

## Résumé et analyse

### Proposition de citation :

Egalité

Christine Sattiva Spring, Mistinguett ne fait pas fantasmer le TF ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_18/2018, Newsletter DroitDuTravail.ch avril 2019

Art. 328 CO



## Mistinguett ne fait pas fantasmer le TF ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_18/2018 du 21 novembre 2018

Christine Sattiva Spring, avocate, spécialiste FSA en droit du travail, chargée de cours à l'Université de Lausanne

### I. Résumé de l'arrêt

#### A. Les faits

Active dans le commerce du sucre, la société B a engagé A dès le 1<sup>er</sup> octobre 2008 en qualité de comptable. Dans un certificat intermédiaire du 27 décembre 2010, le supérieur direct de l'employé A a attesté de la compétence, l'indépendance et le professionnalisme de A dans les tâches qui lui était confiées, son travail donnant pleine et entière satisfaction. Peu après, à la faveur d'un changement de directeur administratif et financier, il est apparu que A ne parvenait pas à établir les clôtures de comptes mensuels ni à mettre en application la nouvelle procédure de gestion des hedges. Un expert-comptable diplômé externe, mandaté pour l'aider, a fait un rapport à B concluant que A ne disposait pas des compétences nécessaires.

Le 27 mai 2011, A a adressé un courriel à l'administrateur président de B en se plaignant du comportement de C à son encontre, comportement déjà rapporté à son supérieur F. Dans ce courriel, l'employé déplorait que son supérieur C utilisât toujours des termes extrêmement offensants et vulgaires pour la désigner vis-à-vis de ses collègues. Elle donnait comme exemple en particulier le fait qu'il l'avait appelée Mistinguett, faisant allusion aux femmes de cabaret, en parlant d'elle avec certains collègues. L'administrateur s'est montré dubitatif quant au comportement décrit, mis sur le compte d'une simple incompréhension.

Quelques jours plus tard, par lettre du 31 mai 2011 remise en mains propres, B a résilié le contrat de travail de l'employée sans indications de motifs. Le même jour, F a établi un certificat de travail intermédiaire faisant état de la compétence et du professionnalisme de A, qui a toujours rempli les tâches confiées avec une entière autonomie, son travail donnant pleine et entière satisfaction. L'employeuse a par ailleurs fait état de restructuration dans l'attestation à l'intention de la Caisse de chômage.

En temps utile, A s'est opposée à son licenciement, qu'elle tenait pour abusif, et a réclamé un certificat de travail final d'une teneur identique au certificat intermédiaire. A l'issue de la procédure de première instance dirigée contre l'employeur B et le supérieur C, les juges ont considéré que la décision de licencier la demanderesse n'avait pas été prise en réaction aux reproches formulés par celle-ci contre son employeuse, mais qu'elle était consécutive au constat de la direction et de l'expert-comptable mandaté selon lequel la demanderesse n'avait plus les compétences pour faire face à sa tâche, de sorte que le congé n'était pas abusif.

## **B. Le droit**

3.1 A l'appui de ses prétentions en licenciement abusif et harcèlement, encore litigieuses devant le TF, la recourante s'est appuyée sur l'art. 4 LEg relatif au harcèlement sexuel et sur l'art. 328 al. 1 CO. Le TF a rappelé que, selon la jurisprudence, les remarques sexistes, les comportements grossiers ou embarrassants entrent dans la définition du harcèlement sexuel. Bien que l'art. 4 LEg ne se réfère qu'à des cas d'abus d'autorité, la définition englobe tous les comportements importuns de caractère sexuel, soit également ceux qui contribuent à rendre le climat hostile, par exemple des plaisanteries déplacées (ATF 126 III 395, consid. 7b/bb p. 397 et les références ; arrêts 8C\_422/2013 du 9 avril 2014, consid. 7.2 ; 4C.60/2006 du 22 mai 2006, consid. 3.1 ; 4C.187/2000 du 6 avril 2001, consid. 2a).

Le mécanisme d'allègement du fardeau de la preuve prévu par l'art. 6 LEg ne s'applique pas en matière d'harcèlement sexuel.

3.2 Devant le TF, de tous les allégués relatifs au comportement agressif, hostile ou humiliant adopté à l'encontre de la recourante, seul a été retenu le fait de l'avoir affublée du surnom Mistinguett à l'occasion d'un apéritif auquel elle ne participait pas. Le TF relève toutefois que l'on ignore la teneur précise du propos. Pour la recourante, le terme en question faisait référence à une danseuse de cabaret exhibant ses jambes devant un parterre de personnes, ce qui était tout sauf valorisant.

3.3 Pour la Cour cantonale, le terme de Mistinguett n'était pas suffisamment connoté pour relever de l'art. 4 LEg et la bibliographie de Mistinguett ne dégageait aucune connotation négative.

3.4 Le Tribunal fédéral s'est livré à une étude bibliographique de Jeanne Florentine Bourgeois dite Mistinguett, relevant que selon l'académicien Jean Cocteau la tête ne servait guère qu'à soutenir l'édifice. Le TF interprète toutefois cette formule comme exprimant le génie de la dite Mistinguett, soit une gouille toute parisienne et l'incarnation de l'esprit de Paris. Le terme de Mistinguett serait actuellement utilisé dans le langage courant pour désigner familièrement mais affectueusement une jeune fille ou une jeune femme. La Haute cour relève que le défendeur était probablement peu au fait du portrait de Mistinguett et que si l'utilisation de cette expression ne traduisait pas une admiration pour la recourante, parce qu'il n'entrevoit pas la richesse du personnage et n'avait en tête qu'une figure empanachée sur des jambes effilées, la comparaison faite à une seule reprise et sans que l'on connaisse la teneur précise de son propos ne saurait s'apparenter à du harcèlement sexuel. Au demeurant, la différence, de taille, entre une artiste de cabaret de la belle époque et une artiste de cabaret du 21<sup>ème</sup> siècle pouvait échapper à l'ignorant qu'était C mais n'était finalement préjudiciable qu'à lui seul.

4. Se prononçant sur le licenciement abusif, le TF constate ce qui suit :

4.1 Le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties selon 335 al. 1 CO. L'art. 336 al. 1 et 2 CO énumère une liste-non exhaustive des cas dans lesquels la résiliation est abusive, notamment lorsqu'elle est donnée par ce que l'autre partie fait valoir de bonne foi de prétentions résultant du contrat de travail (art. 336 al. 1d CO). Pour que cette disposition soit applicable, il faut que l'autre partie ait eu la volonté d'exercer un droit et qu'elle ait été de bonne foi, indépendamment de l'existence réelle de sa prétention. Les prétentions émises par l'employé doivent avoir joué un rôle causal dans la décision de l'employeur de le licencier (ATF 136 III 513, consid. 2.6 p. 517). La détermination de l'existence d'un rapport de causalité naturelle est une question de fait, tout comme la détermination du motif d'une résiliation.

4.2 Pour la Cour cantonale, la décision de licenciement a été prise par l'employeuse sur le rapport de l'expert-comptable diplômé et au vu de l'absence de compétences de la recourante ; elle ne constitue pas des représailles au courriel de l'employée du 27 mai 2011.

5. Sous cet angle, le TF confirme le raisonnement de l'autorité précédente, laquelle a constaté qu'en 2010-2011, à la suite de la modification de la procédure relative aux hedges l'employée n'avait plus les qualités nécessaires pour son employeur. Si la recourante fait valoir qu'elle s'est plainte du harcèlement sexuel et que l'employeur n'a nullement essayé de comprendre les motifs qui dictaient sa démarche, s'empressant au contraire de réagir en la licenciant, les juges ont considéré comme établi que la décision de licencier l'employée avait déjà été prise à la mi-mai 2011 et qu'elle était ainsi antérieure à son courriel du 27 mai 2011, ce qui a permis au Tribunal fédéral de rejeter le recours.

## II. Analyse

1. L'arrêt résumé ci-dessus portait devant le TF sur l'existence d'un harcèlement et d'un licenciement abusif. Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail constitue tout à la fois une atteinte à la personnalité (art. 328 CO), une atteinte à la santé (art. 6 LTr) et une forme qualifiée de discrimination fondée sur le sexe selon les art. 3 et 4 LEg, en ce sens notamment qu'il contribue à perpétrer une inégalité de pouvoir entre femmes et hommes dans la vie professionnelle<sup>1</sup>. Sous la note marginale « Harcèlement sexuel ; discrimination », l'art. 4 LEg dispose ce qui suit : *Par comportement discriminatoire, on entend tout comportement importun de caractère sexuel ou tout autre comportement fondé sur l'appartenance sexuelle, qui porte atteinte à la dignité de la personne sur son lieu de travail, en particulier le fait de proférer des menaces, de promettre des avantages, d'imposer des contraintes ou d'exercer des contraintes de toute nature sur une personne en vue d'obtenir d'elle des faveurs sexuelles.*

Les éléments constitutifs du harcèlement sexuel sont les suivants : un comportement discriminatoire de caractère sexuel ou fondé sur l'appartenance sexuelle, qui présente un caractère importun, portant atteinte à la dignité, sur le lieu de travail, que l'employeur n'a pas empêché. Auteur et victime sont souvent de sexe opposé.

---

<sup>1</sup> LEMPEN Karine, Harcèlement sexuel : art. 4 LEg, n. 1, p. 100, in AUBERT Gabriel/LEMPEN Karine (éd), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011.

La notion est large et le TF a très justement rappelé que les remarques sexistes ou les commentaires embarrassants entraînent dans la définition de l'art. 4 LEg, comme tous les comportements de caractère sexuel qui contribuent à rendre le climat de travail hostile<sup>2</sup>.

Il est au surplus très généralement admis que la motivation du harceleur importe peu : volonté de dominer et d'exercer du pouvoir, envie de rabaisser, besoin de faire comme d'autres ne sont que des éléments annexes qui ne sauraient nullement apparaître comme des excuses ou des explications, mais ne sont finalement pas déterminants. Ce n'est pas l'intention qui compte mais la manière dont le comportement, la parole, le geste est vécu par la personne concernée par le harcèlement. S'il est vrai que chacun, en fonction de son histoire personnelle et de sa culture, a des seuils de tolérance différents, le TF a tendance se placer dans la peau d'une personne raisonnable de même sexe dans la même situation<sup>3</sup> ; pourtant, dans certains cas, il convient de prendre en compte la sensibilité subjective de la victime<sup>4</sup>.

Les juridictions compétentes paraissent avoir perdu de vue que, pour déterminer si harcèlement il y a, ce n'est pas l'intention de l'auteur qui prime, mais la perception de la victime. En l'espèce, la Cour cantonale a estimé que le terme n'était pas suffisamment connoté pour relever de l'art. 4 LEg. Quant au Tribunal fédéral, il considère qu'il n'y aurait pas de raison de placer à un niveau si bas le seuil du harcèlement, où celui qui parle n'est guère plus érudit que ceux qu'amuserait l'évocation d'une figure historique qu'ils entrevoient uniquement par un prisme, le seuil du harcèlement sexuel. On doit s'étonner de cette manière de voir, qui découle des recherches faites par les juges fédéraux sur la vie réelle de Mistinguett, recherches qui la font apparaître de manière peut-être un peu différente sous la plume de la Haute Cour que dans l'opinion de l'homme ou la femme de la rue. Cela étant, la recourante n'avait pas l'obligation de consulter le dictionnaire pour savoir que penser du surnom dont elle avait été affublée, a fortiori par un supérieur sans culture selon les constatations de l'arrêt fédéral ; l'idée que véhicule pour le citoyen lambda l'image de Mistinguett pouvait se passer de longues recherches bibliographiques.

Quoi qu'il en soit, de manière générale, se faire comparer à une personne complètement irréflective, qui n'a guère pour elle que ses jambes à faire admirer, est clairement dégradant ; cela ne relève pas d'un bas seuil de sexisme, mais tombe clairement sous le coup de l'art. 4 LEg.

Au surplus, dans ce genre de situation, on rappellera qu'il n'est pas nécessaire d'établir le bien-fondé des prétentions formulées par l'employée, il suffit que l'intéressée ait pu les croire telles de bonne foi<sup>5</sup>.

2. Pour des raisons qui lui appartiennent, la recourante n'a pas choisi d'invoquer l'art. 10 LEg, sachant probablement que les motifs relevés par l'expert judiciaire permettaient à

---

<sup>2</sup> ATF 126 III 395, consid. 7b/bb.

<sup>3</sup> Cf. notamment arrêt du 14 mai 2010, 4A\_178/2010. A l'inverse, dans l'arrêt TF, 8C\_690/2010, le TF a retenu le harcèlement, considérant que toute personne dans la même situation aurait été choquée, même si l'intéressée ne l'a pas été.

<sup>4</sup> LEMPEN Karine, op. cit., n. 11 p. 104 et réf. cit.

<sup>5</sup> ATF 136 III 513, consid. 2.4.

l'employeur de trouver une motivation à la fin des rapports de travail. N'ayant pas agi dans le délai de congé, elle a d'ailleurs implicitement renoncé à solliciter sa réintégration. Cela étant, elle avait demandé l'intervention de son employeur qui reconnaît n'avoir rien pour protéger sa personnalité, considérant en fait que ses doléances n'étaient pas fondées.

A l'heure où les enquêtes internes fleurissent, on s'étonne que l'employeur ne se soit pas préoccupé de savoir ce qui se passait réellement dans sa société ; si l'état de fait de l'arrêt fédéral n'est pas très explicite sur le déroulement des faits, la lecture de l'arrêt de la Cour d'appel civile nous apprend que des témoins avaient fait état de mobbing à l'encontre de A. Dans ces conditions, et compte tenu des rumeurs qui avaient couru dans l'entreprise, on comprend mal comment le manque de réaction de l'employeur à protéger ses collaborateurs a pu être écarté pratiquement sans même être examiné sous un angle différent du seul article 4 LEg.

En effet, lorsqu'un collaborateur se plaint d'atteinte à la personnalité, en particulier en cas d'accusation de harcèlement sexuel, l'employeur a l'obligation de vérifier les faits ; à cet effet, il mettra souvent sur pied une procédure d'investigation puisqu'il est tenu de veiller à la santé et à la dignité de ses collaborateurs et de construire un environnement de travail respectueux et moral. En l'espèce, si on en croit l'audition du supérieur C de la recourante, également partie à la procédure, ce n'est qu'en la recevant qu'il a pris connaissance des critiques qu'elle émettait à son encontre ; si tel est bien le cas, cela signifie que la société employeuse ne les lui a jamais communiquées et n'a donc partant pas procédé à la moindre investigation, en violation claire et crasse de son obligation de protection.

3. Par ailleurs, on constate que les tribunaux n'ont jamais mis en relation le défaut de protection de l'employeur, qui s'est notamment traduit par la création d'un climat de travail peu agréable, et les compétences soudainement restreintes de la collaboratrice, dans un environnement où un collègue était en arrêt maladie de longue durée. Or, il est largement admis que la personne critiquée, harcelée ou discriminée ne sera pas aussi efficace que celle dont on loue le travail et qu'on remercie de ses efforts. Tel est en particulier le cas lorsque l'employeur laisse une mauvaise ambiance se développer au travail ou si les ressources ne sont pas suffisantes pour que les collaborateurs présents puissent assumer le travail à effectuer. Les deux éléments paraissent ici être présents et auraient pu amener les tribunaux à appliquer l'interdiction du *venire contra factum proprium*.

4. L'instruction de la présente cause était liée à de nombreuses auditions de témoins, dont ceux de la demanderesse et recourante ont été pris avec circonspection, parce qu'ils émanaient de personnes ayant quitté la société souvent en mauvais termes avec leur ancien employeur. On voit bien ici la difficulté de parvenir à établir les faits selon l'article 8 CC et faire triompher son point de vue lorsqu'il convient de rapporter la preuve stricte du harcèlement. Si l'article 6 LEg ne trouve pas application, comme le législateur l'avait voulu, il conviendrait de ne pas être trop sévère sur le fardeau de la preuve dans de tels cas.

## 5. Conclusion

On ne peut s'empêcher de regretter que le TF observe dans le domaine une grande propension à ne pas remettre en cause les décisions de dernière instance cantonale qui lui sont soumises, comme tel était déjà le cas dans son arrêt du 31 janvier 2018.

Par ailleurs, on doit reprocher aux juges fédéraux d'envoyer des signaux ambigus aux employeurs, en n'adoptant pas une position suffisamment stricte sur ce qui est admissible ou ne l'est pas : certaines paroles sont déplacées et ceux qui en usent doivent être immédiatement avertis que leur comportement ne sera pas toléré. Si l'employeur veut respecter les obligations découlant en particulier de l'art. 328 CO, il ne peut se contenter de licencier ceux qui exagèrent vraiment, mais doit déjà sermonner les employés qui dérapent et portent atteinte à la personnalité de leurs collègues, lesquels ont dans tous les cas droit au respect et à ne pas être affublés de surnoms qui les font apparaître comme peu honorables, pour ne pas dire licencieux.