

Tribunal fédéral – 4A_283/2022
1^{re} Cour de droit civil
Arrêt du 15 mars 2023 (f)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Christine Sattiva Spring, Une plainte pour harcèlement à effet boomerang, Résumé et analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_283/2022, Newsletter DroitDuTravail.ch octobre 2023

Newsletter octobre 2023

Harcèlement sexuel,
indemnité ; licenciement
abusif ; paiement du
solde de vacances

**Art. 329d, 336al. 1 CO ;
4 et 5 al.3 LEg**



Une plainte pour harcèlement à effet boomerang ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_283/2022

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

I. Objet de l'arrêt et résumé des faits

Engagée initialement le 1^{er} août 2010, une collaboratrice a été promue en juin 2017 Relationship Manager Assistant. En juillet 2018, elle a appris qu'elle changerait d'équipe et travaillerait sur d'autres projets. Cette annonce l'a visiblement stressée, voire angoissée et elle s'est trouvée en arrêt de travail dès le lendemain. Elle a sollicité un rendez-vous avec le responsable RH et s'est finalement retrouvée face à 3 messieurs, puis à la personne dont elle se plaignait de harcèlement sexuel. A l'expiration du délai de protection, la collaboratrice a été licenciée en respectant son délai de préavis de 3 mois ; il lui était pour le surplus indiqué que son solde de vacances était compensé par la période de libération de l'obligation de travailler. La collaboratrice a été en arrêt de travail du 19 juillet 2018 au 31 mars 2019.

La collaboratrice a réclamé devant le Tribunal de Prud'hommes de Genève une indemnité pour harcèlement sexuel, une indemnité pour licenciement abusif et le versement du montant afférent à ses vacances.

II. Analyse ¹

L'arrêt discuté ici a été rendu à trois juges seulement, et il ne constitue pas un revirement de la jurisprudence relative à la responsabilité de l'employeur en matière de harcèlement, mais il donne des précisions intéressantes sur la notion de harcèlement sexuel et les obligations de l'employeur au titre de la prévention.

1. Un point sur la recevabilité des moyens

¹ Le texte entier de cet arrêt a été publié dans la newsletter de droit du travail de juin 2023.

Après avoir rappelé que de nouveaux faits et griefs déposés après le délai de recours dans une réplique n'étaient pas recevables s'ils avaient pu être présentés au stade de la première écriture de recours, le TF relève que le principe de l'allégation est strict et s'oppose à admettre une requête de complètement de l'état de fait qui n'expose pas clairement et de manière circonstanciée les raisons justifiant l'intégration de nouveaux éléments.

2. La notion de harcèlement sexuel

La décision entreprise rappelle que le harcèlement sexuel peut se fonder, dans le CO, sur l'art. 328 CO, qui impose à l'employeur de protéger et respecter dans les rapports de travail, la personnalité de son collaborateur. Dans la LEg², c'est l'art. 3 al. 1 qui interdit toute forme de harcèlement sexuel, soit tout comportement à caractère 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 travail³. La définition englobe tous les comportements importuns à caractère sexuel, soit également ceux qui contribuent à rendre le climat de travail hostile, notamment les plaisanteries déplacées.

Jusque-là, l'arrêt n'innove nullement.

3. Le droit d'être entendu et l'appréciation des preuves

Selon l'état de fait, critiqué, la demanderesse et intimée devant le TF s'est dite victime de harcèlement sexuel depuis de nombreux mois, ayant eu des remarques peu correctes et ayant été victime d'un collaborateur qui lui avait notamment touché les fesses lors de la soirée de Noël. La collaboratrice ne s'était pas plainte jusque-là, mais s'était pratiquement décomposée lorsqu'on lui avait indiqué qu'elle travaillerait désormais dans l'équipe du collaborateur agresseur.

Le Tribunal fédéral a, à juste titre, balayé les arguments de l'employeuse qui tentait de persuader la Cour de l'inexistence du harcèlement ou tout au moins du fait que le retenir à charge était arbitraire. Deux éléments méritent ici d'être soulignés. Tout d'abord, lorsque l'employeuse allègue que les performances de la travailleuse et ses rapports avec ses collègues n'auraient pas toujours donné satisfaction, la Haute Cour constate que les faits ne ressortent pas de l'arrêt cantonal, ce qui rend l'argument irrecevable. On s'étonne de cette motivation, de caractère purement procédural, dans la mesure où le TF aurait pu (et aurait probablement dû par souci de clarté) traiter la question de fond et lever cet élément-là n'avait rien à faire dans la discussion : un mauvais employé peut être harcelé, ce qui n'enlève rien au harcèlement.

Par ailleurs, l'employeuse fonde sa défense sur le fait que la collaboratrice n'a pas immédiatement dénoncé les faits. Il est surprenant de lire, sous la plume de la Haute Cour, que « *au vu de la sensibilité du sujet, soit la dénonciation d'un cas de harcèlement sexuel, il n'y avait rien d'étonnant à ce que la travailleuse n'eût pas osé exposer, en premier lieu, le harcèlement qu'elle subissait de la part de l'employé* ». Cette motivation est intéressante, et elle permet de couper court à toutes possibilités pour un employeur de prétendre que si le harcèlement n'a pas été immédiatement dénoncé, c'est qu'il n'était finalement pas

² Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg), du 24 mars 1995, RS151.1.

³ Art. 4 Leg.

dérangeant. On ne peut que se réjouir des propos de notre Haute Cour, qui n'avait pas jusqu'ici été aussi catégorique.

4. Les mesures prises par l'employeur

En instance cantonale puis fédérale, l'employeuse a prétendu qu'elle avait pris les mesures que l'expérience commandait et qu'elle devait dès lors pouvoir tomber sous le coup de l'exception de l'art. 5 al. 3 LEg, soit la possibilité pour l'employeur d'échapper à tout paiement d'indemnité s'il prouve qu'il a pris les mesures que l'expérience commande, qui sont appropriées aux circonstances et que l'on peut équitablement exiger de lui pour prévenir des actes de harcèlement ou y mettre fin. Il s'agit-là d'un aspect du devoir de diligence de l'employeur qui, s'il a été entièrement rempli, ne peut fonder une condamnation au versement d'une indemnité de l'art. 5 al. 4 LEg⁴.

L'employeuse considérait, dans le cadre de son recours, qu'elle devait être mise au bénéfice de la preuve libératoire puisqu'elle avait mis en place trois outils permettant à ses employés de dénoncer des cas de harcèlements sur leur lieu de travail, dans le cadre de leur activité professionnelle pour la banque. Ces outils consistaient tout d'abord en une directive, puis en un programme d'assistance externe, le tout complété d'un outil de dénonciation. A première vue, cet attirail devrait paraître suffisant, mais il ne suffit pas de s'être dotée d'outils : encore faut-il qu'ils soient effectivement connus des collaborateurs, aisément utilisables et que leurs champs d'application mentionnent le harcèlement sexuel.

Ainsi, une directive qui n'a pas été consultée souvent au sein de l'employeuse, qui est difficilement accessible sur l'intranet ne remplit pas les conditions pour permettre d'exonérer l'employeur de sa responsabilité financière. Tel est en particulier le cas lorsque le formulaire de plainte n'apparaît pas **de manière claire**, et que le collaborateur devrait peut-être chercher dans toute une brochure comment tenter de faire valoir qu'il aurait été harcelé. Le fait que la directive n'est pas souvent consultée témoigne aussi d'une absence de rappel, de la part de l'employeuse, de l'importance de la problématique du harcèlement et du dispositif qui a été mis en place pour enrayer le phénomène.

En l'espèce, l'employeuse avait aussi un programme d'assistance externe sur lequel l'attention était attirée par des affiches dans la cafétéria. A priori, il s'agit-là d'un bon moyen de faire connaître l'existence d'une structure qui paraît toujours plus neutre lorsqu'elle n'est pas à l'intérieur de l'entreprise ; de plus, la cafétéria est un endroit idéal pour ce type d'affichage. Toutefois, dans la mesure où les affiches ne font pas état de la possibilité de contacter le programme d'assistance externe pour du harcèlement sexuel, ce dispositif si compétent soit-il ne pourra être invoqué par l'employeur au titre de preuve libératoire de l'art. 5 al. 3 LEg. En effet, le collaborateur ne doit pas aller chercher par lui-même comment il pourrait peut-être recevoir de l'aide dans un domaine particulier : il y a lieu de prendre par la main celui ou celle qui a déjà été blessé par des actes considérés, à tort ou à raison, comme du harcèlement sexuel.

Il en va de même d'un outil de dénonciation qui, dans le cadre d'un établissement financier sera souvent considéré comme mis en place pour des problématiques typiquement bancaires ; si l'attention des collaborateurs et collaboratrices n'est pas attirée sur la possibilité

⁴ ATF 126 III 395, consid. 7b/cc et références citées ; TF, 4C_286/2006 du 5 février 2017, consid. 4.1.

d'utiliser cet outil aussi en matière de harcèlement sexuel, il y a lieu de considérer que l'outil n'existe pas.

En tout état de cause, on ne peut que suivre le TF lorsqu'il écrit que si les organes dirigeants de la banque ou les supérieurs hiérarchiques de la personne qui se dit victime sont peu familiers avec les outils mis en place, c'est que ceux-ci n'atteignent clairement pas leur but.

Dès lors, au travers de cet arrêt, le TF donne des lignes plus claires à l'employeur pour pouvoir bénéficier de la preuve libératoire de l'art. 5 al. 3 LEg :

- Tout le système mis en place doit être connu des collaborateurs (l'affichage à la cafétéria semble une méthode intéressante à cet égard, mais on pourrait penser également à un affichage à la réception ou dans les locaux où se croisent de nombreuses personnes, qui peuvent être tant des collaborateurs de l'employeur que des clients).
- Le système proposé doit être simple d'accès notamment sur l'intranet, sans oublier une voie particulière pour les collaborateurs qui n'auraient pas accès à l'intranet parce que leur activité ne nécessite pas l'usage d'un ordinateur⁵.
- Une certaine confidentialité doit être garantie.
- Le harcèlement sexuel doit être clairement mentionné dans les outils à disposition des collaborateurs, probablement avec des exemples permettant d'apprécier les contours de la notion.

5. L'attitude des RH

En l'espèce, l'un des reproches importants du Tribunal à l'employeuse est la manière dont elle a traité sa collaboratrice lorsque celle-ci a souhaité venir expliquer au responsable RH, quelques jours après le début de son incapacité de travail, la raison de sa situation. Alors même qu'il n'y avait aucune urgence de prévoir une confrontation quelconque, le responsable RH de la banque l'a fait se trouver en face de celui qu'elle décrivait comme son agresseur, en présence d'autres hommes, alors qu'elle était seule et manifestement affectée (les tribunaux ont retenu qu'elle pleurait). Ce faisant, l'employeur n'a pas considéré comme il aurait dû la personnalité de sa collaboratrice.

On ne peut donc que saluer la position des tribunaux, en rappelant au surplus qu'il appartient à l'employeur de faire preuve d'intelligence et de sensibilité pour savoir si une confrontation peut être organisée ; dans un tel cas, il incombe également à l'employeur de veiller à ce que l'une des parties ne paraisse pas avoir plus de poids que l'autre. En l'espèce, le nombre de personnes ayant assisté à la confrontation du côté de l'employeur ne fait aucun sens et le déséquilibre des forces était patent.

⁵ La situation est sans doute de moins en moins courante, mais il faut se garder de mettre à l'écart des collaborateurs par exemple du service de nettoyage qui n'ont généralement pas d'accès informatique.

6. L'enquête interne

Enfin, le dernier élément intéressant a trait à l'enquête interne, dont les tribunaux considèrent qu'elle a été bâclée par l'employeuse. On peut s'étonner tout d'abord qu'une enquête menée rapidement, sur 19 jours, paraisse manquer de soin pour les tribunaux : tout dépend de ce qui a été fait pendant ces 19 jours. On est par ailleurs surpris que les tribunaux paraissent reprocher à l'employeuse de n'avoir désigné qu'une personne⁶ pour les différentes auditions. Si on peut comprendre qu'il aurait été préférable d'avoir des PV d'auditions, on ne voit pas pourquoi toutes les auditions n'auraient pu être réalisées par la même personne, alors que cela garantit une unité de perception de la situation. On ne comprend pas non plus pourquoi il aurait fallu que plusieurs enquêteurs assistent aux auditions, ce qui peut représenter une position de force face aux collaboratrices et collaborateurs audités. Étonnamment, le Tribunal fédéral ne se penche pas sur la problématique de savoir si l'expert mandaté pour l'enquête était ou non indépendant et s'il disposait des compétences nécessaires, alors que tels sont clairement les points cruciaux.

7. Conclusions

Dans l'arrêt examiné, une question revient à de très nombreuses reprises : celle de la sensibilité de la victime. Il est vrai qu'en matière de Loi sur l'égalité, ce point a toute son importance puisque l'existence d'un harcèlement sera admise selon qu'une personne de sensibilité normale aurait pu être choquée ou indisposée par les propos, les actes ou les attitudes incriminés. Dans les différentes décisions rendues par les tribunaux, a fortiori depuis ces 20 dernières années, la notion de harcèlement sexuel a pu être retenue de manière assez large. Peu d'arrêts constatent qu'il n'y a pas eu de harcèlement lorsqu'une personne a été troublée par les propos, les images ou les gestes d'autrui, avec cette conséquence qu'on ne sait pas de manière claire où se situe la limite⁷. Certes, dans son arrêt du 29 juin 2009, le TF avait retenu que compte tenu de l'attitude équivoque des « victimes », le collaborateur qui avait caressé le sexe et la poitrine de deux collaboratrices ne s'était pas encore rendu coupable de harcèlement, ni même au moment où il avait proposé à l'une d'elle de lui prodiguer une fellation, qu'elle lui avait refusée ; c'est uniquement l'envoi de son sexe en érection sur l'ordinateur des deux victimes qui est tombé sous le coup de l'article 4 LEg⁸.

Alors qu'elle aurait pu donner une réponse au point de savoir dans quelle mesure la sensibilité de la victime doit être prise en considération, la haute Cour a laissé la question ouverte, jugeant à raison qu'il n'était pas question en l'espèce que la collaboratrice ne fût pas preuve d'une sensibilité particulièrement exacerbée. On peut regretter que la question n'ait pas été tranchée, mais cette déception ne doit pas occulter le mérite de cet arrêt, soit celui de laisser du temps aux victimes de harcèlement avant de se plaindre de leur agresseur sans qu'on puisse leur opposer les mois qui ont passé.

⁶ Dont on regrette avec le TF qu'elle n'ait pas jugé utile de prendre des procès-verbaux, *a fortiori* avec le nouveau droit d'accès réservé par la LPD, qui n'était certes alors pas encore en vigueur.

⁷ Un arrêt mérite d'être cité, qui va à l'encontre de ce qui vient d'être dit : celui de la fécondation *in vitro*, où on jouait sur la piété d'une collaboratrice plus que sur le plan sexuel directement d'ailleurs.

⁸ TF, 4A_251/2009.