l'activité professionnelle ou qui sont en lien avec le travail (bureaux, ateliers, salles de réunion, cantines, vestiaires, toilettes de l'entreprise, etc.)⁴¹. Elle couvre aussi les lieux externes à l'entreprise qui sont utilisés pour organiser des rencontres avec la clientèle, des séminaires ou des fêtes du personnel⁴².

Pour être complète, la notion de lieu de travail doit englober toute la diversité des lieux de travail⁴³. Il ne paraît guère contestable que la place de télétravail à domicile constitue un lieu de travail qui doit être protégé contre le harcèlement professionnel.

B. Agissements hostiles envers le télétravailleur

Comme nous l'avons vu, le harcèlement psychologique prend la forme de propos et/ou agissements hostiles répétés de manière fréquente et durable. Il n'est pas nécessaire que le ou les auteur(s) du *mobbing* et la victime se trouvent dans le même lieu. Les actes de harcèlement peuvent en effet être perpétrés à distance par l'utilisation des moyens de communication électroniques (appel téléphonique, SMS, courriel, messagerie instantanée, sessions Skype, Zoom ou Webex, etc...)⁴⁴. Notons ici que la Convention de l'OIT n° 190 prévoit expressément qu'elle s'applique « à la violence ou au harcèlement dans le monde du travail s'exerçant à l'occasion, en lien avec ou du fait du travail dans le cadre de communications liées au travail, y compris celles effectuées au moyen de technologies de l'information et de la communication » (art. 3 let. d).

Le harcèlement par le biais des canaux numériques (cyberharcèlement) peut être favorisé par le fait que le travail n'est plus une activité bien délimitée quant à sa durée et ses horaires, au lieu où elle se déroule et aux outils auxquels elle fait appel. Ainsi, du fait des frontières de plus en plus floues de ces critères de délimitation, la perception de la civilité et des comportements adéquats peut s'altérer chez certains employeurs et travailleurs⁴⁵. Dans ce contexte, les télétravailleurs sont particulièrement vulnérables. Selon une étude menée en 2012 par l'Université de Sheffield auprès des employés de plusieurs universités du Royaume-

⁴¹ LEMPEN, art. 4 LEg N 19 ; STEIGER-SACKMANN, p. 80 (doctrine relative au harcèlement sexuel).

⁴² LEMPEN, art. 4 LEg N 19.

⁴³ BIT, N 183.

⁴⁴ DUNAND, Internet, p. 52 s.

⁴⁵ BIT, N 18.

Uni, le cyberharcèlement au moyen de courriels, de SMS, et d'affichages sur le Web est aussi courant que le harcèlement psychologique « classique »⁴⁶.

Le cyberharcèlement est redoutable en raison de l'intensité, de la durée et de l'effet démultiplicateur des contenus diffusés et échangés⁴⁷. Tel est le cas, par exemple, d'une rumeur malsaine ou de tout autre dénigrement répandu par le biais des réseaux sociaux. L'atteinte à la personnalité est d'autant plus grave qu'il n'est pratiquement plus possible de contrôler le cercle des personnes qui ont accès ou ont accédé au contenu hostile envers la victime⁴⁸.

C. Isolement et exclusion du télétravailleur

Selon le Tribunal fédéral, comme nous l'avons rappelé ci-dessus, l'auteur ou les auteur(s) d'un mobbing ont généralement le désir plus ou moins conscient d'isoler, de marginaliser voire d'exclure la victime du lieu de travail. Il nous paraît qu'une telle volonté peut également s'exercer en cas de télétravail. Certes, le télétravailleur est nécessairement déjà isolé du fait qu'il effectue sa prestation de travail ailleurs que dans les locaux de l'entreprise, le plus souvent à son domicile privé. Cette situation n'est toutefois pas incompatible avec la possibilité d'écarter plus complètement le télétravailleur de son cercle de travail. Des collègues peuvent, par exemple, isoler ou marginaliser ce dernier en l'excluant d'un groupe de discussion par messagerie instantanée. Il est également possible d'exclure le télétravailleur par le fait qu'il subira une incapacité de travail en raison du harcèlement ou en le poussant à démissionner.

Pour illustrer la question, nous citerons deux arrêts du Tribunal fédéral dans lesquels notre Haute Cour a confirmé l'existence d'un harcèlement à l'encontre de travailleurs qui se trouvaient en incapacité de travail et qui ne se rendaient donc plus sur le lieu de travail dans l'entreprise. La première affaire, tranchée en 2008, concerne un travailleur qui avait exercé la fonction de directeur de l'entreprise du mois d'octobre 2001 au mois de janvier 2002⁴⁹. Le travailleur a fait l'objet d'un mobbing dès février 2002, alors qu'il était en incapacité de travail. Le harcèlement psychologique, qualifié en l'espèce de « harcèlement administratif », a pris la forme de nombreux courriers et appels téléphoniques reçus par l'employé à son domicile, ainsi que par l'obligation qui lui a été imposée de multiplier les démarches pour faire reconnaître ses droits face à l'attitude hostile de l'employeur. Il n'est pas inintéressant de citer ici quelques extraits des considérants de l'arrêt :

⁴⁶ BIT, N 54.

⁴⁷ PORTMANN/WILDHABER, N 421a.

⁴⁸ WILDHABER/HÄNSENBERGER, p. 320.

⁴⁹ Cf. TF 4C.74/2007 du 22 janvier 2008.

« La défenderesse [employeur] soutient ensuite qu'elle n'a pas pu commettre des actes de mobbing sur un employé qui ne travaillait plus et avec lequel elle n'avait que des contacts très occasionnels. Elle prétend encore que son employé ne pouvait être exclu du monde du travail, car il n'y était plus en raison de sa maladie.

Dans sa démonstration, la défenderesse ne remet pas en cause les critères sur lesquels la cour a pris appui pour justifier l'existence d'une stratégie de mobbing. Elle ne revient en particulier pas sur la considération de la cour selon laquelle la multiplication des démarches que l'employé a dû entreprendre pour faire reconnaître ses droits et obtenir ses salaires, puis les indemnités journalières versées par l'assurance, ne pouvait que le pousser à l'erreur et l'exposer à provoquer lui-même son licenciement. La défenderesse passe également sous silence le fait que les diverses difficultés auxquelles le demandeur a été confronté sont survenues dès le moment où l'employeur avait pris la décision de le licencier. Il est en outre sans pertinence que l'employé était ou non en arrêt maladie, dès lors que la défenderesse ne conteste pas que le devoir de protection de la personnalité du travailleur, selon l'art. 328 CO, prend en principe fin au moment de la cessation du rapport contractuel et que, durant la période considérée, les deux parties étaient encore contractuellement liées. L'expert – dont les considérations ont été entièrement reprises par la cour cantonale – a du reste clairement indiqué, au terme de son analyse, que la stratégie de mobbing avait atteint son but, à savoir exclure la victime du monde du travail – ce indépendamment de son arrêt maladie.

S'agissant des nombreux courriers et appels téléphoniques concernant le transfert du bail du magasin de ..., la défenderesse se contente d'affirmer qu'elle ne pouvait légitimement pas attendre la fin de l'incapacité de travail de l'employé pour effectuer les démarches nécessaires au transfert du bail. Il va sans dire qu'une telle argumentation, qui ne cherche même pas à établir que le contenu et la fréquence des courriers étaient impropres à constituer des actes de harcèlement, est insuffisante à démontrer une violation par la cour cantonale du droit fédéral »⁵⁰.

La seconde affaire, tranchée en 2019, concerne le harcèlement sexuel qu'a fait subir à une employée le directeur de l'entreprise pour laquelle celle-ci travaillait⁵¹. Après plusieurs années de collaboration respectueuse, le directeur avait avoué à son employée les sentiments

⁵⁰ Id., consid. 5.2.

⁵¹ Cf. TF 4A_544/2018 du 29 août 2019.

qu'il éprouvait pour elle et lui avait proposé d'entretenir une relation intime, dès mars 2014. Malgré le refus qu'elle lui a d'emblée signifié, le directeur s'est montré insistant et a fait pression sur elle en utilisant sa position de supérieur hiérarchique pour parvenir à ses fins. Exténuée par cette pression, l'employée s'est trouvée en incapacité de travail dès la mi-janvier 2015. Le directeur a alors continué à harceler l'employée en lui envoyant des courriels au contenu explicite et en cherchant à la joindre sur son téléphone portable à des heures indues.

IV. Conclusion

L'employeur doit protéger la personnalité et la santé de ses télétravailleurs comme celles de tous ses employés. En particulier, la définition jurisprudentielle du mobbing s'applique pleinement en cas de télétravail.

Il ne faut pas sous-estimer les risques psychosociaux que peuvent supporter les télétravailleurs. L'effacement de la frontière matérielle et symbolique entre le lieu de travail et le domicile, le manque de communication et d'échanges peuvent fragiliser ces derniers et avoir des répercussions autant sur leur développement professionnel que sur leur bien-être et leur santé⁵². Plus spécifiquement, l'isolement ne constitue pas un rempart contre le mobbing puisque les moyens de communication électronique permettent des contacts fréquents et instantanés.

L'employeur doit prendre les mesures qui s'imposent afin de prévenir les conflits interpersonnels et les actes de harcèlement envers les télétravailleurs⁵³. Un effort particulier de sensibilisation doit être déployé afin de rendre les collaborateurs attentifs aux conséquences et aux effets potentiellement dévastateurs du cyberharcèlement⁵⁴. L'obligation de prévention comprend la possibilité offerte aux employés de consulter une personne de confiance qui n'ait pas de rapports hiérarchiques avec eux et qui puisse garantir la confidentialité des entretiens⁵⁵. Enfin, lorsqu'il apprend qu'un salarié porte atteinte aux droits de la personnalité d'un salarié dont il répond, l'employeur est tenu d'agir rapidement et de prendre des mesures concrètes pour faire cesser l'atteinte⁵⁶.

⁵² BONIN, p. 14 ss ; CONSEIL FÉDÉRAL, N 5.2.2 ; DOMENIG, p. 260 ; SECO, Home office, p. 10.

⁵³ Cf. DUNAND/TORNARE, p. 29 ss.

⁵⁴ WILDHABER/HÄNSENBERGER, p. 321.

⁵⁵ Cf. TF 2C_462/2011 du 9 mai 2012, consid. 4.

⁵⁶ DUNAND, Harcèlement, p. 32 s.

Bibliographie

BILLARANT JULIEN, Pour une approche nouvelle du rapport de subordination en droit privé suisse du travail, Genève/Zurich/Bâle 2020

BONIN MURIEL, Préventions des risques psychosociaux du télétravail, Sous toutes réserves, Revue du jeune Barreau de l'Ordre des Avocats de Genève, hiver 2021/n° 34, p. 14-16

BRUCHEZ CHRISTIAN/MANGOLD PATRICK/SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2019

BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL (BIT), Réunion d'experts sur la violence contre les femmes et les hommes dans le monde du travail, Rapports soumis pour discussion à la Réunion d'experts sur la violence contre les femmes et les hommes dans le monde du travail (3-6 octobre 2016), Genève 2016 (cité : BIT). Ce document peut être consulté sur le site labordoc.ilo.org, avec les mots-clés « violence et harcèlement »

CARRON VINCENT, Mobbing et demeure de l'employeur, in : Wyler (édit.), Panorama en droit du travail, Berne 2009, p. 115-139

CARRUZZO PHILIPPE, Le contrat individuel de travail, Zurich/Bâle/Genève 2009

CIRIGLIANO LUCA/NIEMEYER JENS, Homeoffice : rechtliche Regelungen sowie Mustervertrag für die Praxis, Jusletter du 30 novembre 2020

CONSEIL FÉDÉRAL, Conséquences juridiques du télétravail, Rapport du 16 novembre 2016 en réponse du postulat 12.3166 Meier-Schatz

DEVEAUD-PLÉDRAN MARIE, Le harcèlement dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2011

DOMENIG PASCAL, Homeoffice-Arbeit als besondere Erscheinungsform im Einzelarbeitsverhältnis, Berne 2016

DUNAND JEAN-PHILIPPE/LEMPEN KARINE/PERDAEMS ELSA, Droit du travail, Bâle 2020

DUNAND JEAN-PHILIPPE/TORNARE SANDRINE, L'obligation de l'employeur de prévenir les conflits interpersonnels, in : Dunand/Mahon (édit.), Conflits au travail, Genève/Zurich/Bâle 2015, p. 29-70

DUNAND JEAN-PHILIPPE, Commentaire ad art. 328 CO, in : Dunand/Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013 (cité : Commentaire)

DUNAND JEAN-PHILIPPE, Internet au travail : droit et obligations de l'employeur et du travailleur, in : Dunand/Mahon (édit.), Internet au travail, Genève/Zurich/Bâle 2014, p. 33-72 (cité : Internet)

DUNAND JEAN-PHILIPPE, Le harcèlement psychologique (mobbing) en droit privé suisse du travail, RJN 2006, p. 13-45 (cité : Harcèlement)

LEMPEN KARINE, Commentaire ad art. 4 LEg, in : Aubert/Lempen (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011

LEYMANN HEINZ, Mobbing, Psychoterror am Arbeitsplatz und wie man sich dagegen wehren kann, Reinbek/Hambourg 2002

PÄRLI KURT/EGGMANN JONAS, Ausgewählte Rechtsfragen des Homeoffice, Jusletter du 22 février 2021

PORTMANN WOLFGANG/WILDHABER ISABELLE, Schweizerisches Arbeitsrecht, Zurich/Saint-Gall 2020

SECRÉTARIAT D'ETAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Mobbing et autres tensions psychosociales sur le lieu de travail en Suisse, Berne 2003 (cité : SECO, Mobbing)

SECRÉTARIAT D'ETAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Travailler chez soi, Home office, Berne 2019 (cité : SECO, Home office)

STEIGER-SACKMANN SABINE, Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz, Zurich/Bâle/Genève 2013

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Zurich/Bâle/Genève 2012

WAEBER JEAN-BERNARD, Le mobbing ou harcèlement psychologique au travail, quelles solutions ?, PJA 1998, p. 792-796

WENNUBST GABRIELLA, Mobbing, Le harcèlement psychologique analysé sur le lieu de travail, Lausanne 1999

WILDHABER ISABELLE/HÄNSENBERGER SILVIO, Internet am Arbeitsplatz, ZBJV 152 (2016), p. 307-341

WITZIG AURÉLIEN, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, Berne 2019