

La protection de la personnalité des travailleurs (art. 328 CO) : norme flexible et cardinale du droit suisse du travail

JEAN-PHILIPPE DUNAND¹

I. Introduction

L'article 328 CO contient les principes généraux concernant l'obligation de l'employeur de protéger la personnalité de ses employés. Il est composé de deux alinéas. Selon l'alinéa premier, 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. En particulier, il 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 ». En vertu de l'alinéa second, l'employeur « prend, 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 et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui ».

Adopté en 1971, l'article 328 CO a été complété en 1995 par l'introduction d'une phrase relative au harcèlement sexuel (al. 1) et par la mention de la protection de l'intégrité personnelle (al. 2)². La lecture du Message du Conseil fédéral de 1968 démontre que l'article 328 CO a été conçu dès l'origine comme une norme flexible susceptible de protéger avec le temps « des biens nouveaux »³. Ainsi que l'ont précisé des auteurs, l'article 328 CO « consacre un principe sans en fixer les modalités d'application dans les rapports de travail. Il constitue de la sorte 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

¹ Avocat, docteur en droit, professeur à l'Université de Neuchâtel.

² Cf. ch 3 de l'annexe à la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité, RO 1996 1498.

³ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations du 25 août 1967, FF 1967 II, p. 353.

montre la jurisprudence toujours plus abondante des tribunaux relative à cette norme »⁴.

L'article 328 CO est devenu une norme centrale du droit suisse du travail. Mais il n'en a pas toujours été ainsi. Il y a quelques dizaines d'années, la question de la protection de la personnalité des employés n'était pas au centre des préoccupations. Rappelons que l'article 328 CO est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1972. Or, il faudra attendre douze ans pour qu'il soit mentionné dans un arrêt du Tribunal fédéral⁵ et, semble-t-il, seize ans pour qu'une décision cantonale alloue une indemnité pour tort moral dans un contexte de violation de la disposition⁶ ! Depuis lors, les mentalités et les besoins ont évolué : la protection de la personnalité des individus en général et des employés en particulier est devenue l'une des valeurs importantes de notre société qui a complété par exemple la défense des intérêts purement économiques des travailleurs⁷.

Il suffit de consulter la jurisprudence⁸ ainsi que les éditions successives des ouvrages consacrés au droit du travail⁹ pour constater que la protection de la personnalité des travailleurs est l'un des domaines qui s'est le plus développé ces dernières décennies. L'article 328 CO constitue un principe cardinal du droit du travail qui rayonne tant sur le droit privé que sur le droit public du travail¹⁰.

Notre contribution comportera trois parties principales. Après avoir précisé les modalités de la responsabilité de l'employeur en matière de protection de la personnalité de ses employés (*infra* II), nous évoquerons le rôle créateur de la jurisprudence (*infra* III), puis traiterons de quelques questions en suspens (*infra* IV).

Nous dédions ces modestes réflexions à notre éminente collègue Dominique MANAÏ qui a analysé de manière savante le rôle et le pouvoir du juge dans plusieurs publications de référence dont son essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse intitulé « Le juge entre la loi et l'équité »¹¹.

⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, n. 1 *ad* art. 328 CO, p. 140 s.

⁵ Arrêt du TF, 4.4.1984, *in* SJ 1984 554.

⁶ Arrêt de la Chambre d'appel des prud'hommes du canton de Genève, 18.10.1988, résumé par Gabriel AUBERT, La jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1988, *in* SJ 1989 665, p. 669 s.

⁷ Sur cette évolution, cf. WAEBER, Protection, p. 39 ss.

⁸ La jurisprudence sur l'article 328 CO est résumée sur une vingtaine de pages par FAVRE, MUNOZ et TOBLER, dans la deuxième édition de leur code annoté paru en 2010.

⁹ Voir par exemple, WYLER/HEINZER, p. 310 ss, qui consacrent 65 pages au thème de la protection de la personnalité du travailleur dans la 3^e édition du Précis de droit Stämpfli, paru en 2014.

¹⁰ DUNAND, Commentaire, n. 3 *ad* art. 328 CO, p. 271.

¹¹ Cf. MANAÏ, Le juge.

II. Article 328 CO : norme cardinale

L'importance pratique de l'article 328 CO ne cesse de croître. On le constate aussi bien par les nombreux cas d'application de la protection de la personnalité (*infra A*), que par l'étendue de la responsabilité de l'employeur (*infra B*) et les protections importantes accordées au travailleur (*infra C*).

A. Cas d'application

L'article 328 CO intègre et concrétise, dans le contrat de travail, les principes généraux de protection de la personnalité qui sont énoncés aux articles 27 ss CC¹². La protection de la personnalité revêt une importance particulière dans les rapports de travail, en raison du rapport de subordination du travailleur à l'égard de l'employeur¹³. Elle constitue le pendant du devoir de fidélité du travailleur résultant de l'article 321a CO¹⁴.

Les dispositions du CO sur le contrat de travail comprennent trois articles (art. 328 à 328b CO). L'article 328 CO traite des éléments généraux. Il est complété par l'article 328a CO, relatif à la protection du travailleur qui vit dans le ménage de l'employeur, et par l'article 328b CO, relatif au traitement de données personnelles par l'employeur.

La personnalité du travailleur comprend « tous les biens personnels du travailleur qui sont inséparables de son être physique et moral et de sa qualité de membre de la société »¹⁵. Les valeurs protégées sont notamment l'intégrité physique, la santé physique et psychique, l'intégrité morale et la considération sociale, les libertés individuelles, ainsi que la sphère privée¹⁶.

Les cas d'application sont variés¹⁷. 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. La protection du travailleur est également assurée par d'autres dispositions régissant le contrat de travail. Les droits de la personnalité du travailleur

¹² TF, 19.12.1994, c. 3a, *in* SJ 1995 669; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, n. 1 *ad* art. 328 CO, p. 140; PÄRLI, p. 227.

¹³ TF 2C_103/2008, 20.6.2008, c. 6.2.

¹⁴ ATF 132 III 257 c. 5.1, JdT 2007 I 274, SJ 2007 I 173; PORTMANN, Kommentar, n.1 *ad* art. 328 CO, p. 1921; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n. 2 *ad* art. 328 CO, p. 508.

¹⁵ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations du 25 août 1967, FF 1967 II, p. 353.

¹⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, n. 2 *ad* art. 328 CO, p. 141; SAILLEN, p. 72 ss.

¹⁷ 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.

limitent, par exemple, le droit de l'employeur de donner des directives (art. 321d al. 2 CO)¹⁸ ou de licencier librement un employé (art. 336 al. 1 let. a CO). De même, l'obligation de l'employeur de remettre un certificat de travail à son employé (cf. art. 330a CO) a pour objectif de protéger la personnalité de celui-ci et de favoriser son avenir économique.

D'autres lois concourent à la protection de certains aspects de la personnalité des employés. Ainsi, la santé des travailleurs est également sauvegardée par la législation sur le travail (cf. en particulier l'art. 6 LTr¹⁹), la loi sur la protection contre le tabagisme passif²⁰ ou encore l'ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles²¹. L'interdiction des discriminations entre les sexes est quant à elle spécifiquement régie par la loi sur l'égalité (cf. notamment les articles 3 et 4 LEg²²). Enfin, autre exemple, la limitation du traitement des données personnelles est réglée par la législation sur la protection des données²³, en relation avec l'article 328b CO, ainsi que par la loi sur l'analyse génétique humaine²⁴.

B. Etendue de la responsabilité de l'employeur

La responsabilité de l'employeur en matière de protection de la personnalité des employés est très large autant selon le critère de la durée de l'obligation (*infra* 1) que selon le critère de l'imputabilité des actes des organes et des auxiliaires (*infra* 2). Il va de soi cependant que le principe de la protection de la personnalité des travailleurs n'existe pas de manière illimitée. Il y a lieu en effet de tenir compte des intérêts légitimes de l'employeur qui sont notamment fondés sur les exigences du travail à effectuer²⁵.

1. Début et fin de l'obligation

Le devoir de protection de la personnalité des travailleurs déploie principalement ses effets pendant la durée effective des relations de travail. La jurisprudence a toutefois eu l'occasion de préciser que l'art. 328 CO

¹⁸ Sur cette question, cf. DANTHE, p. 167 ss.

¹⁹ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964, RS 822.11.

²⁰ Loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif du 3 octobre 2008, RS 818.31.

²¹ Ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles du 19 décembre 1983, RS 832.30.

²² Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995, RS 151.1.

²³ Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992, RS 235.1.

²⁴ Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 8 octobre 2004, RS 810.12.

²⁵ DUNAND, Commentaire, n. 12 *ad* art. 328 CO, et les références citées; PORTMANN, Kommentar, n. 2 *ad* art. 328 CO, p. 1922.

s'appliquait également, dans certaines limites, avant la conclusion du contrat et après la fin de celui-ci²⁶.

Ainsi, selon le Tribunal fédéral, les droits et obligations découlant de l'art. 328 CO s'appliquent déjà lors des pourparlers précontractuels. Dès lors, dans la mesure où, lors d'un entretien d'embauche, l'employeur pose des questions au sujet de la situation personnelle du candidat sans rapport avec le travail pour lequel le candidat se présente, il contrevient à cette disposition légale²⁷. Par ailleurs, il incombe à l'employeur de veiller à la protection de la personnalité et de la santé du travailleur non seulement pendant les rapports de travail, mais aussi lors de leur rupture²⁸. Enfin, comme nous le verrons encore ci-dessous (*infra* III.D), l'obligation de protéger la personnalité du travailleur perdure dans « une certaine mesure » au-delà de la fin des rapports de travail²⁹. Il en résulte, par exemple, qu'un employeur peut être tenu de verser des dommages-intérêts à un ancien employé lorsqu'il a fourni de faux renseignements sur son compte qui ont découragé une entreprise de l'engager³⁰.

2. Responsabilité pour les actes des organes et de tiers

L'employeur doit non seulement respecter la personnalité du travailleur, mais aussi la protéger. Il doit donc autant s'abstenir de porter directement atteinte aux droits de la personnalité de ses employés que de prendre les « mesures adéquates » pour empêcher qu'ils ne subissent une telle atteinte³¹.

Lorsque l'employeur est une personne morale, il faut lui imputer les actes de ses organes (art. 55 al. 2 CC)³². Par ailleurs, l'employeur répond aussi des actes de ses auxiliaires (art. 55 et 101 CO), c'est-à-dire de tous ses collaborateurs, quel que soit leur niveau hiérarchique, voire de tiers extérieurs à l'entreprise lorsqu'il leur a délégué des tâches³³. L'article 101 CO ne permet pratiquement aucune preuve libératoire à l'employeur. Nous reprendrons cette question ci-dessous (*infra* IV.A).

²⁶ Pour une analyse critique, cf. BETTEX, p. 57 ss.

²⁷ TF 2C_103/2008, 30.6.2008, c. 6.2.

²⁸ TF 4A_2/2014, 19.2.2014, c. 3.4.

²⁹ ATF 130 III 699 c. 5.1.

³⁰ TF 4A_117/2013, 31.7.2013; TF 4C.343/2002, 22.4.2003, c. 1 et 2.

³¹ TF 4A_128/2007, 9.7.2007, c. 2.2; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, n. 1 *ad* art. 328 CO, p. 140; SONNENBERG, p. 67 ss.

³² ATF 128 III 76 c. 1b; TF 4A_544/2008, 10.2.2009, c. 2.3; WYLER/HEINZER, p. 315 s.

³³ ATF 137 III 303 c. 2.2.2; ATF 125 III 70 c. 3a.

C. *Protections juridiques*

Le droit suisse prévoit un arsenal important et varié de dispositions légales qui permettent de protéger la personnalité des employés³⁴. Le travailleur atteint dans ses droits peut, par exemple, exercer les actions défensives prévues à l'article 28a alinéa 1 CC (*infra* 1), agir en dommages-intérêts et en réparation du tort moral (*infra* 2), demander une indemnité pour licenciement abusif (*infra* 3) ou solliciter l'intervention de l'Inspection cantonale du travail (*infra* 4). Suivant les circonstances, ces différentes procédures sont susceptibles d'être exercées concurremment. En pratique, les protections ne sont toutefois pas toujours opérantes, car le travailleur peut éprouver des difficultés à apporter la preuve de l'atteinte à sa personnalité³⁵, du dommage ou du lien de causalité³⁶.

1. *Actions défensives prévues dans le CC*

Selon l'article 28a alinéa 1 CC, le demandeur peut requérir le juge d'interdire une atteinte illicite si elle est imminente (ch. 1), de la faire cesser, si elle dure encore (ch. 2) et d'en constater le caractère illicite, si le trouble qu'elle a créé subsiste (ch. 3). Les trois actions ont en commun d'être dirigées contre l'atteinte illicite elle-même contre laquelle il s'agit de protéger la victime touchée dans ses droits de la personnalité³⁷.

Il résulte de ce qui précède que le travailleur peut, théoriquement, agir en prévention, en cessation et en constatation des atteintes subies (cf. art. 28a CC)³⁸. Ainsi, il a été admis qu'une employée puisse agir contre son ancien employeur en constatation du caractère illicite des accusations dont elle était l'objet³⁹. Globalement, les actions défensives de l'art. 28a CC sont cependant peu utilisées dans ce contexte. Il faut notamment rappeler que l'action en constatation a un caractère subsidiaire dans le sens qu'elle ne peut être intentée que si le demandeur n'est pas en mesure de prendre immédiatement des conclusions tendant à la réparation du préjudice. Il a, par exemple, été jugé que la victime d'un *mobbing* ne pouvait en principe pas se prévaloir d'un intérêt digne de protection à une constatation immédiate lorsqu'elle était en mesure d'exiger immédiatement une prestation exécutoire en sus de la simple constatation et qu'elle disposait de la sorte d'une action condamnatoire⁴⁰. Enfin, seul le travailleur peut agir en protection de sa

³⁴ DUNAND, Commentaire, n. 64 ss *ad* art. 328 CO, p. 293 ss; STEIGER-SACKMANN, p. 54 ss.

³⁵ Cf., par exemple, TF 4D_22/2013, 19.9.2013, c. 4; TF 4A_465/2012, 10.12.2012, c. 3.2.

³⁶ Cf., par exemple, TF 4A_245/2009, 6.4.2010, c. 4.4.

³⁷ JEANDIN, n. 2 *ad* art. 28a CC, p. 268.

³⁸ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, n. 15 *ad* art. 328 CO, p. 149; WENNUBST, p. 120 s.

³⁹ CAPH/GE, 21.5.2003, *in* JAR 2004 481.

⁴⁰ TC/VD, 18.6.2010, c. XI/a, *in* JAR 2011 586.

personnalité : son employeur n'est pas autorisé à tenter une action défensive à sa place à l'encontre d'un tiers⁴¹.

2. *Responsabilité contractuelle de l'employeur*

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 CO)⁴².

La violation des obligations prévues à l'art. 328 CO entraîne la responsabilité contractuelle de l'employeur pour le préjudice matériel et/ou, pour le tort moral causé au travailleur⁴³. Lorsque le travailleur subit un dommage matériel découlant d'une atteinte illicite à ses droits de la personnalité, il a droit à une réparation sous forme de dommages-intérêts⁴⁴. Pour mettre en œuvre la responsabilité contractuelle de l'employeur, le travailleur doit prouver le dommage, la violation contractuelle, ainsi que le lien de causalité entre les deux. En revanche, la faute de l'employeur est présumée (cf. art. 97 al. 1 CO). Le dommage pourra, par exemple, consister en la différence entre le salaire qu'une employée percevait auprès de son ancien employeur et les montants perçus de l'assurance-chômage, lorsque l'ancien employeur a donné des renseignements inexacts qui ont dissuadé des entreprises de l'embaucher⁴⁵. 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 sera en présence d'une lésion corporelle. Le dommage consistera alors dans l'impossibilité pour la victime d'utiliser pleinement sa capacité de gain⁴⁶.

En cas d'atteinte illicite à sa personnalité, 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'employeur ne lui ait pas donné satisfaction autrement (cf. art. 49 CO). La réparation n'est due que si le travailleur a subi objectivement une atteinte grave dans ses intérêts personnels, mais aussi qu'il l'ait subjectivement ressentie sous forme de souffrances qui ont entraîné une

⁴¹ TF 5A_641/2011, 23.2.2012, c. 5.2.4.

⁴² TF, 14.1.1992, c. 1a, SJ 1993 351 (rés.).

⁴³ TF 2C.2/2000, 4.4.2003, c. 2.3.

⁴⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, n. 16 *ad* art. 328 CO, p. 149 s.

⁴⁵ TF 4C.379/2002, 22.4.2003, c. 1 et 2.

⁴⁶ ATF 127 III 403 c. 4a, JdT 2001 I 482, SJ 2001 I 605; TF 4C.343/2003, 13.10.2004, c. 5.3.1.

diminution de son bien-être⁴⁷. Le travailleur doit prouver l'acte illicite, la faute de l'employeur, la gravité de l'atteinte et le tort moral.

3. *Protection contre les congés (art. 336 CO)*

Selon l'article 336a CO, la victime d'un congé abusif a droit à une indemnité dont le montant ne peut dépasser six mois de son salaire. L'article 336 CO contient une liste de huit différents cas dans lesquels il y a lieu de considérer qu'une résiliation du contrat de travail est abusive. Cette énumération, qui n'est pas exhaustive, concrétise l'interdiction générale de l'abus de droit (cf. art. 2 al. 2 CC)⁴⁸.

Les liens entre protection de la personnalité et congé abusif sont étroits. Selon l'article 336 alinéa 1 lettre a, un congé donné pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie est abusif, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise (congé dit « discriminatoire »). Constituent notamment des raisons inhérentes à la personnalité : la race, la nationalité, l'âge, l'homosexualité, les antécédents judiciaires ou encore la maladie, la séropositivité ou la religion⁴⁹.

La jurisprudence est abondante⁵⁰. Nous prendrons l'exemple de l'âge du travailleur. Le licenciement d'un employé qui atteint l'âge de la retraite n'est en principe pas abusif⁵¹. En revanche, le licenciement d'un employé en raison de son âge (avant qu'il ait atteint l'âge de la retraite) est en principe abusif⁵². Il faut cependant nuancer, car l'âge du travailleur constitue rarement le (seul) motif du licenciement. Dans l'ATF 132 III 115, le Tribunal fédéral a considéré que le licenciement d'un employé après quarante-quatre ans de bons et loyaux services dans l'entreprise, quelques mois avant sa retraite, était abusif⁵³. Toutefois, notre Haute Cour a précisé ultérieurement, dans un autre litige, que l'affaire susmentionnée constituait un cas « extrême » et qu'il fallait se garder de toute généralisation. Il est ainsi parfaitement licite de licencier un collaborateur « d'un certain âge et ayant œuvré de longues années au service du même employeur, lorsque le rendement du travailleur diminue à tel point

⁴⁷ TF 4A_123/2007, 31.8.2007, c. 7.2; TF 4A_128/2007, 9.7.2007, c. 2.3.

⁴⁸ ATF 132 III 115 c. 2.1, JdT 2006 I 152.

⁴⁹ ATF 130 III 699 c. 4.1; DUNAND, Commentaire, n. 25 *ad* art. 336 CO, p. 663.

⁵⁰ DUNAND, Commentaire, n. 27 *ss ad* art. 336 CO, p. 664 *ss* et les références citées; WYLER/HEINZER, p. 647.

⁵¹ TF 4C.388/2006, 30.1.2007, c. 4.2.

⁵² CAPH/GE, 10.11.2005, c. 3, *in* JAR 2006 469.

⁵³ ATF 132 III 115 c. 5, JdT 2006 I 152. Voir aussi, TF 4A_558/2012, 18.2.2013, c. 2.

qu'il n'est plus en mesure d'exécuter à satisfaction les tâches qui lui sont confiées, ni d'assumer une autre occupation compatible avec ses ressources »⁵⁴.

D'autres cas de figure peuvent se présenter. Ainsi, lorsque l'employeur résilie le contrat de travail d'un employé qui s'est plaint, de bonne foi, d'une atteinte à sa personnalité ou à sa santé, le congé est abusif⁵⁵. Il s'agit typiquement d'un « congé-représailles » au sens de l'article 336 alinéa 1 lettre d CO⁵⁶. Il existe aussi des cas de résiliation abusive consacrés par la jurisprudence⁵⁷. Nous prendrons quelques exemples. Lorsque le caractère difficile d'un travailleur engendre une situation conflictuelle dans l'entreprise, l'employeur ne peut licencier ce travailleur qu'après avoir introduit sans succès les mesures que l'on pouvait attendre de lui en vue d'améliorer la situation. Si l'employeur omet ces mesures ou se contente de démarches insuffisantes et qu'il procède au licenciement, il viole son obligation de protéger la personnalité du travailleur concerné et le licenciement est alors abusif⁵⁸. De même, un licenciement motivé par une baisse de la qualité du travail de l'employé peut s'avérer abusif, lorsque cette baisse de rendement est consécutive au harcèlement subi par le travailleur⁵⁹. Enfin, une violation grossière du contrat, telle une atteinte grave au droit de la personnalité dans le contexte d'une résiliation, peut faire apparaître le congé comme abusif⁶⁰.

4. *Intervention de l'Inspection cantonale du travail*

Lorsque l'atteinte à la personnalité constitue également une violation des règles de la législation sur le travail, et en particulier à l'article 6 LTr, l'Inspection cantonale du travail est compétente pour faire rétablir l'ordre légal⁶¹. Saisie d'une dénonciation pour inobservation de la loi sur le travail, l'autorité cantonale doit procéder à des investigations pour en examiner le bien-fondé (cf. art. 54 LTr). Une telle enquête administrative lui permettra de décider des suites à donner à la dénonciation. En cas de constatation d'une infraction, elle peut procéder par la voie de la communication avec avertissement (art. 51 LTr), le cas échéant renforcée par des mesures de

⁵⁴ TF 4A_419/2007, 29.1.2008, c. 2.5 et 2.6.

⁵⁵ TF 4C.343/2003, 13.10.2003, c. 7.

⁵⁶ DUNAND, Commentaire, n. 44 *ad* art. 328 CO, p. 671.

⁵⁷ DUNAND, Commentaire, n. 70 *ss ad* art. 328 CO, p. 679 *ss*.

⁵⁸ ATF 132 III 115 c. 2.2, JdT 2006 I 152; TF 4C.25/2006, 21.3.2006, c. 2.

⁵⁹ ATF 125 III 70 c. 2a-b; TF 8C_18/2011, 7.2.2012, c. 6.2.

⁶⁰ ATF 132 III 115 c. 2.2, JdT 2006 I 152.

⁶¹ TA/GE, 7.6.2005, SJ 2006 I 75; WENNUBST, p. 168 *ss*.

contrainte (cf. art. 52 et 53 LTr), ou par la voie de la dénonciation pénale (cf. art. 59 LTr)⁶².

Ainsi, dans un cas avéré d'atteinte grave à la personnalité de plusieurs employé(e)s, l'Office cantonal genevois de l'inspection et des relations de travail (OCIRT) a invité l'employeur à respecter, avec effet immédiat et sous peine de dénonciation à l'autorité pénale, les articles 6 LTr et 2 OLT⁶³. Le Tribunal administratif genevois a confirmé la légalité de cette décision⁶⁴. Dans une autre affaire, l'OCIRT a imposé à un employeur de concevoir et rédiger des règles d'intervention de personne 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. Comme nous le verrons encore plus en détail (*infra* III.A), le Tribunal administratif genevois, puis le Tribunal fédéral ont rejeté les recours de l'employeur⁶⁵.

III. Article 328 CO : norme flexible

Norme cardinale, l'article 328 CO constitue également une norme flexible. Dans les dernières décennies, la jurisprudence a souvent produit une œuvre créatrice qui a eu pour conséquence d'étendre la portée de la protection des travailleurs. Nous prendrons quatre exemples : l'obligation de prévenir et de mettre fin aux conflits relationnels (*infra* A), au mobbing (*infra* B) et au stress (*infra* C), ainsi que l'interdiction de donner des renseignements défavorables et inexacts à un potentiel employeur (*infra* D).

A. Prévention et gestion des conflits relationnels

On peut déduire de l'article 328 CO que l'employeur doit veiller à ce que ses employés puissent exécuter leur prestation de travail dans des conditions qui respectent leur personnalité⁶⁶. 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-respect⁶⁷. L'ensemble de ces mesures ne peut évidemment pas garantir l'absence de conflits interpersonnels dans l'entreprise.

⁶² TF 2A.423/2000, 22.3.2001, c. 2.a.

⁶³ Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail du 18 août 1993, RS 822.113.

⁶⁴ TA/GE, 7.6.2005, *in* SJ 2006 I 75.

⁶⁵ TF 2C_462/2011, 9.5.2012.

⁶⁶ DUNAND, Commentaire, n. 20 *ad* art. 328 CO, p. 276; TERCIER/FAVRE, n. 3522, p. 521; WYLER/HEINZER, p. 356.

⁶⁷ DUNAND, Commentaire, n. 20 *ad* art. 328 CO, p. 276.

En une quinzaine d'années, la jurisprudence a tenté de définir quelles étaient les obligations de l'employeur en matière de prévention et de gestions des conflits. Les situations conflictuelles doivent être repérées et désamorcées en temps utile⁶⁸. L'employeur ne peut rester inactif. Il doit prendre les mesures adéquates pour protéger le travailleur qui fait l'objet d'atteintes de la part de membres du personnel ou de ses supérieurs⁶⁹. Les faits seront élucidés rapidement, avec détermination, mais sans parti pris⁷⁰. L'employeur cherchera à clore le conflit, en mettant en évidence les responsabilités, en organisant au besoin une médiation, ou en introduisant les autres mesures que l'on peut équitablement exiger de lui, telles que des modifications de son organisation ou des instructions adressées à ses employés⁷¹. Il déterminera également s'il est souhaitable et possible de séparer les personnes impliquées, en proposant par exemple le transfert de l'une d'elles dans un autre département, magasin ou unité de travail de l'entreprise⁷².

Dans un arrêt rendu en 2012, le Tribunal fédéral a jugé que sous l'angle de la législation sur le travail (cf. art. 6 LTr), l'OCIRT était parfaitement en droit d'imposer à une entreprise la désignation d'une personne de confiance dans le but de prévenir les conflits internes pouvant survenir en son sein. Il est toutefois nécessaire que cette personne garantisse 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 concernés⁷³. Notre Haute Cour a encore précisé que la mise en place de cette méthode de gestion des conflits pouvait dépendre de la structure de l'entreprise, ainsi que du nombre de salariés qu'elle emploie. Il est, par exemple, concevable que les petites et moyennes entreprises s'adressent à leur association professionnelle respective pour mettre en place un système commun⁷⁴.

L'arrêt susmentionné a provoqué de nombreuses réactions. Il a, en particulier, fait naître des inquiétudes auprès des employeurs et des milieux professionnels concernés, notamment les responsables des ressources humaines, qui se sont interrogés sur sa portée. Il a aussi suscité une contribution portant notamment sur la notion, le rôle et le statut juridique des

⁶⁸ ATF 127 III 351 c. 4b/dd; TF 8C_18/2011, 7.2.2012, c. 6.2; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, n. 7 *ad art.* 328 CO, p. 144.

⁶⁹ TF 8C_18/2011, 7.2.2012, c. 6.2; PÄRLI, p. 231 s.; WYLER/HEINZER, p. 356 ss.

⁷⁰ AUBERT, CR CO I, n. 10 *ad art.* 328 CO, p. 2027; SUBILIA/DUC, n. 20 *ad art.* 328 CO, p. 318.

⁷¹ ATF 132 III 115 c. 5.1, JdT 2006 I 152; TF 4C.431/2005, 31.1.2006, c. 3; CARRUZZO, n. 7 *ad art.* 328 CO, p. 283 ss.

⁷² CAPH/GE, 4.2.2010, c. 5.1.2, *in* JAR 2011 451.

⁷³ TF 2C_462/2011, 9.5.2012, c. 4.3.

⁷⁴ TF 2C_462/2011, 9.5.2012, c. 5.2.

personnes de confiance⁷⁵. Il a, enfin, fait l'objet d'une vive critique de deux auteurs qui estiment que la décision de l'OCIRT était dénuée de toute base légale⁷⁶.

B. Mobbing

Le harcèlement psychologique, appelé aussi mobbing, constitue une atteinte grave aux droits de la personnalité du travailleur. La pratique du harcèlement sur le lieu de travail est sans doute vieille comme Mathusalem. Ce n'est toutefois que depuis quelque dizaines d'années que le mécanisme a été étudié en profondeur, notamment par le psychologue allemand Heinz LEYMANN⁷⁷ et la psychiatre française Marie-France HIRIGOYEN⁷⁸. Encore fallait-il qu'il soit également traité sous l'angle juridique. En l'absence d'une norme spécifique dans le Code des obligations, la notion a été reconnue et précisée par la jurisprudence⁷⁹ et la doctrine⁸⁰.

L'un des tous premiers arrêts traitant de harcèlement psychologique en Suisse a été rendu en 1997 par la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève. Un architecte, au service du même bureau depuis plus de vingt ans, s'est vu contraint par son employeur de travailler dans des conditions inacceptables. L'employeur a tout fait pour tenter de dégoûter son employé, approchant l'âge de la retraite, et de l'amener à résilier son contrat de durée déterminée avant l'échéance. Ainsi, pendant plusieurs années, l'employé a dû exécuter des tâches subalternes, sans rapport avec ses qualifications, a subi de manière répétée des reproches injustifiés relatifs à la qualité de son travail, et a dû supplier son employeur à de nombreuses reprises de respecter les injonctions de l'OCIRT. Il s'est vu en outre assigné différents lieux de travail ne présentant pas les exigences d'hygiène requises et non équipés pour permettre la réalisation de travaux de dessinateur-architecte. Il 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

⁷⁵ DUNAND/TORNARE, p. 159 ss.

⁷⁶ SUBILIA/SCHWEIZER, p. 323 ss.

⁷⁷ Cf. LEYMANN, *Mobbing, la persécution au quotidien*, Paris 1966.

⁷⁸ Cf. HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral, la violence perverse au quotidien*, Paris 1998.

⁷⁹ Parmi une jurisprudence très abondante, voir, par exemple, quelques arrêts anciens qui ont défini le régime juridique du mobbing en droit privé suisse de travail : TF 4P.329/2005, 21.2.2006, c. 3; TF 4C.201/2005, 21.2.2006, c. 6; TF 4C.343/2003, 13.10.2004, c. 3.1; TF 4C.276/2004, 12.10.2004, c. 4.1; TF 2P.207/2002, 20.6.2003, c. 4.2; TF 2C.2/2000, 4.4.2003, c. 2.3; TF 2A.423/2000, 22.3.2001, c. 2a.

⁸⁰ Voir notamment: DEVEAUD-PLÉDRAN; DUNAND, *Harcèlement*; REHBINDER/KRAUSZ; WAEBER, *Mobbing*; REFERENCES A COMPLETER WENNUBST, *Le harcèlement psychologique analysé sur le lieu de travail*, Lausanne 1999, page ?

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. L'employeur a été condamné à lui verser une indemnité de 20'000 frs. à titre de réparation morale⁸¹.

Le cas de l'architecte genevois comporte tous les éléments de la définition du harcèlement psychologique que donnera le Tribunal fédéral quelques années plus tard dans des considérants restés constants jusqu'à nos jours : « le harcèlement psychologique, appelé aussi *mobbing*, se définit comme un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne de son lieu de travail [...]. 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 personne, poussée jusqu'à l'élimination professionnelle de la personne visée. [...] Il résulte des particularités du *mobbing* que ce dernier est généralement difficile à prouver, si bien qu'il faut éventuellement admettre son existence sur la base d'un faisceau d'indices convergents. Il sied cependant de garder à l'esprit que le *mobbing* peut n'être qu'imaginaire et qu'il peut même être allégué abusivement pour tenter de se protéger contre des remarques ou mesures pourtant justifiées... »⁸².

Le *mobbing* constitue une atteinte grave à la personnalité, et souvent à la santé, du travailleur. La jurisprudence a eu pour mérite de reconnaître et de clarifier la notion, permettant ainsi de déceler sous des actes apparemment anodins des comportements inadmissibles qui peuvent avoir des conséquences graves pour la santé des victimes⁸³.

C. *Stress*

Le stress, le surmenage et le burnout sont des cas de trouble psychosocial qui entraînent souvent des dysfonctionnements physiques et dont la fréquence est croissante⁸⁴. Il existe différentes formes de stress sur le lieu de travail, qui peuvent notamment résulter d'une mauvaise gestion des ressources humaines, d'une surcharge ou d'un manque de travail, ou de conflits sur le lieu de travail⁸⁵.

⁸¹ CAPH/GE, 23.6.1997, *in* JAR 1998 154.

⁸² Voir, par exemple, TF 4D_22/2013, 19.9.2013, c. 3.1; TF 4A_245/2009, 6.4.2010, c. 4.2; TF 8C_358/2009, 8.3.2010, c. 5.

⁸³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, n. 7 *ad* art. 328 CO, p. 144.

⁸⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n. 17a *ad* art. 328 CO, p. 563.

⁸⁵ DUNAND, Commentaire, n. 44 *ad* art. 328 CO, p. 286; PORTMANN, *Stresshaftung*, p. 3.

La plupart des travailleurs subissent de manière épisodique ou chronique un état de stress au travail. Ce trouble constituant une atteinte à la personnalité et à la santé des employés, il convient de préciser dans quelle mesure la responsabilité de l'employeur est susceptible d'être engagée⁸⁶. Ici encore, la jurisprudence a tracé quelques limites.

En effet, le Tribunal fédéral a validé le raisonnement du Tribunal cantonal vaudois qui avait estimé que le système très contraignant et délibéré d'acquisition de la clientèle mis sur pied dans une entreprise portait atteinte à la personnalité des employés et qu'il était apte, dans des circonstances semblables, à entraîner à terme la dégradation 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. Notre Haute Cour a considéré que l'employeur pouvait être tenu pour responsable de la dégradation de son état de santé et qu'il devait être condamné à lui verser une somme de 10'000 frs. à titre de réparation morale (cf. art. 49 CO) « pour tenir compte de la pression constante, de longue durée, exercée sur la travailleuse, et de l'absence de considération autre que celle d'un rendement maximum à obtenir »⁸⁷. Dans une jurisprudence plus récente, le Tribunal fédéral a ajouté que dans la mesure où un employeur a connaissance des difficultés rencontrées par un employé, en l'occurrence une mauvaise résistance au stress et d'importantes difficultés d'adaptation, l'article 328 CO peut selon les circonstances lui imposer de prendre des mesures pour protéger l'employé⁸⁸.

Par ailleurs, selon une décision genevoise, une surcharge de travail liée à un manque chronique de personnel peut également constituer une violation par l'employeur de son devoir de protéger et de respecter la personnalité de ses employés. Il résulte de l'expérience courante de la vie qu'un employé soumis durant des années à une surcharge de travail et maintenu dans l'incertitude de son avenir professionnel est susceptible de tomber en dépression pendant plusieurs mois. Une atteinte à la santé de cette nature correspond à la notion de « tort considérable » donnant droit à une indemnité pour tort moral⁸⁹.

Ces décisions, qui peuvent potentiellement concerner de nombreux employeurs et employés de notre pays, tendent à élargir la notion de protection de la personnalité des employés et à accroître les devoirs et la responsabilité de l'employeur.

⁸⁶ Sur cette question, cf. PORTMANN, *Stresshaftung*, p. 6 ss.

⁸⁷ TF 4C.24/2005, 17.10.2005, c. 7.3.

⁸⁸ TF 4A_680/2012, 7.3.2013, c. 5.5.

⁸⁹ CAPH/GE, 4.2.2008, c. 3.2.2, *in* JAR 2009 507.

D. Renseignements donnés par l'ancien employeur à un tiers

Comme nous l'avons vu (*supra* II.B.1), le Tribunal fédéral considère que la protection de la personnalité du travailleur perdure, dans une certaine mesure, au-delà de la fin des rapports de travail⁹⁰. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé que l'employeur viole l'article 328 CO et doit des dommages-intérêts à son ancien employé s'il fournit sur ce dernier des renseignements faux et attentatoires à l'honneur et décourage de la sorte un employeur potentiel d'engager la personne en question⁹¹. Notre Haute Cour a encore précisé que la violation de l'article 328 CO suppose que les renseignements fournis soient à la fois défavorables et inexacts⁹².

Le succès d'une action en dommages-intérêts ou en réparation du tort moral dépend de la capacité de prouver la violation du contrat, le dommage, ainsi que le lien de causalité entre la violation contractuelle et le dommage. La jurisprudence n'a toutefois pas posé des exigences trop strictes en la matière. Deux arrêts nous permettront d'illustrer la question.

Dans une première affaire qui concernait une vendeuse en parfumerie, l'employeur avait donné par téléphone à plusieurs employeurs potentiels des renseignements défavorables et erronés selon lesquels l'employée avait entretenu des contacts difficiles avec ses anciennes collègues, qu'elle était incapable de travailler en équipe et que « la vente n'était pas son élément » ! L'employeur a contesté que les renseignements fournis fussent de nature à causer le chômage de l'employée durant vingt-huit mois. Il invoquait notamment l'instabilité professionnelle de l'employée, qui avait connu sept employeurs en cinq ans, le fait que son dossier ne contenait que deux certificats de travail, ou encore une attestation de l'avant-dernier employeur faisant état d'une tendance de l'employée à mélanger vie privée et vie professionnelle. Le Tribunal fédéral a rejeté ces arguments et considéré que l'attitude de l'employeur était propre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à dissuader un employeur intéressé d'engager une telle candidate. L'employée lésée a ainsi perçu un montant de 37'736 frs., correspondant à la différence durant vingt-huit mois entre le salaire réalisé auprès de l'employeur condamné et les montants reçus de l'assurance-chômage, ainsi qu'une somme de 10'000 frs. à titre de réparation morale⁹³.

⁹⁰ ATF 130 III 699 c. 5.1; TF 4A_117/2013, 31.7.2013, c. 2.2.

⁹¹ ATF 135 III 405 c. 3.2; TF 4A_117/2013, 31.7.2013, c. 2.2.

⁹² TF 4A_117/2013, 31.7.2013, c. 2.2.

⁹³ TF 4C.379/2002, 22.4.2003 (recours en réforme) et TF 4P.247/2002, 22.4.2003 (recours de droit public).

Dans une seconde affaire, assez similaire, qui concernait une infirmière, une auxiliaire de l'ancien employeur avait donné par téléphone aux employeurs potentiels les renseignements (inexact) suivants, retranscrits par un témoin : « Nous avons eu beaucoup de soucis avec Mme T., sa qualité de travail était médiocre, sa relation avec l'équipe était dégradante ainsi que sa relation avec ses supérieurs. Elle nous a fait un procès pour mobbing qu'elle a perdu. Je vous déconseille de l'engager, nous ne sommes pas les seuls à avoir eu des problèmes avec elle. Nous lui avons donné un bon certificat, car la loi nous interdit de donner de mauvais renseignements ». L'employée, qui a eu des symptômes de dépression très importants, a agi en dommages-intérêts et en réparation morale contre son ancien employeur. Alors que le Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a considéré que le lien de causalité entre les faux renseignements et le non engagement de l'employée n'avait pas été prouvé, la Cour d'appel civil du Tribunal vaudois a quant à elle estimé que l'employée n'avait pas prouvé son dommage parce qu'il n'était pas certain, vu sa capacité de travail réduite, qu'elle aurait pu véritablement honorer le contrat désiré. Le Tribunal fédéral a réfuté ces arguments : « par une violation d'une obligation contractuelle qui lui est imputable, [l'employeur] a privé [son ancien employée] de l'engagement par la garderie à partir d'une certaine date et pour un certain salaire. Sur ces bases, il semble possible d'établir un dommage donnant lieu à réparation. [...] En excluant que [l'employée] ait pu accomplir le travail qui lui était proposé à la garderie, la cour cantonale fait une supposition qui ne repose pas sur des éléments sérieux, de sorte que ce fait a été retenu arbitrairement. Comme les données contenues dans l'arrêt attaqué sont insuffisantes pour se prononcer sur la question du dommage, il faut annuler cette décision et renvoyer la cause à la cour cantonale »⁹⁴.

IV. Quelques questions en suspens

Comme nous l'avons vu, le régime de la protection de la personnalité des employés s'est beaucoup développé ces dernières années. Certaines questions nous paraissent toutefois encore susceptibles d'être clarifiées ou précisées. Il en va en particulier ainsi des modalités de la responsabilité de l'employeur pour les actes de ses auxiliaires (*infra A*), de la prise en compte d'une prédisposition constitutionnelle du travailleur (*infra B*) et de l'éventuelle reconnaissance d'un « droit d'être entendu » dans les relations de travail soumises au droit privé (*infra C*).

⁹⁴ TF 4A_117/2013, 31.7.2013, c. 2.2.1.

A. Responsabilité de l'employeur pour les actes de ses auxiliaires

L'employeur répond des actes et omissions de ses auxiliaires (cf. 101 CO), 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 tâches⁹⁵. 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-ci⁹⁶. 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 subordination⁹⁷.

L'application de l'article 101 CO dans les cas d'atteinte à la personnalité d'un travailleur pose des problèmes juridiques délicats⁹⁸. Il faut rappeler que cette disposition a pour but 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 personnellement⁹⁹. L'employeur 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 reçues¹⁰⁰. Contrairement à l'article 97 CO, ni la faute du débiteur ni celle de l'auxiliaire ne sont une condition d'application¹⁰¹.

À notre avis, l'article 101 CO vise en premier lieu les relations contractuelles nouées entre l'employeur et un tiers (externe à l'entreprise). Il est aussi envisageable, en second lieu, de l'appliquer dans les relations internes d'une entreprise. Encore faut-il que l'on soit effectivement en présence de l'acquiescement par l'auxiliaire d'une obligation de l'employeur envers un tiers, en l'occurrence un autre collaborateur de l'entreprise. Autrement dit, on ne devrait imputer à l'employeur, sur la base de l'article 101 al. 1 CO, que le comportement des travailleurs auxquels il a confié des tâches de direction à l'égard de son personnel¹⁰². Prenons l'exemple du harcèlement psychologique. Lorsqu'un cadre harcèle un subordonné (harcèlement vertical descendant), ces conditions paraissent réalisées: l'employeur a confié au cadre des tâches de direction envers le travailleur. En revanche, lorsque le harcèlement est le fait

⁹⁵ ATF 125 III 70 c. 3a; TF 4A_578/2011, 12,1,2012, c. 6.4; WYLER/HEINZER, p. 316 s.

⁹⁶ THÉVENOZ, n. 5 *ad art.* 101 CO, p. 788.

⁹⁷ TF 4C.343/2003, 13.10.2004, c. 4.1.

⁹⁸ Voir DUNAND, Commentaire, n. 89 ss *ad art.* 328 CO, p. 304 ss et les références citées.

⁹⁹ DONATIELLO, n. 384, p. 110.

¹⁰⁰ CA/GE, 2.11.1989, *in* SJ 1990 642.

¹⁰¹ THÉVENOZ, n. 2 *ad art.* 101 CO, p. 787.

¹⁰² Cf. ATF 137 III 303 c. 2.2.2; TPH/GE, 21.11.1991, c. 3b, *in* JAR 1992 166; AUBERT, LEg, n. 52 *ad art.* 5 Leg, p. 137 s; CARRON, p. 126; PORTMANN, Kommentar, 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.

d'un employé de même niveau hiérarchique (harcèlement horizontal) ou alors d'un employé subalterne envers son supérieur hiérarchique (harcèlement vertical ascendant), l'application de l'article 101 CO est discutable¹⁰³.

La question d'éventuelles preuves libératoires accordées à l'employeur est également problématique¹⁰⁴. En effet, l'article 101 CO est une norme de responsabilité particulièrement sévère pour l'employeur puisqu'il ne peut pas apporter de véritable preuve libératoire: le débiteur ne peut s'exonérer qu'en prouvant que, s'il avait personnellement agi comme l'a fait l'auxiliaire, on ne pourrait lui reprocher ce comportement (critère dit de la faute hypothétique)¹⁰⁵. Cette preuve est impossible à apporter en cas d'atteinte à la personnalité. La loi instaure ainsi une responsabilité « quasi causale » de l'employeur¹⁰⁶.

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 lui avait fait part de la situation, puisque l'employeur répond également des atteintes à la personnalité commises auparavant par son auxiliaire¹⁰⁷. L'application sans réserve de l'article 101 al. 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.

Dans une publication antérieure, nous nous sommes demandés, vu les problèmes d'application de l'article 101 CO comme norme de responsabilité de l'employeur, s'il ne serait pas préférable de considérer que l'article 328 CO constitue une norme d'imputation *sui generis* qui serait assortie de réelles preuves libératoires¹⁰⁸. On pourrait alors s'inspirer, ou appliquer par analogie, la réglementation relative au harcèlement sexuel qui 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

¹⁰³ SONNENBERG, p. 101 ss; WYLER/HEINZER, p. 353 ss.

¹⁰⁴ Cf. DUNAND, Commentaire, n. 90 *ad* art. 328 CO, p. 305 et les références citées.

¹⁰⁵ THÉVENOZ, n. 26 *ad* art. 101 CO, p. 795; CCC/NE, 31.1.2000, c. 3a, *in* RJN 2000 122.

¹⁰⁶ TPH/GE, 21.11.1991, c. 3b, *in* JAR 1992 166; WAEBER, Mobbing, p. 793.

¹⁰⁷ TF 4A_128/2007, 9.7.2007, c. 2.4.

¹⁰⁸ DUNAND, Harcèlement, p. 30 s.

sexuellement ou psychologiquement¹⁰⁹. Notons que la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois a retenu cette solution¹¹⁰.

B. Prédileposition constitutionnelle de l'employé

En cas d'action en dommages-intérêts ou en réparation du tort moral intentée par le travailleur en raison d'une violation de ses droits de la personnalité, le juge doit, après avoir déterminé le montant maximal auquel le travailleur aurait droit, fixer l'indemnité en prenant en compte les facteurs de réduction résultant des articles 43 et 44 CO (cf. art. 99 al. 3 CO). En particulier, le juge déterminera le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute (art. 43 al. 1 CO). En outre, il pourra 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 (art. 44 al. 1 CO).

La question qui nous intéresse ici est de déterminer dans quelle mesure une prédisposition constitutionnelle du travailleur, c'est-à-dire un état pathologique antérieur à l'atteinte, peut être retenue comme une faute concomitante du travailleur impliquant la réduction des dommages-intérêts auxquels il pourrait prétendre.

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 fortuite¹¹¹. La prédisposition peut être de nature physique ou psychique. Elle 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 l'intégrité psychique¹¹². La « prédisposition indépendante » est prise en compte dans le calcul du dommage (art. 42 CO), en limitant le dommage réparable à celui qui résulte de l'acte du responsable¹¹³. La prédisposition est en revanche considérée comme liée lorsque le dommage attribuable à l'état antérieur de la victime ne se serait jamais réalisé sans l'atteinte¹¹⁴. La « prédisposition liée » opère quant à elle comme facteur de réduction de l'indemnité due par le responsable (art. 44 CO)¹¹⁵.

¹⁰⁹ DUNAND, Commentaire, n. 92 *ad* art. 328 CO, p. 306.

¹¹⁰ TC/VD, 22.2.2008, c. 4d, *in* JAR 2009 642.

¹¹¹ WERRO, n. 33 *ad* art. 44 CO, p. 424.

¹¹² WERRO, n. 35 *ad* art. 44 CO, p. 425.

¹¹³ WERRO, n. 35 *ad* art. 44 CO, p. 425; ATF 131 III 12 c. 4, JdT 2005 I 488, SJ 2005 I 113.

¹¹⁴ WERRO, n. 36 *ad* art. 44 CO, p. 425.

¹¹⁵ WERRO, n. 37 *ad* art. 44 CO, p. 425s.; ATF 131 III 12 c. 4, JdT 2005 I 488, SJ 2005 I 113.

Bien connue en droit de la responsabilité civile et en droit des assurances sociales, la notion de prédisposition est utilisée depuis quelques années en droit du travail, comme facteur de réduction des indemnités dues par l'employeur au travailleur ayant subi une atteinte à la santé. La jurisprudence a, par exemple, tenu compte d'une « extrême sensibilité »¹¹⁶, d'une fragilité antérieure¹¹⁷, d'une « vulnérabilité préexistante »¹¹⁸, ou encore du fait que le travailleur avait déjà été affecté par un surmenage et une dépression lors d'un emploi précédent¹¹⁹.

A notre avis, ces jurisprudences sont discutables, raison pour laquelle nous nous sommes permis d'y émettre quelques réserves¹²⁰. Il faut dire que selon la jurisprudence du Tribunal fédéral une simple vulnérabilité psychique de la victime ne saurait en principe constituer un facteur de réduction. D'autres circonstances doivent intervenir, comme par exemple une disproportion manifeste entre la cause fondant le dommage et l'importance du préjudice. En d'autres termes, l'acte dommageable ne doit plus avoir aucun rapport avec l'ampleur du dommage subi par le lésé¹²¹. Comme le relève Werro, « il est en principe critiquable de tenir compte de la prédisposition constitutionnelle liée. Il n'y a en effet pas de raison de diminuer 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 la victime »¹²².

La prise en compte de la notion de prédisposition constitutionnelle dans les litiges concernant la réparation d'une atteinte à la personnalité du travailleur se heurte à des problèmes importants relatifs à la détermination de la causalité et à la charge de la preuve. Elle est par ailleurs de nature à porter une atteinte supplémentaire aux droits de la personnalité du travailleur (art. 328 et 328b CO). Enfin, la quotité de la réduction devrait être calculée sur la base de critères équitables et prévisibles¹²³. Le Tribunal cantonal vaudois a fait sien certaines de ces critiques¹²⁴.

C. *Droit d'être entendu ?*

¹¹⁶ TF 4C.289/2006, 5.2.2007, c. 5.2.

¹¹⁷ TF 4C.74/2007, 22.1.2008, c. 5.2.

¹¹⁸ CC/NE, 20.8.2003, c. 4, *in* RJN 2003 176.

¹¹⁹ TF 4C.320/2005, 20.3.2006, c. 2.5.

¹²⁰ DUNAND, *Prédisposition*, p. 15 ss.

¹²¹ TF 4A_45/2009, 25.3.2009, c. 4.2.1; TF 4C.75/2004, 16.11.2004, c. 4.2; TF 4C.215/2001, 15.1.2002, c. 3.

¹²² WERRO, n. 38 *ad* art. 44 CO, p. 426.

¹²³ DUNAND, *Prédisposition*, p. 19.

¹²⁴ TC/VD, 22.2.2008, c. 3c, *in* JAR 2009 642.

Au sens traditionnel, le droit d'être entendu constitue une garantie de procédure, consacrée à l'article 29 al. 2 Cst., qui confère à toute personne qui est partie à une procédure étatique le droit d'être informée et entendue avant qu'une décision ne soit prise à son détriment. Le droit d'être entendu comprend notamment le droit d'être informé, le droit de s'exprimer et le droit de consulter son dossier avant le prononcé de la décision¹²⁵. Selon la conception retenue dans l'ordre juridique suisse, le droit d'être entendu n'est opposable qu'à l'Etat et non à une entité juridique de droit privé comme l'employeur.

Poser la question de l'existence d'un droit d'être entendu dans les relations de travail de droit privé, en particulier avant la notification d'un licenciement, peut donc paraître incongru. D'ailleurs, le Tribunal fédéral a expressément affirmé qu'il n'existait pas de droit d'être entendu du travailleur avant la communication du licenciement¹²⁶.

On peut toutefois se demander si l'employé n'est pas en mesure de déduire de l'art. 328 CO un certain droit d'être informé et écouté, lors d'un entretien préalable, de l'intention de l'employeur de le licencier¹²⁷. Certes, la voie est étroite puisque, en droit suisse, pour être valable un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier¹²⁸ et que le législateur n'a prévu une obligation de motiver le congé par écrit que si l'autre partie le demande (art. 335 al. 2 CO)¹²⁹.

La prise en compte de l'ensemble de la jurisprudence sur le congé abusif impose une analyse nuancée. En effet, selon le Tribunal fédéral, le caractère abusif d'une résiliation peut découler non seulement de ses motifs, mais également de la façon dont la partie qui met fin au contrat exerce son droit : même lorsqu'elle résilie un contrat pour un motif légitime, la partie doit exercer son droit avec des égards¹³⁰. Le Tribunal fédéral distingue deux situations : un comportement qui ne serait simplement pas convenable ou indigne des relations commerciales ne suffit pas à rendre le congé abusif, car il n'appartient pas à l'ordre juridique de sanctionner une attitude seulement incorrecte; en revanche, une violation grossière du contrat, telle une atteinte grave aux droits de la personnalité dans le contexte d'une résiliation peut faire apparaître le congé comme abusif¹³¹.

¹²⁵ AUBERT/MAHON, n. 5 et 6 *ad* art. 29 Cst., p. 267 s.

¹²⁶ TF 4C.174/2004, 5.8.2004, c. 2.4.

¹²⁷ DUNAND, Commentaire, n. 92 *ad* art. 336 CO, p. 686.

¹²⁸ ATF 132 III 115 c. 2.1, JdT 2006 I 152; ATF 131 III 535 c. 4.1.

¹²⁹ TF 4C.174/2004, 5.8.2004, c. 2.4.

¹³⁰ Cf. DUNAND, Commentaire, n. 78 *ad* art. 338 CO, p. 682. Voir aussi ObG/BE, 7.4.2010, c. B.9, *in* JAR 2011 413.

¹³¹ ATF 132 III 115 c. 2.2-3, JdT 2006 I 152.

Nous prendrons pour exemple trois affaires traitées par le Tribunal fédéral. Dans la première affaire, le Tribunal fédéral a considéré que l'employeur avait gravement violé le principe voulant qu'il fasse un usage modéré de son droit en licenciant un employé sans aucun entretien préalable, sans la moindre tentative de solution et en le libérant immédiatement de son obligation de travailler¹³². Dans la deuxième affaire, un employeur avait licencié une employée qui avait déposé une plainte pénale infondée pour harcèlement sexuel à l'encontre de l'un des dirigeants de la société. Les juges de Mon-Repos ont estimé que le congé était abusif, car avant d'envisager de le notifier, l'employeur aurait dû essayer de « comprendre les motifs » soulevés par l'employée¹³³. Enfin, dans la troisième affaire, le Tribunal fédéral a rappelé qu'il incombe à l'employeur de veiller à la santé du travailleur non seulement pendant les rapports de travail, mais aussi lors de leur rupture. Constitue un congé abusif le licenciement notifié à un travailleur souffrant de troubles psychiques, sans chercher à comprendre les raisons pour lesquelles il n'était pas en mesure, selon son psychiatre, de travailler dans un magasin déterminé¹³⁴.

Le point commun entre les trois cas susmentionnés nous semble résider dans le fait que l'on a reproché à l'employeur de ne pas s'être entretenu avec l'employé. Il en résulte, a contrario, qu'un entretien préalable à la notification du licenciement aurait pu rendre celui-ci parfaitement légitime. La question sera certainement affinée dans de nouveaux arrêts.

V. Conclusion

Norme flexible et cardinale du droit privé suisse du travail, l'article 328 CO a permis de trouver des solutions à des questions insoupçonnées lors de son adoption. Ainsi que le relève WAEBER, à propos de cette disposition légale : lorsque « le droit peut ainsi évoluer parallèlement à la société, il remplit pleinement son rôle. Il ne précède pas vraiment l'évolution, il est même nécessairement en retard sur les éléments les plus avancés de la société, mais il codifie et proclame les valeurs et règles nouvelles, qui deviennent applicables à tous et obligent les éléments les plus arriérés de la société à évoluer »¹³⁵.

Si l'on doit louer la créativité de la jurisprudence, l'on peut aussi louer la volonté du législateur de consacrer une norme ouverte, susceptible d'être adaptée aux besoins nouveaux de la société.

¹³² ATF 132 III 115 c. 5.4, JdT 2006 I 152.

¹³³ TF 4C.60/2006, 22.5.2006, c. 7.3.

¹³⁴ TF 4A_2/2014, 19.2.2014, c. 3.

¹³⁵ WAEBER, Protection, p. 41.

Finalement, l'article 328 CO constitue une consécration de la méthode Hubérienne chère à Dominique MANAI qui l'a si justement décrite dans son magnifique ouvrage consacré à « Eugen HUBER – Jurisconsulte charismatique » avec un extrait duquel nous concluons :

« La tendance générale [qu'Eugen HUBER] choisit est la suivante : le droit privé se doit d'énoncer un schéma de directives juridiques. En effet, par une formulation large, souple et générale, la législation laisse ainsi au juge une marge de liberté dans l'application concrète du droit. Cette manière de procéder lui permet de satisfaire deux exigences : d'une part rédiger une loi populaire, simple, claire et accessible à tous; et d'autre part, laisser au juge la possibilité d'adapter et de compléter la loi. C'est pourquoi il se refuse de préciser explicitement la portée des dispositions légales, car il estime que leur sens doit correspondre aux injonctions du présent, laissant ainsi une marge d'adaptabilité pour le contenu sémantique de la loi »¹³⁶.

Bibliographie

Gabriel AUBERT, Commentaire de l'article 5 LEg, *in* Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité (Gabriel AUBERT et Karine LEMPEN, éd.), Genève 2011 (cité : AUBERT, LEg)

Gabriel AUBERT, Commentaire des articles 319 ss CO, *in* Code des obligations I (Luc THÉVENOZ et Franz WERRO, éd.), Bâle 2012 (cité : AUBERT, CR CO I)

Jean-François AUBERT/Pascal MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003

Christian BETTEX, L'application temporelle de l'article 328 CO, *in* Panorama II en droit du travail (Rémy WYLER, éd.), Berne 2012, p. 57 ss

Christiane BRUNNER/Jean-Michel BÜHLER/Jean-Bernard WAEBER/Christian BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3^e éd., Lausanne 2004

Vincent CARRON, Mobbing et demeure de l'employeur, *in* Panorama en droit du travail (Rémy WYLER, éd.), Berne 2009, p. 115 ss

Philippe CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zurich/Bâle/Genève 2009

¹³⁶ MANAI, Jurisconsulte, p. 127.

Marie-Gisèle DANTHE, Les limites qu'instaure l'article 328 CO au droit de l'employeur de donner des directives et de contrôler l'activité du travailleur, *in* Panorama en droit du travail (Rémy WYLER, éd.), Berne 2009, p. 163 ss

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

Giuseppe DONATIELLO, Responsabilité du débiteur : de la délégation à l'organisation de l'exécution des obligations, Genève/Zurich/Bâle 2010

Jean-Philippe DUNAND/Sandrine TORNARE, « Personne de confiance » et prévention des conflits au travail – Perspectives ouvertes par l'arrêt du TF 2C_462/2011, *in* Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Fritz STÖCKLI, Berne 2014, p. 151 ss

Jean-Philippe DUNAND, Le harcèlement psychologique (mobbing) en droit privé suisse du travail, *in* RJN 2006, p. 13 ss (cité : DUNAND, Harcèlement)

Jean-Philippe DUNAND, La « prédisposition constitutionnelle » de la victime d'un harcèlement psychologique (mobbing), *in* DTA 2007, p. 15 ss (cité : DUNAND, Prédisposition)

Jean-Philippe DUNAND, Commentaire des articles 328 et 336 CO, *in* Commentaire du contrat de travail (Jean-Philippe DUNAND et Pascal MAHON, éd.), Berne 2013 (cité : DUNAND, Commentaire)

Christian FAVRE/Charles MUNOZ/Rolf A. TOBLER, Le contrat de travail, Code annoté de la jurisprudence fédérale et cantonale, 2^e éd., Lausanne 2010

Marie-France HIRIGOYEN, Le harcèlement moral, la violence perverse au quotidien, Paris 1998

Nicolas JEANDIN, Commentaire de l'article 28a CC, *in* Code civil I (Pascal PICHONNAZ et Bénédicte FOËX, éd.), Bâle 2010

Heinz LEYMANN, Mobbing, la persécution au quotidien, Paris 1966

Dominique MANAI, Le juge entre la loi et l'équité. Essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse, Lausanne 1985 (cité : MANAI, Le juge)

Dominique MANAI, Eugen HUBER – Jurisconsulte charismatique, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1990 (cité : MANAI, Jurisconsulte)

- Kurt PÄRLI, Der Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, *in* DTA 4/2005, p. 225 ss
- Wolfgang PORTMANN, Stresshaftung im Arbeitsverhältnis - Erfolgreiche Stresshaftungsklage gegen Arbeitgeber in der Schweiz und in anderen europäischen Ländern, *in* DTA 1/2008, p. 1 ss (cité : PORTMANN, Stresshaftung)
- Wolfgang PORTMANN, Kommentar zu dem Art. 328 OR, *in* Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT et Wolfgang WIEGAND, éd.), 5^e éd., Bâle 2011 (cité: Portmann, Kommentar)
- Manfred REHBINDER/Alexander KRAUSZ, Psychoterror am Arbeitsplatz. Mobbing und Bossing und das Arbeitsrecht, *in* ArbR 1996, p. 17 ss
- Anne-Lise SAILLEN, La protection de la personnalité du travailleur au sens de l'article 328 al. 1 CO, Lausanne 1981
- Carole SONNENBERG, La protection de la personnalité du travailleur : sauvegarde de sa santé et sécurité au travail, Lausanne 2010
- Sabine STEIGER-SACKMANN, Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz - Rechtliche Möglichkeiten zur Verbesserung der Prävention, Zurich/Bâle/Genève 2013
- Ullin STREIFF/Adrian VON KAENEL/Roger RUDOLPH, Arbeitsvertrag - Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012
- Olivier SUBILIA/Jean-Louis DUC, Droit du travail - Eléments de droit suisse, Lausanne 2010
- Olivier SUBILIA/Stéphanie SCHWEIZER, 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, p. 323 ss
- Pierre TERCIER/Pascal G. FAVRE, Les contrats spéciaux, 4^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2009
- Luc THÉVENOZ, Commentaire de l'article 101 CO, *in* Code des obligations I (Luc THÉVENOZ et Franz WERRO, éd.), Bâle 2012
- Jean-Bernard WAEBER, Le mobbing ou harcèlement psychologique au travail, quelles solutions ?, *in* PJA 7/98, p. 792 ss (cité : WAEBER, Mobbing)

Jean-Bernard WAEBER, La protection de la personnalité dans les rapports de travail, in *Harcèlement au travail* (Gabriel AUBERT, Jean-Marc GUINCHARD et Marcel PICCOT, éd.), Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 37 ss (cité : WAEBER, Protection)

Gabriella WENNUBST, *Mobbing - Le harcèlement psychologique analysé sur le lieu de travail*, Lausanne 1999

Franz WERRO, Commentaire de l'article 44 CO, in *Code des obligations I* (Luc THÉVENOZ et Franz WERRO, éd.), Bâle 2012

Rémy WYLER/Boris HEINZER, *Droit du travail*, 3^e éd., Berne 2014