

Jean-Philippe Dunand | Pascal Mahon (éd.)

Marie-Gisèle Danthe | Valérie Défago Gaudin  
Régine Delley | Jean-Philippe Dunand  
Anne-Sylvie Dupont | Hélène Ecoutin  
Nicole Golay | Karine Lempen | Franciska Krings  
Rebekka Steiner | Norma Streit-Luzio  
Sandrine Tornare | Luc Wenger

# Conflits au travail

*Prévention, gestion, sanctions*





Jean-Philippe Dunand | Pascal Mahon (éd.)

Marie-Gisèle Danthe | Valérie Défago Gaudin  
Régine Delley | Jean-Philippe Dunand  
Anne-Sylvie Dupont | Hélène Ecoutin  
Nicole Golay | Karine Lempen | Franciska Krings  
Rebekka Steiner | Norma Streit-Luzio  
Sandrine Tornare | Luc Wenger

# Conflits au travail

*Prévention, gestion, sanctions*



Schulthess § 2015  
ÉDITIONS ROMANDES

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

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2015  
ISBN 978-3-7255-8523-6

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

# Table des matières

## Première partie - Cadre général et principes

### A. Notion de conflit en psychologie du travail

#### Les conflits au travail : toujours néfastes ..... 1

*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 - Sanctions ..... 109

*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**

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

*Nicole Golay*

Directrice du groupe Impact de l'administration publique vaudoise

## **C. Harcèlement sexuel**

<b>Les procédures relatives au harcèlement sexuel dans le secteur privé ou public</b> .....	<b>265</b>
---	------------

*Karine Lempen*

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



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

<b>Sommaire</b>	<b>Page</b>
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)<sup>1</sup> 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 légale<sup>2</sup>. Il a également suscité des inquiétudes auprès des employeurs et des milieux professionnels concernés, notamment les responsables des

---

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

<sup>2</sup> SUBILIA/SCHWEIZER, p. 323 ss.

ressources humaines, qui se sont interrogés sur sa portée. Diverses tentatives d'explication ont été effectuées<sup>3</sup>. 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 confiance<sup>4</sup>. 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 compétente<sup>5</sup>. 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 conséquences<sup>6</sup>. 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* »<sup>7</sup>. 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 sécurité<sup>8</sup>.

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).

---

<sup>3</sup> Cf. notamment, BENNINGER, p. 6 s. et SECO, *Mobbing*, p. 30 ss.

<sup>4</sup> DUNAND/TORNARE, p. 151 ss.

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

<sup>6</sup> MINISTÈRE DU TRAVAIL, p. 23.

<sup>7</sup> VALLÉ, p. 48-49.

<sup>8</sup> 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 interpersonnels<sup>9</sup>. 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)<sup>10</sup>

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<sup>11 12</sup>. Le devoir de l'employeur revêt une importance particulière, en raison du rapport de subordination du travailleur à l'égard de l'employeur<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_462/2011 du 9 mai 2012.

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

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210.

<sup>13</sup> 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 humaine<sup>14</sup>. 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 privée<sup>15</sup>.

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 travail<sup>16</sup>. 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* »<sup>17</sup>. Il suffit, en effet, de consulter la jurisprudence<sup>18</sup> ainsi que les éditions successives des ouvrages consacrés au droit du travail<sup>19</sup> 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 occupé<sup>20</sup>.

## 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

---

<sup>14</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_103/2008 du 30 juin 2008, consid. 6.2.

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

<sup>16</sup> DUNAND, Commentaire, N 3 *ad art.* 328 CO, p. 271.

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

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> 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<sup>e</sup> édition du Précis de droit Stämpfli, paru en 2014.

<sup>20</sup> 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)<sup>21</sup>.

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 personnalité<sup>22</sup>. 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-respect<sup>23</sup>.

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 personnel<sup>24</sup>.

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 conflit<sup>25</sup>. 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 travail<sup>26</sup>.

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 CO<sup>27</sup>, 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

---

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> DUNAND, Commentaire, N 20 *ad* art. 328 CO, p. 276.

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

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> DUNAND, Commentaire, N 33 *ad* art. 336 CO, p. 667.

<sup>27</sup> WYLER/HEINZER, p. 356 s.

travail, lors desquelles tous les intéressés, y compris la travailleuse concernée, avaient pu faire valoir leur point de vue<sup>28</sup>.

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 collègue<sup>29</sup>. 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*<sup>30</sup>. 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* »<sup>31</sup>.

### 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 LAA<sup>32</sup>)<sup>33</sup>. 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* »<sup>34</sup>.

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

---

<sup>28</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4C\_46/2006 du 12 avril 2006, consid. 3.2.

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

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

<sup>31</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 8C\_18/2011 du 7 février 2012, consid. 6.3.

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

<sup>33</sup> SONNENBERG, p. 103 ss.

<sup>34</sup> 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 victimes<sup>35</sup>.

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 travail<sup>36</sup>. 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 déterminant<sup>37</sup>.

L'employeur doit engager les travailleurs, les former et les instruire, en fonction des spécificités de l'activité déployée et des risques qu'elle comporte<sup>38</sup>. Il doit s'assurer que les mesures prescrites ont été bien comprises et qu'elles sont respectées<sup>39</sup>.

#### 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 conflits<sup>40</sup>. 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 LEg<sup>41</sup>)

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

---

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

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

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

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

<sup>39</sup> CARRUZZO, N 3 *ad* art. 328 CO, p. 279 s.

<sup>40</sup> Pour le détail, cf. chapitre III *infra*.

<sup>41</sup> 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)<sup>42</sup>. 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 hostile<sup>43</sup>. 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 sexuel<sup>44</sup>.

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 tiers<sup>45</sup>.

## 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

---

<sup>42</sup> LEMPEN, Commentaire, N 1 *ad* art. 4 LEg, p. 100.

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> 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.

<sup>45</sup> 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 commis<sup>46</sup>. 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 LEg<sup>47</sup>.

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 respectueux<sup>48</sup>.

## C. La protection de la santé (art. 6 LTr<sup>49</sup>)

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*»<sup>50</sup>. 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 sein<sup>51</sup>. 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.

---

<sup>46</sup> LEMPEN, Commentaire, N 23 *ad* art. 4 LEg, p. 114.

<sup>47</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_473/2013 du 2 décembre 2013, consid. 3.3.

<sup>48</sup> 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.

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

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

<sup>51</sup> 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)<sup>52</sup>.

Deuxièmement, lors de la révision de la LTr de 1998, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2000<sup>53</sup>, 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)<sup>54</sup>.

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)<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> RO 2000, p. 1580.

<sup>54</sup> Cf. SECO, Commentaire, p. 302 – H.

<sup>55</sup> 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 confiance<sup>56</sup>.

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)<sup>57</sup>. 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 conflits<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Cf. DUNAND/TORNARE, p. 151 ss.

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

<sup>58</sup> 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 psychologique<sup>59</sup>.

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 suisses<sup>60</sup>. L'article 17<sup>bis</sup> 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 conflits<sup>61</sup>. 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.

---

<sup>59</sup> Cf. aussi STEIGER-SACKMANN, p. 204 ss.

<sup>60</sup> Convention collective du 1<sup>er</sup> janvier 2014.

<sup>61</sup> 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 travailleurs<sup>62</sup>, 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'entreprise<sup>63</sup>. 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 prévention<sup>64</sup>. 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

---

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

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

<sup>64</sup> 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 oeuvre<sup>65</sup>. Les trois niveaux doivent être pris en considération dans une prévention globale, aujourd'hui souvent préconisée par les spécialistes<sup>66</sup>.

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 travailleurs<sup>67</sup>. 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)<sup>68</sup>. 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 droit<sup>69</sup>. 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* »<sup>70</sup>. On peut citer

---

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

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

<sup>67</sup> SECO, Commentaire, p. 302 – A.

<sup>68</sup> AYENSA, p. 22.

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

<sup>70</sup> 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'entreprise<sup>71</sup>. 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 mineur<sup>72</sup>. 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 performances<sup>73</sup>. 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 France<sup>74</sup>.

## 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 risque<sup>75</sup>. « *Inévitable, utile parfois, les conflits peuvent agir, selon les circonstances, autant comme levier d'un changement souhaité que comme frein à une adaptation nécessaire* »<sup>76</sup>. 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 environnement<sup>77</sup>.

---

<sup>71</sup> COURCY/SAVOIE/BRUNET, p. 47.

<sup>72</sup> SECO, *Mobbing*, p. 20 ss.

<sup>73</sup> DEJOURS, p. 50 ss.

<sup>74</sup> MINISTÈRE du travail, rubrique « *objectif* ».

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

<sup>76</sup> KÜNZI/VICARIO/KÜNZI/JEANDET, p. 63.

<sup>77</sup> 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 humain<sup>78</sup>. 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 confiance<sup>79</sup>. Le conflit est ainsi compris comme la possibilité de faire émerger les désaccords et de repenser la situation, pour retrouver une nouvelle forme d'équilibre<sup>80</sup>.

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 suivantes<sup>81</sup>. 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,

---

<sup>78</sup> DEBOUT, p. 31.

<sup>79</sup> Pour une approche concrète : ROTHENBÜHLER, p. 14 s.

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

<sup>81</sup> 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 dégénérer<sup>82</sup>. 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.)<sup>83</sup>.

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'employeur<sup>84</sup>. 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 complets<sup>85</sup>.

## **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

---

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

<sup>83</sup> KÜNZI/VICARIO/KÜNZI/JEANDET, p. 142.

<sup>84</sup> Cf. dans le présent ouvrage la contribution de DANTHE, p. 109.

<sup>85</sup> 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 sexuel<sup>86</sup>. 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 médiation<sup>87</sup>. 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 ordonnance<sup>88</sup>, 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,

---

<sup>86</sup> 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).

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

<sup>88</sup> 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 violant 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)<sup>89</sup>, chargée de prévenir et de lutter contre « *toutes les formes de comportements abusifs, de conflits<sup>90</sup> 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* »

---

<sup>89</sup> Dispositions réglementaires municipales relatives à la prévention et à la gestion des conflits et au harcèlement du 1<sup>er</sup> octobre 2008.

<sup>90</sup> 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 licenciement<sup>91</sup>.

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* »<sup>92</sup>. 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 exemple<sup>93</sup>.

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

---

<sup>91</sup> Cf. DUNAND/TORNARE, p. 162 s.

<sup>92</sup> SECO, *Mobbing*, p. 30.

<sup>93</sup> DUCRET, p. 6.

harcèlement<sup>94</sup>, semble marquer une transformation du rôle de la personne de confiance, si l'on se réfère aux dispositifs cantonaux et municipaux pris en exemple. Initialement investie du rôle de soutien<sup>95</sup> 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 missions<sup>96</sup>. 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.

---

<sup>94</sup> 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* ».

<sup>95</sup> 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).

<sup>96</sup> 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 travailleurs<sup>97</sup>. 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 médiateurs, sont les conditions régulièrement mises en avant pour définir la

---

<sup>97</sup> 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 médiateurs sont responsables de leur qualité (explications nécessaires et informations transparentes)* »<sup>98</sup>.

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 personnalité<sup>99</sup>.

Processus communicationnel<sup>100</sup>, 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 médiateurs 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 médiateurs 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

---

<sup>98</sup> DUNAND/TORNARE, p. 163 s.

<sup>99</sup> DUNAND/TORNARE, p. 173.

<sup>100</sup> 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 stricte<sup>101</sup>.

## **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 résultat<sup>102</sup>. 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 médiation<sup>103</sup>.

## **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

---

<sup>101</sup> DUNAND/TORNARE, p. 174.

<sup>102</sup> AYENSA, p. 83.

<sup>103</sup> 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 Cst<sup>104</sup>). 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 pertinents<sup>105</sup>. 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'entreprise<sup>106</sup>, 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* »<sup>107</sup> 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 travail<sup>108</sup>. En

---

<sup>104</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

<sup>105</sup> COURCY/SAVOIE/BRUNET, p. 123.

<sup>106</sup> SECO, *Mobbing*, p. 17.

<sup>107</sup> ROUAT, p. 279.

<sup>108</sup> 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)<sup>109</sup>.

## **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 exceptionnels<sup>110</sup>.

---

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

<sup>110</sup> 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'enquêtrice<sup>111</sup>. 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 employeur<sup>112</sup>. 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)<sup>113</sup>. Nous souhaitons quant à nous, nous focaliser sur quelques aspects de la responsabilité contractuelle de l'employeur. C'est ainsi qu'après

---

<sup>111</sup> CANTIN, p. 52 ; DUNAND/TORNARE, p. 175.

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

<sup>113</sup> 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)<sup>114</sup>. Quand un acte est à la fois illicite et contraire à une obligation contractuelle, le droit suisse reconnaît au lésé un concours alternatif d'actions<sup>115</sup>. 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 avantageux<sup>116</sup>.

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 tiers<sup>117</sup>. Lorsque l'employeur est une personne morale, il faut lui imputer les actes de ses organes (cf. art. 55 al. 2 CC)<sup>118</sup>. Par ailleurs, comme nous le verrons ci-dessous, l'employeur répond aussi des actes de ses auxiliaires (cf. art. 55 et 101 CO)<sup>119</sup>. 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)<sup>120</sup>. En pratique, le coût des conséquences des conflits au travail repose toutefois sur les assurances privées et sociales, et donc sur la communauté des assurés<sup>121</sup>.

---

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

<sup>115</sup> WYLER, Responsabilité, p. 253.

<sup>116</sup> TERCIER/PICHONNAZ, N 1194 ss, p. 268 ss.

<sup>117</sup> SONNENBERG, p. 99 ; WYLER/HEINZER, p. 314.

<sup>118</sup> 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.

<sup>119</sup> ATF 137 III 303, consid. 2.2.2 ; ATF 125 III 70, consid. 3a.

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

<sup>121</sup> 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'employeur<sup>122</sup>. 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 personne<sup>123</sup>. 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 formation<sup>124</sup>.

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 assurance<sup>125</sup>. Il consistera aussi dans l'impossibilité pour la victime d'utiliser pleinement sa capacité de gain<sup>126</sup>. 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

---

<sup>122</sup> PORTMANN, N 53 *ad* art. 328 CO, p. 1941.

<sup>123</sup> TERCIER/PICHONNAZ, N 1210, p. 272.

<sup>124</sup> WENNUBST, p. 162 s.

<sup>125</sup> WENNUBST, p. 163.

<sup>126</sup> 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 rente<sup>127</sup>.

### 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 résultat<sup>128</sup>. 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 aussi<sup>129</sup>. 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 concrètement<sup>130</sup>.

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 travailler<sup>131</sup>. 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 gain<sup>132</sup>.

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

---

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

<sup>128</sup> ATF 128 III 174, consid. 2b.

<sup>129</sup> ATF 119 V 335, consid. 1.

<sup>130</sup> ATF 129 III 312, consid. 3.3 ; ATF 121 III 350, consid. 7a.

<sup>131</sup> 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.

<sup>132</sup> 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 entreprise<sup>133</sup>.

#### **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 requise<sup>134</sup>. 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 tâches<sup>135</sup>. 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-ci<sup>136</sup>. 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 subordination<sup>137</sup>. 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 délicats<sup>138</sup>. Il faut rappeler que cette disposition a pour but

---

<sup>133</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_60/2014 du 22 juillet 2012, consid. 3.5.

<sup>134</sup> TERCIER/PICHONNAZ, N 1230, p. 276.

<sup>135</sup> ATF 125 III 70, consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_578/2011 du 12 janvier 2012, consid. 6.4.

<sup>136</sup> THÉVENOZ, N 5 *ad* art. 101 CO, p. 788.

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

<sup>138</sup> 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 personnellement<sup>139</sup>. 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 reçues<sup>140</sup>. Contrairement à l'article 97 CO, ni la faute du débiteur ni celle de l'auxiliaire ne sont une condition d'application<sup>141</sup>.

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'acquittement 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 raisonnement<sup>142</sup>, de même que la doctrine aujourd'hui largement majoritaire<sup>143</sup>.

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 problématique<sup>144</sup>. 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

---

<sup>139</sup> DONATIELLO, N 384, p. 110.

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

<sup>141</sup> THÉVENOZ, N 2 *ad* art. 101 CO, p. 787.

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

<sup>143</sup> 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.

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

reprocher ce comportement (critère dit de la faute hypothétique)<sup>145</sup>. Cette preuve est impossible à apporter en cas d'atteinte à la personnalité. La loi instaure ainsi une responsabilité « *quasi causale* » de l'employeur<sup>146</sup>.

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 auxiliaire<sup>147</sup>. Une telle solution ne nous semble pas très éloignée de la reconnaissance d'une obligation de résultat dans la prévention des risques psychosociaux<sup>148</sup>, principe qui a fait son chemin en droit français<sup>149</sup>.

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 entreprise<sup>150</sup>.

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 libératoires<sup>151</sup>. 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 psychologiquement<sup>152</sup>. Notons que la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois a retenu cette

---

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

<sup>146</sup> 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.

<sup>147</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_128/2007 du 9 juillet 2007, consid. 2.2.

<sup>148</sup> SONNENBERG, p. 73.

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

<sup>150</sup> SONNENBERG, p. 98 ss.

<sup>151</sup> DUNAND, *Harcèlement*, p. 30 s.

<sup>152</sup> DUNAND, *Commentaire*, N 92 *ad art.* 328 CO, p. 306.

solution<sup>153</sup>. 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 atouts<sup>154</sup>. 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.

---

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

<sup>154</sup> 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 importants<sup>155</sup>. 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.

---

<sup>155</sup> 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.
- DEBOU M., Des violences aux risques psychosociaux, *in* : Risques psychosociaux au travail, France 2008.
- DEJOURS C., Conjurer la violence, Paris 2007, p. 50 ss.
- DESROUTEAUX 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/Guinchard/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*).
- WENNUBST 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.