

Olivier Guillod (éd.)

Santé et travail

14^e Journée de droit de la santé

de l'Institut de droit de la santé
Université de Neuchâtel

Editions Weblaw, Berne 2008
Schulthess, Zurich/Bâle/Genève 2008

I	Commentatio
II	Colloquium
III	Dissertatio
IV	Doctrina
V	Liber amicorum
VI	Magister
VII	Monographia
VIII	Thesis

Editions Weblaw en coopération avec Schulthess.

ISBN 978-3-905742-46-6 (Editions Weblaw)

ISBN 978-3-7255-5649-6 (Schulthess Médias Juridiques SA, Zurich/Bâle/Genève)

© Editions Weblaw, Berne 2008

Tous les droits sont réservés aux Editions Weblaw y compris la réimpression d'extraits ou de contributions isolées. Toute utilisation sans l'accord de l'éditeur est interdite en particulier la reproduction, la traduction, le microfilmage, l'enregistrement et le traitement informatique.

Sommaire

Préface

Michel Guillemin

Professeur d'hygiène du travail, Institut universitaire romand de Santé au Travail (IST), Lausanne

1

Les développements récents en droit de la santé

Olivier Guillod

Professeur, Directeur de l'Institut de droit de la santé

5

Protection de la santé au travail : cadre juridique général

Florence Aubry Girardin

Juge au Tribunal fédéral, Lausanne

45

Betriebs- bzw. arbeitsärztlicher Dienst und Datenschutz

Thomas Geiser

Prof Dr. iur., FAA-HSG

63

Arbeit im Krankenhaus: Stress und Gesundheitsförderung

Thomas Reinhardt

Berater für Organisationsentwicklung, Personal- und Organisationsentwicklung Universitätsspital Basel

89

Les devoirs et la responsabilité de l'employeur en matière de protection de la personnalité et de la santé psychique des travailleurs

Jean-Philippe Dunand

Docteur en droit, avocat, professeur à l'Université de Neuchâtel, co-directeur du Centre d'étude des relations de travail

99

Les maladies associées au travail et l'assurance-accidents

Ghislaine Frésard-Fellay

Docteure en droit, avocate, chargée de cours à l'Université de Lausanne

121

Tensions au travail

Franziska Tschan

Professeure en psychologie sociale du travail ; Université de Neuchâtel, Institut de Psychologie du Travail et des Organisations

139

Les devoirs et la responsabilité de l'employeur en matière de protection de la personnalité et de la santé psychique des travailleurs

Jean-Philippe Dunand

Docteur en droit, avocat, professeur à l'Université de Neuchâtel, co-directeur du Centre d'étude des relations de travail (www.unine.ch/CERT).

L'objet de cette contribution est de présenter les nouvelles conceptions en matière de protection de la personnalité et de la santé psychique des travailleurs, et notamment la jurisprudence récente relative au harcèlement psychologique et à la prévention du stress. L'accent sera mis sur les devoirs et la responsabilité de l'employeur.

Sommaire

I. Introduction	100
II. Personnalité et santé psychique des travailleurs	101
1. Une préoccupation récente.....	102
2. Le harcèlement psychologique (<i>mobbing</i>).....	103
3. Stress et burn-out	104
III. Devoirs de l'employeur	106
1. Les mesures concrètes de prévention.....	107
2. Les mesures concrètes pour faire cesser l'atteinte.....	109
IV. Mise en œuvre de la responsabilité de l'employeur	110
1. La responsabilité de l'employeur pour ses auxiliaires.....	111
2. Le paiement des dommages-intérêts.....	112
3. La réparation du tort moral.....	114
4. Les facteurs de réduction.....	116
V Conclusion	118

I. Introduction

Depuis quelques années, une attention accrue est portée à la santé psychique des travailleurs. On a identifié dans ce contexte divers mécanismes qui peuvent impliquer des atteintes graves à la santé (harcèlement psychologique, stress, surmenage).

Ces maux ne sont évidemment pas nouveaux. Leur perception s'est toutefois modifiée, et ceci pour quatre raisons au moins.

Premièrement, on peut relever une évolution des sociétés occidentales qui tendent à favoriser le développement des droits de la personne humaine sur un plan individuel. En droit du travail, alors que la défense des intérêts économiques polarisait les débats, une attention soutenue est portée désormais à la protection de la personnalité des travailleurs¹.

Deuxièmement, les causes et les conséquences de certaines atteintes à la santé psychique commencent à être mieux connues². En ce qui concerne les relations de travail, on distingue notamment les facteurs de stress organisationnels (surmenage quantitatif ou qualitatif), sociaux (tensions, conflits), physiques (bruit, chaleur, poussière) et temporels (travail en équipe ou de nuit). Les risques pour la santé prennent notamment la forme de symptômes physiques (maux de tête, problèmes gastro-intestinaux, douleurs dorsales), psychiques (troubles du sommeil, tensions intérieures, dépression, burn-out) et comportementaux (problèmes de concentration, irrégularités, actes manqués).

Troisièmement, les conséquences économiques des affections liées au travail sont prises en considération. Diminution de la qualité du travail, démotivation du personnel, absentéisme, incapacité de travail sont autant de facteurs qui élèvent les coûts de production des entreprises et les dépenses des assurances, telle l'assurance-invalidité. Ainsi, selon une étude réalisée en Suisse, les coûts financiers directs du stress dans notre pays s'élèvent à environ 4,2 milliards de francs par année, soit 1,2% du PIB, et comprennent 1,4 milliards de frais médicaux, 348 millions de frais d'automédication et 2,4 milliards liés aux absences et pertes de production³.

1 Jean-Bernard Waeber, La protection de la personnalité dans les rapports de travail, in : Harcèlement au travail, Zurich 2002, pp. 37ss.

2 Cf., par exemple, SECO, Commentaire des ordonnances 3 et 4 relatives à la loi sur le travail, Berne 1995, mise à jour avril 2007, annexe au commentaire de 2 OLT3, pp. 302-A / 302-G.

3 Ces estimations ne prennent en compte ni les rentes assurance-invalidité ayant un lien avec le stress, ni les décès prématurés imputables à cette pathologie, ni les coûts non-matérielles ou humains. Cf. Daniel Ramaciotti/Julien Perriard, Les coûts du stress en Suisse, étude réalisée sur mandat du SECO, Publication du SECO, Berne 2001,

Quatrièmement, enfin, les atteintes à la santé psychique sur le lieu de travail sont non seulement plus visibles, mais aussi plus nombreuses.

En effet, le contexte macroéconomique de restructuration de l'économie basée sur une compétitivité toujours plus vive, l'introduction rapide et sans formation de nouvelles technologies et de nouvelles méthodes d'évaluation, la fusion et le transfert d'entreprises favorisent la précarisation des statuts, la performance individuelle, la concurrence entre salariés et la peur des licenciements. Ces pratiques induisent une individualisation des rapports de travail et un isolement de la personne sur son lieu de travail, circonstances pouvant favoriser une détérioration de la santé. L'augmentation importante des rentes AI octroyées pour des raisons psychiques confirme malheureusement ce diagnostic⁴.

En outre, le remplacement progressif des entreprises industrielles par des entreprises actives dans le secteur tertiaire modifie la typologie des risques pour la santé, les tensions psychosociales étant plus fréquentes dans le tertiaire⁵.

Notre contribution comportera trois parties principales. Dans un premier temps, nous verrons que c'est une interprétation renouvelée du principe de protection de la personnalité du travailleur qui a permis à la jurisprudence de prendre en compte des atteintes à la santé psychique comme le harcèlement psychologique et le stress (**chapitre II**). Il s'agira ensuite de définir quels sont les devoirs de l'employeur pour prévenir et mettre fin à de telles atteintes (**chapitre III**). Nous analyserons enfin les conditions et les conséquences de la mise en oeuvre de la responsabilité de l'employeur (**chapitre IV**).

II. Personnalité et santé psychique des travailleurs

Selon l'article 6 I LTr, l'employeur doit protéger la santé, et en particulier l'intégrité personnelle des travailleurs.

Cette réglementation de droit public trouve son écho dans la législation de droit privé, plus précisément à l'article 328 CO. La protection de l'intégrité personnelle des travailleurs y est conçue comme une modalité de la protection de la personnalité des travailleurs.

p. 97.

4 Cf. Johanne Gagnebin, Prévention du stress au travail : un thème en évolution en Suisse et dans l'Union européenne, in : Jusletter du 29 janvier 2007, NN 1 et 2.

5 Hans-Ulrich Scheidegger/Christine Pitteloud, Commentaire LTr, N 21 ad art. 6 LTr.

Dans ce chapitre, nous rappellerons, tout d'abord, que la protection de la santé psychique des travailleurs est une préoccupation récente dans l'ordre juridique suisse (*section 1*). Nous prendrons, ensuite, deux cas d'application, à savoir le harcèlement psychologique (*section 2*) et le stress (*section 3*).

1. Une préoccupation récente

Alors que l'accent était traditionnellement mis sur les maladies dites professionnelles (cf. annexe 1 de l'OPA) et les accidents du travail (santé physique), la perspective s'est élargie depuis une quinzaine d'années à la protection de la santé psychique des travailleurs⁶. En droit public, cette tendance s'est manifestée de manière concrète par l'évolution de la législation sur le travail. Cette question fait l'objet dans cet ouvrage de la contribution de Madame la Juge fédérale Aubry Girardin.

En droit privé, c'est une interprétation jurisprudentielle créative et abondante de l'article 328 CO qui a permis de mieux définir les critères de la protection de la santé psychique de ses travailleurs.

Selon l'article 328 I CO, l'employeur « protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur ; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité ».

On admet que la personnalité recouvre l'ensemble des valeurs essentielles, physiques, affectives et sociales de la personne humaine. Les biens protégés sont notamment l'intégrité et la santé physique, l'intégrité morale et la considération sociale, les libertés individuelles, ainsi que la sphère privée⁷.

La notion d'atteinte à la personnalité étant indéterminée, il revient à la jurisprudence d'en développer le contenu⁸. L'article 328 CO constitue ainsi « une norme ouverte qui permet une concrétisation évolutive du droit dans le monde du travail, tenant compte des transformations des techniques et des changements de comportement, comme le montre la jurisprudence toujours plus abondante des tribunaux relative à cette norme »⁹.

6 Ramaciotti/Perriard (note 3), p. 15.

7 Christiane Brunner/Jean-Michel Bühler/Jean-Bernard Waeber/Christian Bruchez, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2004, pp. 140-141.

8 Gabriel Aubert, Commentaire romand, CO I, N 4 ad art. 328 CO. Voir aussi Kurt Pärli, Die Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, in ARV/DTA 4/2005, pp. 225-235.

9 Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez (note 7), pp. 140-141.

2. Le harcèlement psychologique (*mobbing*)

Le harcèlement psychologique est un cas d'application particulièrement important. Il résulte d'une étude réalisée en 2001-2002 à la demande du Secrétariat d'Etat suisse à l'économie que près de 8% des personnes travaillant en Suisse sont victimes de *mobbing*¹⁰. De fait, les décisions judiciaires en la matière sont nombreuses¹¹.

Selon la définition retenue par le Tribunal fédéral, le harcèlement psychologique « est un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels une ou plusieurs personnes cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail »¹².

La caractéristique du *mobbing* est son caractère sournois. Les propos et agissements hostiles se cachent sous des attitudes qui ont souvent l'apparence de la normalité : les attaques ne sont généralement pas virulentes, mais de faible intensité. Seule la répétition de ces actes leur donne un caractère hostile¹³. Comme le relève le Tribunal fédéral, la « victime est souvent placée dans une situation où chaque acte pris individuellement, auquel un témoin a pu assister, peut éventuellement être considéré comme supportable alors que l'ensemble des agissements constitue une déstabilisation de la personnalité, poussée jusqu'à l'élimination professionnelle de la personne visée »¹⁴.

On sait que le harcèlement a souvent des conséquences graves. Il provoque non seulement une réduction significative, puis un anéantissement de la capacité de travail, mais aussi des souffrances importantes qui entraînent des problèmes médicaux, sociaux et familiaux, pouvant amener à la dépression, aux idées suicidaires, aux toxico-dépendances et à l'invalidité¹⁵.

10 Cf. SECO, *Mobbing et autres tensions psychosociales sur le lieu de travail en Suisse*, Berne [Publication du SECO] 2003, p. 7.

11 Cf. Jean-Philippe Dunand, *Le harcèlement psychologique (mobbing) en droit privé suisse du travail*, in RJN 2006, pp. 13-45 et les références citées. Voir aussi Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, *Arbeitsvertrag*, Zurich 2006, N 17 ad art. 328 CO, Jean-Bernard Waeber, *Le mobbing ou harcèlement psychologique au travail, quelles solutions ?*, in AJP/PJA 7/98, pp. 792-796, Gabriella Wennubst, *Mobbing, Le harcèlement psychologique analysé sur le lieu de travail*, La Chaux-de-Fonds 2007 et Rémy Wyler, *Droit du travail*, Berne 2008, pp. 323-329.

12 Cf., par exemple, TF, 13.10.2004, 4C.343/2003, c. 3.1.

13 Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez (note 7), p. 144 et Dunand (note 11), p. 20.

14 TF, 20.3.2006, 4C.320/2005, c. 2.1.

15 Sur ces questions, voir aussi Marie-France Hirigoyen, *Le harcèlement moral, la violence perverse au quotidien*, Paris 1998 et Dorothee Ramaut, *Journal d'un médecin de travail. La souffrance au travail*, Paris 2006.

La Chambre d'appel des prud'hommes de Genève a traité, il y a un peu plus de dix ans, l'un des premiers cas judiciaire de *mobbing* sur le lieu de travail en Suisse¹⁶. S'agissant d'une affaire particulièrement illustrative, nous en rappellerons les éléments principaux.

Un travailleur, au service de la même entreprise depuis plus de vingt ans en qualité d'architecte a été contraint par son employeur de travailler dans des conditions inacceptables. L'employeur a tout fait pour tenter de dégoûter son employé, approchant de l'âge de la retraite, et l'amener à quitter l'entreprise avant l'échéance de son contrat de travail de durée déterminée.

Pendant plusieurs années, l'employé a ainsi dû exécuter des tâches subalternes, sans rapport avec ses qualifications, a subi de manière répétée des reproches relatifs à la qualité de son activité et s'est vu assigner différents lieux de travail ne présentant pas les exigences d'hygiène requises et non équipés pour permettre la réalisation de travaux de dessinateur-architecte.

L'employé a, en effet, été placé successivement dans un bureau-container dépourvu de sanitaires, situé sur un chantier; dans un bureau accessible à tous, sans téléphone, sans documentation technique nécessaire; enfin, dans un bureau situé si loin dans la campagne genevoise qu'il lui était très difficile de s'y rendre, vu l'absence de transports publics adéquats et le fait qu'il n'était pas motorisé.

Le travailleur a fini par tomber dans un état dépressif sérieux occasionnant une longue incapacité de travail. La Chambre d'appel, confirmant la décision du Tribunal des prud'hommes, a estimé que le travailleur avait droit à une indemnité pour tort moral de 20'000 fr.

3. Stress et burn-out

Le stress, le surmenage et le burn-out au travail sont des autres cas de trouble psychosocial qui entraînent souvent des dysfonctionnements physiques et dont la fréquence est croissante¹⁷.

Selon le rapport annuel 2002 de l'Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail, des études ont estimé à environ 40 millions le nombre de travailleurs qui souffrent du stress lié au travail au sein de l'Union européenne, ce qui représente

16 Arrêt de la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève du 23 juin 1997, c. VIII/1073/95, in: JAR 1998 154.

17 Cf. Frank Th. Petermann, Rechte und Pflichten des Arbeitgebers gegenüber psychisch labilen oder kranken Arbeitnehmern, in: ARV/DTA 1/2005, pp. 1-12 et Wolfgang Portmann, Stresshaftung im Arbeitsverhältnis, in Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Zurich 2008, p. 398.

un coût d'environ 20 milliards d'euros pour les Etats membres en temps distraits et frais médicaux¹⁸. Les auteurs de l'étude réalisée en Suisse en 2001 sur les coûts du stress relèvent quant à eux que près de 27% des personnes interrogées se sentent stressées souvent ou très souvent dans notre pays¹⁹.

Il existe différentes formes de stress sur le lieu de travail, qui sont liées notamment à la charge et à l'organisation du travail, à des conditions-cadres peu favorables, à une surcharge ou à un manque de travail, au stress psychosocial ou précisément au mobbing²⁰.

Selon la définition retenue par le SECO, le stress est « un état de fait de réactions émotionnelles, cognitives, comportementales ou physiologiques aux aspects néfastes et nocifs de la nature du travail, de son organisation et de son environnement. Cet état est caractérisé par des degrés élevés d'activité et de souffrance et, souvent, par le sentiment de ne pas pouvoir faire face à la situation »²¹.

Le syndrome de burn-out est quant à lui une maladie qui se développe lentement et qui se caractérise par un épuisement professionnel ainsi que par un phénomène de distanciation ou de dépersonnalisation²².

De manière significative, des jurisprudences récentes relatives à des litiges de droit du travail, commencent à prendre en compte les notions de stress, burn-out et surmenage. Nous donnerons quelques exemples.

Ainsi, dans un arrêt du 20 mars 2006, le Tribunal fédéral s'est penché sur le cas d'un travailleur qui avait été victime d'un harcèlement psychologique entraînant une décompression psychique importante. Dans la mesure où cet employé avait déjà été affecté lors d'un précédent emploi par un surmenage et une dépression, s'est posée la question de l'existence d'une éventuelle « prédisposition constitutionnelle »²³. Nous reviendrons sur cet arrêt ci-dessous.

Dans une autre jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a traité du cas dans lequel la dépression d'un travailleur avait pour origine son licenciement. Notre haute Cour a repris le raisonnement d'une cour cantonale : « Il était en effet connu que le burn-out pouvait fréquemment déclencher une dépression, ou qu'inversement, on fasse remonter, rétrospectivement, l'origine d'une dépression dans un burn-out. Il fallait également relever en ce sens que les médecins, tout en utilisant, des déno-

18 Cf. Scheidegger/Pitteloud (note 5), N 22 ad art. 6 LTr.

19 Ramaciotti/Perriard (note 3), p. 112.

20 Cf. SECO (note 10), p. 55.

21 Cf. SECO (note 2), annexe au commentaire de 2 OLT3, p. 302-E.

22 Cf. SECO (note 2), annexe au commentaire de 2 OLT3, p. 302-F.

23 TF, 20.3.2006, 4C.320/2005, c. 2.5.

minations différentes au sujet de l'état du patient (stress, surmenage, burn-out, puis dépression), s'accordaient sur le fait qu'il trouvait son origine dans les soucis professionnels du demandeur [le travailleur] et, plus particulièrement, dans son licenciement »²⁴.

Enfin, dans un arrêt rendu au mois d'octobre 2005, largement passé inaperçu, le Tribunal fédéral a validé le raisonnement de la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois qui avait estimé que le système très contraignant d'acquisition de la clientèle mis sur pied dans une entreprise portait atteinte à la personnalité des travailleurs et qu'il était apte, dans des circonstances semblables, à entraîner à terme la dégradation de la santé des personnes qui y étaient exposées. En l'espèce, une employée soumise à ce système d'organisation s'était trouvée en incapacité de travail pour surmenage et avait souffert d'un syndrome dépressif grave avec inhibition. Le Tribunal fédéral a cependant réduit l'indemnité pour tort moral qui lui était due par l'employeur de 15'000 à 10'000 fr²⁵.

Il est intéressant de se référer à la décision cantonale dont un considérant explique le raisonnement de la Cour: « La demanderesse [employée] a de toute évidence subi des pressions du fait du système commercial mis en place par la défenderesse [employeur]. A l'exigence de rencontrer un minimum de vingt clientes par semaine et de participer à des séances quotidiennes avec sa responsable s'est ajouté la nécessité de réaliser puis d'augmenter un chiffre de vente donné. Une fois la demanderesse nommée formatrice, il s'est également agi pour son groupe d'atteindre un chiffre d'affaires déterminé. Certaines collaboratrices se sont senties opprimées, la défenderesse les enjoignant sans cesse d'accroître leur clientèle, tout en banalisant la difficulté de leur tâche »²⁶.

III. Devoirs de l'employeur

Au sens de l'article 328 CO, la protection de la personnalité du travailleur implique aussi bien un devoir d'abstention qu'une obligation positive à charge de l'employeur. La jurisprudence²⁷ et la doctrine²⁸ admettent en effet que celui-ci a non seulement l'obligation de s'abstenir directement de toute atteinte aux droits de la personnalité et à la santé de ses travailleurs, mais aussi d'entreprendre des mesures concrètes

24 TF, 13.9.2006, 4A_117/2007 et 4A_127/2007, c. 5.2.

25 TF, 17.10.2005, 4C.24/2005, c. 7.

26 TC VD, 19.3.2004, CT99.009388, c. II (arrêt non publié).

27 ATF 125 III 70, 74 et TF, 9.7.2007, 4A_128/2007, c. 2.2.

28 Aubert (note 8), N 2 ad art. 328 CO; Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez (note 7), p. 140 et Wolfgang Portmann/Jean-Fritz Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, Zurich-Saint Gall 2007, N 416.

tes pour empêcher que les travailleurs ne subissent une telle atteinte de supérieurs hiérarchiques, de collègues de travail et même de tiers.

L'employeur doit prendre les mesures adéquates pour prévenir (*section 1*), et si nécessaire, pour faire cesser ou réduire les effets dommageables d'une atteinte (*section 2*).

1. Les mesures concrètes de prévention

Selon l'article 328 II CO, l'employeur doit prendre, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle des travailleurs, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui.

Le Tribunal fédéral a récemment précisé que cette disposition légale ne visait pas seulement les mesures qui devaient être prises pour éviter les accidents du travail, mais également les atteintes à la santé qui pouvaient découler de l'exécution du travail²⁹.

La LTr contient des règles similaires (art. 6 LTr et 2 OLT3)³⁰. En particulier, nous l'avons vu, cette loi prescrit que l'employeur doit prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité personnelle des travailleurs (art. 6 I LTr). Il doit notamment aménager ses installations et régler le marché du travail de manière à préserver autant que possible les travailleurs des dangers menaçant leur santé et du surmenage (art. 6 II LTr). Enfin, selon l'art. 2 I OLT3, l'employeur est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer et d'améliorer la protection de la santé et de garantir la santé physique et psychique des travailleurs.

En matière de prévention des atteintes à la santé psychique, il va de soi que l'on peut équitablement exiger de l'employeur qu'il prenne les mesures commandées par l'expérience et l'état des connaissances en la matière. Ces mesures, qui ne nécessitent pas de moyens techniques particuliers, peuvent être adaptées aux conditions de l'exploitation.

On exigera, par exemple, d'un employeur occupant plusieurs centaines d'employés une gestion des ressources humaines plus professionnelle. Il est recommandé de désigner une personne interne ou externe à laquelle la victime ou les personnes en conflit peuvent s'adresser pour des conseils et un soutien³¹. De nombreuses entre-

29 ATF 132 III 257, c. 5.2.

30 SECO (note 2), NN 302-1 à 302-4.

31 SECO (note 2), annexe au commentaire de 2 OLT3, p. 302-G.

prises ou administrations recourent désormais à des instances de médiation dans ce contexte³².

Si les connaissances nécessaires n'existent pas au sein de l'entreprise, l'employeur devra faire appel à des spécialistes extérieurs (médecins du travail, psychologues du travail, ergonomes, etc.)³³.

Les coûts des mesures de protection et de prévention, en particulier ceux relatifs à la formation des travailleurs et tous ceux résultant des mesures à prendre, sont à la charge de l'employeur³⁴.

D'une manière générale, l'employeur a un devoir d'organisation, d'information et de surveillance³⁵. Il doit organiser le travail, définir les tâches et les responsabilités et faire usage de son droit de donner des directives (art. 321d CO), afin d'éviter, de repérer rapidement, ou de faire cesser toute atteinte à la personnalité et à la santé.

L'employeur est parfaitement légitimé à refuser le travail offert par un employé qui, pour cause de maladie ou de grossesse, n'est pas à même de fournir sa prestation sans danger pour lui-même³⁶.

Les conditions de travail doivent être adaptées aux capacités de l'être humain³⁷. L'employeur offrira aux travailleurs un climat de travail qui exclut toute atteinte à leur santé psychique. Le travail sera organisé de manière à éviter un stress inutile ou un épuisement professionnel³⁸.

L'arrêt du Tribunal fédéral déjà cité, rendu en octobre 2005, ouvre des voies nouvelles dans la protection des travailleurs. Selon cette jurisprudence, il appartient à l'employeur de mettre sur pied un système d'organisation rationnel et respectueux, qui permette d'éviter une mise sous pression excessive des employés³⁹.

Les travailleurs doivent évidemment collaborer à ces objectifs de prévention. La protection de la santé est un devoir commun des travailleurs et de l'employeur⁴⁰. Les

32 Cf. Jean-Philippe Dunand, Le médiateur institué par l'employeur, in: Jusletter du 13 novembre 2006.

33 SECO (note 2), p. 302-2.

34 SECO (note 2), p. 302-2.

35 Portmann/Stöckli (note 28), N 417 et Rémy Wyler, Protection de la personnalité des travailleurs, prévention des accidents et responsabilité civile, in: Assurance sociale, responsabilité de l'employeur, assurance privée, Berne 2005, p. 141.

36 ATF 126 III 75, c. 2 e. Voir aussi Streiff/von Kaenel (note 11), N 15 ad art. 328 CO.

37 SECO (note 2), p. 302-1.

38 Portmann (note 17), p. 409.

39 TF, 17.10.2005, 4C.24/2005, c. 7.2.

40 Portmann (note 17), pp. 414 - 415, Jacques-André Schneider, Stress et épuisement professionnel: l'employeur et le contrôle médical annuel, in: Mélanges en l'honneur de

employés ont par ailleurs le droit d'être consultés sur les décisions de l'employeur en matière de sécurité et de protection de la santé (82 LAA; 6 LTr; 328 CO).

Certes, la situation de chaque entreprise doit être évaluée de manière individuelle. En tous les cas, l'employeur doit développer une politique d'information claire de l'ensemble du personnel, en particulier des cadres. Les prescriptions pertinentes seront fixées dans le règlement d'entreprise, lequel est obligatoire pour les entreprises industrielles (cf. art. 37 LTr).

2. Les mesures concrètes pour faire cesser l'atteinte

Quand il apprend qu'un salarié porte atteinte aux droits de la personnalité d'un subordonné, d'un collègue ou d'un supérieur, l'employeur doit agir rapidement. Il lui incombe de faire établir les faits, de chercher les causes et de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser l'atteinte, en usant notamment de son droit de donner des directives⁴¹. Le recours à un médiateur interne ou externe est recommandé⁴².

Selon le Tribunal fédéral, lorsqu'un travailleur demande sa protection, l'employeur ne peut rester passif et se contenter d'exiger que les travailleurs s'entendent sous menace de licenciement⁴³. Il doit, au contraire, prendre toutes les mesures que l'on pouvait attendre de lui pour désamorcer le conflit⁴⁴.

L'employeur ne saurait confier à une personne mise en cause le soin d'effectuer elle-même une enquête⁴⁵. De même, il n'est pas adéquat de convoquer un colloque réunissant les employés d'un service lorsque la personne suspectée de mauvais caractère, voire de harcèlement, ne peut y prendre part du fait de son départ en vacances prévu de longue date⁴⁶. Par ailleurs, si l'auteur de l'atteinte n'est pas facilement identifiable, l'employeur rappellera à tout son personnel l'importance de la protection des droits de la personnalité⁴⁷.

Il est admis qu'une atteinte grave aux droits de la personnalité du travailleur constitue une violation de l'obligation de fidélité susceptible de fonder un licenciement immédiat (au sens de 337 CO) de l'auteur de l'atteinte lorsque cette mesure est né-

Jean-Louis Duc, Lausanne 2001, p. 303 et Wyler (note 35), pp. 128-130.

41 Aubert (note 8), N 6 ad art. 328 CO, Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez (note 7), p. 144 et Wyler (note 11), pp. 302 - 303.

42 Cf. Dunand (note 32).

43 TF, 18.12.2001, 4C.253/2001, c. 3.

44 TF, 23.9.2003, 4C.189/2003, c. 5.1.

45 ATF 126 III 395, c. 7c.

46 TF, 23.9.2003, 4C.189/2003, c. 5.3.

47 Aubert (note 8), N 6 ad art. 328 CO.

cessaire pour protéger les salariés⁴⁸. Dans cette hypothèse, c'est l'obligation pour l'employeur de protéger ses autres travailleurs, sous peine d'engager sa propre responsabilité, qui est à l'origine du licenciement pour justes motifs⁴⁹.

Le Tribunal fédéral a récemment précisé que l'effet du comportement en cause sur l'employeur n'était pas déterminant, puisque celui-ci n'était qu'indirectement touché. Il pouvait du reste arriver que l'employeur, ne se sentant pas concerné, tarde à réagir. Selon notre Haute Cour, son inaction, contraire aux obligations issues de l'article 328 CO, ne saurait alors être utilisée pour minimiser la gravité de l'atteinte à la personnalité subie par l'employé⁵⁰.

L'employeur doit cependant être prudent, car dans certains cas le licenciement immédiat du perturbateur pourra être considéré comme injustifié (cf. art. 337c CO), voire abusif (cf. art. 336 CO) par les tribunaux. Le Tribunal fédéral a, par exemple, jugé abusif le congé donné dans le but de mettre fin à un conflit entre employés dans l'entreprise⁵¹.

L'employeur doit aussi offrir un soutien à la victime, lui proposer une « réhabilitation sociale »⁵². Notons que, selon le nouvel article 7c LAI, l'employeur doit collaborer activement avec l'office AI et contribuer à la mise en oeuvre d'une solution appropriée qui s'inscrit dans les limites du raisonnable.

IV. Mise en œuvre de la responsabilité de l'employeur

L'atteinte aux droits de la personnalité ou à la santé du travailleur constitue aussi bien un acte illicite, qui engage la responsabilité délictuelle de l'employeur, qu'une violation du contrat de travail, qui engage sa responsabilité contractuelle. L'employeur répond des actes de ses auxiliaires (*section 1*). Suivant les cas, le travailleur victime d'une atteinte peut requérir de son employeur le versement de dommages-intérêts (*section 2*), ainsi que d'un montant à titre de réparation morale (*section 3*). Il faut cependant se demander s'il l'employeur a la possibilité d'opposer des facteurs de réduction à son travailleur (*section 4*).

48 Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez (note 7), p. 276.

49 Waeber (note 11), p. 793.

50 TF, 18.12.2007, 1C_318/2007 et 1C_320/2007, c. 3.3.

51 TF, 23.9.2003, 4C.189/2003, c. 5.2-3 et TF, 18.12.2001, 4C.253/2001, c. 2 et 3.

52 SECO (note 10), p. 63.

1. La responsabilité de l'employeur pour ses auxiliaires

Lorsque l'employeur est une personne morale, il faut lui imputer les actes de ses organes (55 II CC). Par ailleurs, l'employeur répond aussi des actes de ses auxiliaires (cf. 55 et 101 CO), soit de ses collaborateurs, quel que soit leur niveau hiérarchique, voire de tiers extérieurs à l'entreprise lorsqu'il leur a délégué des tâches⁵³. L'idée est que, en recourant à des auxiliaires, l'employeur augmente les risques de son activité et qu'il est juste qu'il supporte les conséquences des manquements de ceux-ci, dont il tire profit⁵⁴.

Selon l'article 101 I CO, applicable en matière d'inexécution contractuelle, « Celui qui, même de manière licite, confie à des auxiliaires, tels que des personnes vivant en ménage avec lui ou des travailleurs, le soin d'exécuter une obligation ou d'exercer un droit dérivant d'une obligation, est responsable envers l'autre partie du dommage qu'ils causent dans l'accomplissement de leur travail ».

Dans une affaire relative à un harcèlement psychologique, le Tribunal fédéral a eu récemment l'occasion de rappeler que la notion d'auxiliaire au sens de l'art. 101 CO doit être interprétée de manière large et s'appliquer non seulement à celui qui est soumis à l'autorité de la partie ou de son mandataire, mais encore à toute personne qui, même sans être dans une relation juridique suivie avec la partie ou son mandataire, lui prête son concours. Pour que l'art. 101 CO soit applicable, il suffit que l'auxiliaire ait agi au su et avec le consentement du débiteur, qui peut être tacite, et même s'il n'existe aucun lien de subordination entre eux⁵⁵.

A teneur de l'article 101 I CO, l'employeur ne répond que du dommage causé par ses travailleurs et auxiliaires, « dans l'accomplissement de leur travail ». Selon la jurisprudence et la doctrine, l'acte dommageable de l'auxiliaire doit constituer en même temps une inexécution ou une exécution défectueuse de l'obligation contractée par l'employeur à l'égard du lésé (rapport fonctionnel)⁵⁶.

Pour apprécier l'existence d'un tel rapport de causalité, on doit se demander si le débiteur devait objectivement compter avec le fait que l'auxiliaire puisse causer un dommage du genre de celui qui s'est produit (critère de la prévisibilité objective)⁵⁷.

53 ATF 125 III 70. Voir également Karine Lempen, *Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur*, Genève/Zurich/Bâle 2006, pp. 250ss et Luc Thévenoz, *Commentaire romand*, CO I, N 11 ad art. 101 CO

54 Franz Werro, *La responsabilité civile*, Berne 2005, N 437.

55 TF, 13.10.2004, 4C.343/2003, c. 4.a et références citées.

56 TF, 24.4.2007, 4C.394/2006, c. 4.2 et TF, SJ 1998 37. Voir aussi Thévenoz (note 53), N 23 ad art. 101 CO et Wyler (note 35)p. 115.

57 Thévenoz (note 53), N 23 ad art. 101 CO.

Il n'apparaît pas choquant d'appliquer ce critère en matière d'atteinte à la personnalité : l'employeur peut et doit objectivement compter avec le fait que l'un de ses auxiliaires puisse porter atteinte à la personnalité et à la santé d'un collègue de travail⁵⁸.

La responsabilité de l'employeur est indépendante de l'existence d'une faute de celui-ci ou du travailleur. Il en résulte que l'article 101 CO est une norme d'imputation sévère puisque l'employeur ne peut se libérer de sa responsabilité qu'en apportant la preuve que s'il avait agi comme son auxiliaire, on ne pourrait lui reprocher aucune faute (critères de la faute hypothétique)⁵⁹. La loi instaure ainsi une responsabilité « quasi-causale » de l'employeur⁶⁰.

Dans un arrêt récent relatif à un cas de harcèlement psychologique, le Tribunal fédéral a confirmé que l'employeur ne pouvait se libérer de sa responsabilité en démontrant qu'il avait « pris toutes les mesures nécessaires pour protéger la personnalité de la victime après que celle-ci lui ait fait part de la situation, puisque l'employeur répond également des atteintes à la personnalité commises auparavant par son auxiliaire »⁶¹.

2. Le paiement des dommages-intérêts

La victime d'une atteinte aux droits de la personnalité peut requérir le versement de dommages-intérêts et d'un montant à titre de réparation morale si les conditions spéciales correspondantes sont réalisées⁶². Suivant les cas, les prétentions financières peuvent s'avérer considérables⁶³.

Les conditions de la responsabilité de l'employeur, le délai de prescription et la détermination du montant des dommages-intérêts sont fixés selon les règles générales applicables en matière de responsabilité contractuelle (art. 97ss, 42ss CO)⁶⁴.

La victime doit prouver que ce sont les atteintes à la santé subies sur le lieu de travail qui ont causé son dommage. Suivant le type d'agression, la preuve est difficile à apporter. Ainsi, en matière de harcèlement psychologique, le Tribunal fédéral a précisé qu'il « résulte des particularités du mobbing que ce dernier est

58 Cf. Adrian Staehelin, Commentaire zurichois, N 15 ad art. 328 CO.

59 Portmann (note 17), p. 409 et Thévenoz (note 53), N 26 ad art. 101 CO. Voir aussi CCC NE, 31.1.2000, RJN 2000 122.

60 Streiff/von Kaenel (note 11), N 16 ad art. 328 CO et Waeber (note 11), p. 792. Voir aussi TP GE, 21.11.1991, JAR 1992 166.

61 TF, 9.7.2007, 4A_128/2007, c.2.4.

62 TC VD, 25.4.2001, SJZ 98 (2002), p. 448 et TC VS, 6.7.1998, RVJ 2000, p. 182.

63 TF, 13.10.2004, 4C.343/2003, c. 5.

64 Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez (note 7), pp. 149s.

généralement difficile à prouver, si bien qu'il faut savoir admettre son existence sur la base d'un faisceau d'indices convergents »⁶⁵.

En pratique, le juge requiert souvent une expertise médicale dans le but de déterminer les causes et les effets de l'atteinte à la santé. En principe, le tribunal doit suivre les conclusions de l'expertise. Ce n'est que lorsque des circonstances bien établies viennent ébranler sérieusement la crédibilité d'une expertise judiciaire que le juge peut ne pas suivre les conclusions de l'expert. En revanche, si les conclusions lui semblent douteuses, il lui appartient d'ordonner des preuves complémentaires pour dissiper les doutes⁶⁶.

Le dommage juridiquement reconnu réside dans la diminution involontaire de la fortune nette ; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'évènement dommageable ne s'était pas produit. Le dommage peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif⁶⁷.

Le dommage doit être certain, c'est-à-dire qu'il existe déjà ou qu'il se produira inévitablement. Si la preuve précise concernant l'existence et le montant du dommage ne peut pas être fournie, l'article 42 II CO prévoit que celui-ci peut être établi par le juge sur la base des indices fournis dans le dossier et compte tenu du cours ordinaire des choses. Il ne se justifie cependant d'accorder une réparation du dommage que lorsque l'existence du préjudice invoqué par le demandeur apparaît comme pratiquement certaine et non seulement si elle apparaît comme possible⁶⁸.

En cas de lésion corporelle, par quoi il faut entendre toute atteinte à la santé physique ou mentale de la victime, le dommage consiste notamment dans l'impossibilité pour la victime d'utiliser pleinement sa capacité de gain (atteinte à l'avenir économique). Est déterminante la diminution de la capacité de gain et non l'atteinte à la capacité de travail comme telle⁶⁹.

Pour déterminer les conséquences pécuniaires de l'incapacité de travail, il faut estimer le gain que le lésé aurait obtenu s'il n'avait pas subi l'évènement dommageable. Les augmentations ou les diminutions futures probables du salaire du lésé durant la période considérée doivent être prises en compte par le juge. Puis, il y a lieu de déduire de ce gain le revenu effectif de l'activité professionnelle exercée durant

65 TF, 20.6.2003, 2P.207/2002, c. 4.2.

66 TF, 21.2.2006, 4P.329/2005, c. 3.

67 ATF 129 III 331, c. 2.1 et références citées.

68 TF, 4.4.2003, 2C.2/2000, c. 3.

69 ATF 127 III 403, c. 4a.

la même période. La différence représente le dommage concret issu de l'incapacité de travail⁷⁰. Le dommage de rente doit également être pris en considération. Il correspond à la perte de rentes de vieillesse, provoquée par une réduction du revenu qui survient à la suite d'une atteinte à la capacité de gain⁷¹.

Il est vrai toutefois que la portée de la responsabilité civile de l'employeur peut être réduite en pratique par l'intervention des assurances sociales, en particulier l'assurance-accident (cf. la contribution de Madame Frésard-Fellay dans le présent ouvrage).

Selon l'article 75 II LPGa, l'assureur social est limité dans son droit de recours contre l'employeur pour les prestations versées au lésé dans les seuls cas où l'on peut reprocher à l'employeur une faute intentionnelle ou une négligence grave à l'origine de l'accident. Dans le régime de l'assurance-accidents, l'employeur reste cependant exposé à une action directe du lésé, même en cas de faute légère, pour le solde non couvert par l'assureur social (dommage résiduel). Il pourra ainsi être tenu de compléter par exemple les indemnités journalières versées par la LAA⁷².

3. La réparation du tort moral

En cas d'atteinte illicite à sa personnalité du fait de son employeur ou des auxiliaires de celui-ci, le travailleur peut prétendre au paiement d'une indemnité pour tort moral pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement (49 CO)⁷³.

Le tort moral correspond aux souffrances physiques et psychiques que ressent la victime à la suite d'une atteinte à sa personnalité. L'existence d'un tort moral suppose que la victime ait non seulement subi objectivement une atteinte grave dans ses intérêts personnels, mais aussi qu'elle l'ait subjectivement ressentie comme une souffrance suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime qu'une personne dans ces circonstances s'adresse au juge pour obtenir réparation⁷⁴.

70 ATF 99 II 214, c. 3a et TF, 4.4.2003, 2C.2/2000, c. 3.

71 ATF 126 III 41, c. 3.

72 Sur ces questions, cf. Ghislaine Frésard-Fellay, Le recours subrogatoire de l'assureur-accidents selon la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), in: Assurance sociale, responsabilité de l'employeur, assurance privée, Berne 2005, pp. 61-78, Bettina Kahil-Wolff/Carole Sonnenberg, Le privilège de recours de l'employeur, in: Assurance sociale, responsabilité de l'employeur, assurance privée, Berne 2005, pp. 79-96, ainsi que Portmann (note 38), N 56 ad art. 328 CO.

73 Sur ce thème, cf. Jean-Philippe Dunand, La réparation du tort moral du travailleur par l'employeur, in: Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Zurich 2008, pp. 173 - 190.

74 TF, 9.7.2007, 4A_128/2007, c. 2.3.

La victime d'une atteinte grave à sa personnalité doit prouver les faits dont on peut déduire sa souffrance (8 CC et 42 I CO). Elle doit également établir que le préjudice subi est dans un rapport de causalité adéquat avec l'acte fondant la responsabilité de l'auteur de l'atteinte⁷⁵.

La détermination de la somme allouée à titre de réparation morale relève du pouvoir d'appréciation du juge (4 CC). Notons cependant que la loi sur l'égalité prévoit une indemnité spécifique en cas de harcèlement sexuel. Conformément à l'art. 5 LEg, cette indemnité est calculée sur la base du salaire moyen suisse (soit, 5'674 fr. en 2006) et plafonnée à six mois au maximum.

L'ampleur de la réparation morale dépend avant tout de la gravité des souffrances physiques ou psychiques consécutives à l'atteinte subie par la victime et la possibilité d'adoucir sensiblement, par le versement d'une somme d'argent, la douleur morale qui en résulte. Selon la jurisprudence, en raison de sa nature, l'indemnité pour tort moral, destinée à réparer un dommage qui ne peut que difficilement être réduit à une somme d'argent, échappe à toute fixation selon des critères mathématiques, de sorte que son évaluation en chiffres ne saurait excéder certaines limites.

Deux critères, en apparence contradictoire, sont utilisés par les tribunaux pour fixer la somme due à la victime de l'atteinte⁷⁶. Premièrement, chaque cas de tort moral est unique dans la mesure où chaque souffrance est particulière et chacun réagit différemment au malheur qui le frappe. Il en résulte que toute comparaison avec d'autres affaires doit intervenir avec prudence. Deuxièmement toutefois, le sentiment d'équité doit être proportionnellement comparable dans les divers cas de tort moral. Dès lors, les comparaisons sont bien des éléments utiles d'orientation.

Bien qu'encore modestes comparés à d'autres ordres juridiques, les montants alloués par les tribunaux en Suisse en cas d'atteinte à la personnalité et à la santé tendent à augmenter légèrement pour se situer dans une fourchette entre 5'000 et 25'000 fr. Nous en donnerons quelques exemples⁷⁷:

- 5'000 fr. pour une employée harcelée psychologiquement pendant des mois par un cadre de l'entreprise qui tenait des propos injurieux et dégradants et adoptait des attitudes agressives, cela au vu et su de l'employeur qui n'a pas réagi⁷⁸;

75 TF, 7.9.2004, 4C.173/2004, c. 6.1.

76 ATF 130 III 699, c. 5.1 et TF, 10.10.2003, 6S.334/2003, c. 5.2.

77 Pour d'autres exemples, cf. Dunand (note 73), pp. 184 - 187.

78 TP GE, 20.7.1998, Plädoyer 6/1999 54.

- 5'000 fr. pour le directeur d'un hôtel, victime d'une décompression psychique importante justifiant son hospitalisation, puis une longue convalescence pendant les mois suivants (réduction du fait d'une prédisposition psychologique)⁷⁹;
- 10'000 fr. pour une employée mise sous une pression excessive en raison d'un système très contraignant d'acquisition de la clientèle, ayant subi un syndrome dépressif grave⁸⁰;
- 12'000 fr. pour une jeune fille mineure qui a été cantonnée durant 13 mois dans une situation proche de l'esclavage (travail quotidien de 13h00, sans pause, congés, vacances, ni même de salaire, privée de chambre individuelle et de tout contact avec l'extérieur)⁸¹;
- 20'000 fr. pour un architecte soumis pendant plusieurs années au harcèlement psychologique de son employeur, sous la forme de reproches répétés, de l'attribution de tâches subalternes et de l'assignation de lieux de travail inacceptables, ayant provoqué un état dépressif entraînant plusieurs mois d'incapacité de travail⁸²;
- 25'000 fr. pour une employée harcelée psychologiquement pendant près d'une année, sous la forme d'une mise à l'écart, de pressions vraisemblablement destinées à la faire démissionner, de directives reflétant un autoritarisme déplacé, dur, injuste, blessant, rabaissant et vexatoire. Les conséquences de l'atteinte ont été jugées graves puisque la victime a subi d'importants troubles psychiques entraînant une invalidité et une incapacité totale de travailler⁸³;
- 50'000 fr. pour une employée de maison atteinte à la tête par un coup de feu parti d'une arme exposée aux murs du salon, suite à une mauvaise manipulation d'un autre employé, souffrant d'une incapacité définitive de travail et d'une perte de la vue à 80%⁸⁴.

4. Les facteurs de réduction

Le mode et l'étendue des dommages-intérêts ou de la réparation du tort moral sont fixés par le juge d'après les circonstances et la gravité de la faute (cf. 43 al. 1 et

79 TF, 20.3.2006, 4C.320/2005, c. 2.

80 TF, 17-10.2005, 4C.24/2005, c. 7.

81 TF, 23.4.2004, 4C.94/2003, c. 5.4.

82 CAPH GE, 23.6.1997, JAR 1998 154.

83 TF, 13.10.2004, 4C.343/2003, c. 8.2.

84 ATF 112 II 138, 145.

49 CO). Selon la doctrine et la jurisprudence, il y a lieu de tenir compte notamment, outre de la gravité de la faute, du revenu particulièrement élevé de la victime, de la complaisance, ainsi que du cas fortuit⁸⁵.

Selon l'article 44 I CO, le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur.

L'application de cette disposition en cas d'atteinte à la santé pose des problèmes délicats. Il s'agit notamment de déterminer s'il y a lieu de tenir compte d'une faute concomitante, voire d'une prédisposition constitutionnelle du travailleur.

Il y a faute concomitante lorsque le lésé omet de prendre les mesures raisonnables aptes à empêcher la survenance ou l'aggravation du dommage⁸⁶. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que le fait que l'employeur ignore l'atteinte à la personnalité de l'un de ses employés ne lui permet pas de se libérer de sa responsabilité contractuelle (101 et 328 CO)⁸⁷. Un autre aspect est de savoir si le juge est légitimé à réduire les sommes allouées à la victime lorsque celle-ci n'a pas informé l'employeur de l'atteinte et que ce dernier, qui a pris toutes les mesures préventives adéquates, l'ignorait de bonne foi (cf. 3 CC)? A notre connaissance, cette question n'a pas été tranchée à ce jour.

Lors d'un dommage corporel, on considère que la victime a pu présenter une prédisposition constitutionnelle, c'est-à-dire un état pathologique antérieur à l'atteinte, qui a augmenté le dommage de manière fortuite. La prédisposition peut être physique ou psychique⁸⁸.

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

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

85 Werro (note 54), NN 1121ss et les nombreuses doctrinales et jurisprudentielles citées.

86 Werro (note 54), N 1160.

87 TF, 9.7.2007, 4A_128/2007, c. 2.4.

88 Sur la notion et les effets de la « prédisposition constitutionnelle », cf. Werro (note 54), NN 1196ss.

Dans une jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a admis le raisonnement consistant à opposer un facteur de réduction du tort moral, sous forme de « prédisposition constitutionnelle », à la victime d'un harcèlement psychologique parce que cette personne avait déjà été affectée par un surmenage et une dépression lors d'un précédent emploi et qu'elle était donc exposée à des rechutes de même nature⁸⁹.

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

Nous avons eu l'occasion de critiquer cette jurisprudence dans la mesure où elle se heurte à des problèmes importants de preuve et de causalité et qu'elle s'inscrit mal dans la logique de l'article 44 I CO⁹⁰. L'admission d'une prédisposition constitutionnelle liée comme facteur de réduction est controversée. Werro, par exemple, s'y oppose en estimant qu'il « n'y a en effet pas de raison de diminuer ou d'exclure l'obligation de réparer de l'auteur simplement parce que la victime présente un état qui aggrave les conséquences de l'acte dommageable. Il faut considérer que le responsable n'a pas le choix de sa victime »⁹¹.

V Conclusion

Pourvoyeuse de revenus, d'intégration sociale et de satisfaction personnelle, donc de bien-être, l'entreprise peut aussi générer des frustrations, des conflits et des souffrances profondes, donc du mal-être.

Les coûts humains et financiers des atteintes à la santé psychique des travailleurs sont énormes. Les transformations des modes de production et d'organisation économiques, l'individualisation des rapports de travail, la compétitivité accrue favorisent les comportements dommageables.

Depuis quelques années, la jurisprudence a progressivement précisé les devoirs de l'employeur et les modalités de sa responsabilité. La protection de la personnalité et de la santé des travailleurs devient un enjeu majeur du droit du travail.

89 TF, 20.3.2006, 4C.320/2005, c. 2.5.

90 Jean-Philippe Dunand, La « prédisposition constitutionnelle » de la victime d'un harcèlement psychologique (*mobbing*), in: ARV/DTA 1/2007, pp. 15-19.

91 Werro, (note 54), N 1201.

La meilleure protection passe par la prévention des risques d'atteinte. Il est en effet plus facile et moins coûteux de prévenir que de guérir⁹². Les entreprises doivent intégrer la préservation de la santé des employés dans leur organisation. En fin de compte, pour « guérir le stress, si l'on soignait l'entreprise ? »⁹³.

92 Scheidegger/Pitteloud (note 5), N 20 ad art. 6 LTr.

93 Titre d'un article de Sylvie Arsever paru dans le quotidien « Le Temps » du 13 avril 2007.