

GROUPE DE CONFIANCE

LETTRE D'INFORMATION N°24

FEVRIER 2019



Le Groupe de confiance propose, dans sa première lettre d'information 2019, d'aborder, à la lumière de la jurisprudence, les notions d'atteinte à la personnalité, de harcèlement psychologique et de harcèlement sexuel, ainsi que le cadre légal lié à la protection de la personnalité qui s'impose à chaque employeur.

En vous souhaitant une bonne lecture.

REGARD PRATIQUE ET JURIDIQUE

PROTECTION DE LA PERSONNALITÉ AU TRAVAIL

Le Groupe de confiance (GDC) est chargé de mettre en œuvre un dispositif de protection de la personnalité au sein de l'administration cantonale genevoise et de divers établissements publics ou communes affiliés par convention¹. La présente lettre d'information est centrée sur le cadre légal de cette notion de protection de la personnalité que chaque employeur est tenu de respecter.

A. Le cadre historique et juridique de la protection de la personnalité

La notion d'obligation pour l'employeur de protéger la personnalité de son personnel a été développée en 1967 lors de la révision du Code des obligations (CO) et en particulier par l'adoption de l'art. 328 CO. Sa raison d'être découle d'un besoin de réglementer les rapports de travail à cet égard, au vu des caractéristiques particulières du contrat de travail qui d'une part, instaure un lien de subordination, d'autre part génère une dépendance financière des employés². La protection de la personnalité du travailleur est cruciale en raison de ce rapport de subordination, lequel peut engendrer une dépendance psychologique et économique du travailleur qui pourrait l'empêcher de réagir aux atteintes à sa personnalité, de peur des représailles³. L'art. 328 al. 2 CO prévoit que 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 permettent équitablement de l'exiger de lui."⁴ Cette

¹ L'Hospice général, les EPI, l'IMAD, l'OCAS, les TPG, l'ASFIP et les villes de Genève, Vernier et Onex.

² WENNUBST, *Mobbing, le harcèlement psychologique analysé sur le lieu de travail*, Réalités sociales, 1999, p. 132 citant SAILLEN, *La protection de la personnalité du travailleur au sens de l'art. 328/1 CO*, 1981, p. 30ss et FF 1967 II 282 ad art. 328 CO.

³ WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, Stämpfli, 2014, p. 310.

⁴ L'art. 6 de la Loi sur le Travail (LTr) ainsi que l'art. 2 de l'Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail (OLT 3) qui s'appliquent tant en droit public qu'en droit privé, précisent cette obligation de l'employeur de prendre les mesures adéquates, alors que le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) émet également des directives en la matière.

protection de la personnalité implique une double obligation pour l'employeur, soit celle de s'abstenir de porter atteinte à la personnalité et l'obligation d'agir et gérer les conflits. Relevons toutefois que l'obligation contenue dans l'art. 328 CO n'est pas une obligation de résultat mais une obligation de moyens⁵. La notion de protection de la personnalité s'applique de manière identique aux secteurs privés et publics⁶.

1. Obligation de s'abstenir de porter atteinte à la personnalité

Le législateur n'a pas listé les droits de la personnalité protégés mais la jurisprudence en a dessiné les contours, déterminant au cas par cas ce qui constitue ou non une atteinte, étant précisé que dans certains cas, une atteinte peut s'avérer licite au vu d'un intérêt jugé prépondérant de l'employeur.

a) Atteinte à la personnalité

Les situations protégées recouvrent l'ensemble des valeurs essentielles, physiques, affectives et sociales liées à la personne humaine⁷. Sont notamment protégées l'intégrité physique, la santé physique et psychique, l'intégrité morale et la considération sociale, les libertés individuelles ainsi que la sphère privée⁸.

Ces différentes atteintes peuvent avoir trait à la **dignité professionnelle**⁹ de l'employé (par exemple, le dévaloriser auprès de tiers, ne pas se préoccuper de ses doléances et en conséquence ne pas répondre à ses e-mails ou appels répétés, le mettre face au fait accompli suite à l'adoption de nouvelles mesures le concernant et adoptées en son absence, ne pas se préoccuper de carences d'encadrement, adopter un comportement laissant entendre que l'employé a commis une faute grave alors que ce n'est pas le cas), à des **propos inacceptables ou des menaces**¹⁰ (des menaces de mort ou des propos désobligeants sont considérés comme une atteinte, alors que le fait de dire à quelqu'un "vous n'êtes pas capable" ne l'est pas¹¹), à des **pressions exercées sur un employé**¹² (sous

⁵ WENNUBST, *op.cit.*, p.140.

⁶ DÉFAGO GAUDIN, *Conflits et fonctions publiques : Instruments*, in DUNAND/MAHON [éd.], *Conflits au travail. Prévention, gestion, sanctions*, 2015, p. 156

⁷ Arrêt TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, consid. 6.2.

⁸ BRUNNER/BUHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail, Réalités sociales*, N. 2 ad art. 328 CO, p. 141.

⁹ Arrêts TF 4A_99/2012 du 30 avril 2012, 4A_53/2011 du 28 avril 2011, 4A_558/2009 du 5 mars 2010, 4C.110/2005 du 6 juillet 2005, 4D_22/2013 du 19 septembre 2009 et arrêt CAPH/101/2009.

¹⁰ Arrêts TF 8C_732/2016 du 26 septembre 2017, 4C_47/2001 du 11 mai 2001 et 5A_695/2012 du 20 mars 2013.

¹¹ Arrêt CAPH/98/2006.

¹² Arrêt CAPH/ 20/2008, arrêts TF 4A_495/2007 du 12 janvier 2009, 4C.24/2005 du 17 octobre 2005 et 4C.293/2004 du 15 juillet 2005.

forme de surcharge de travail ou d'un système de vente contraignant), au non-respect de la **sphère privée**¹³ (questions à des apprenties sur le mode de contraception qu'elles utilisent, limites entre les moyens de surveillance admissibles ou pas), à l'**égalité de traitement**¹⁴ ou encore au **changement de poste du fait de l'employeur**¹⁵ étant précisé que le déplacement d'une personne a aussi été considéré comme un outil légitime de gestion d'un conflit¹⁶.

Les tribunaux ont en outre estimé qu'une **protection accrue est justifiée**¹⁷ pour les jeunes en formation alors qu'au contraire le **devoir de protection de l'employeur est amoindri**¹⁸ au vu de la position dans la hiérarchie de l'employé ou du contexte professionnel. Une atteinte peut résulter d'un acte unique et ne suppose pas nécessairement de volonté de nuire.

b) Harcèlement psychologique

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le harcèlement psychologique (ou 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 sur son lieu de travail. La victime est souvent placée dans une situation où chaque acte pris individuellement peut éventuellement être considéré comme supportable, alors que l'ensemble des agissements constitue une déstabilisation de la personnalité, poussée jusqu'à l'élimination professionnelle de la personne visée. Il n'y a pas harcèlement psychologique du seul fait qu'un conflit existe dans les relations professionnelles, qu'il règne une mauvaise ambiance de travail, ou encore du fait qu'un supérieur hiérarchique n'a pas satisfait pleinement et toujours aux devoirs qui lui incombent à l'égard de ses collaborateurs. Le harcèlement est généralement difficile à prouver, si bien qu'il faut savoir admettre son existence sur la base d'un faisceau d'indices convergents*"¹⁹.

c) Harcèlement sexuel

Le harcèlement sexuel, qui constitue comme le harcèlement psychologique une atteinte aigüe à la personnalité, est défini à l'art. 4 de la loi fédérale sur

l'égalité du 24 mars 1995 (LEg). Il consiste en un comportement discriminatoire se manifestant par des paroles, des actes ou des gestes à connotation sexuelle ou fondés sur l'appartenance sexuelle (par exemple des propos sexistes) qui vont à l'encontre de la volonté d'une personne et qui sont de nature à porter atteinte à sa dignité sur son lieu de travail et/ou à détériorer le climat de travail. L'intention de l'auteur n'est pas déterminante et un acte unique suffit à pouvoir constituer du harcèlement sexuel. Le caractère harcelant doit être établi en tenant compte du ressenti de la personne qui se plaint sur la base de la sensibilité individuelle de la personne (élément subjectif) ainsi que celle d'une "personne raisonnable du même sexe" (élément objectif). La définition donnée par l'art. 4 LEg n'exige pas que le harcèlement sexuel se produise effectivement sur le lieu de travail, mais simplement, qu'il puisse avoir un effet sur les relations de travail²⁰.

Ainsi, le harcèlement sexuel peut prendre deux formes:

- Le harcèlement "**chantage**": la victime est contrainte à se soumettre à des propositions de nature sexuelle exercées par une personne en position de pouvoir (hiérarchique ou en raison de la position de dépendance de la victime), dans un but de contrainte. Ce comportement s'accompagne de promesses ou de menaces.
- Le harcèlement "**climat de travail hostile**": la personne est soumise à des plaisanteries, des allusions, des insultes de nature sexiste ou sexuelle ou des propositions de caractère sexuel. Ces actes portent atteinte à la dignité de la personne et contribuent à rendre le climat de travail hostile.

2. Obligation d'agir et de gérer les conflits

La protection de la personnalité induit une obligation légale de tout employeur de prendre des mesures pour protéger la personnalité de ses employés, avec des mesures préventives et correctives. Si d'un point de vue managérial, l'inaction face au conflit apparaît comme une erreur, sous l'angle juridique, une gestion inadéquate des conflits au sein de l'entreprise peut avoir des conséquences pour l'employeur et engager sa responsabilité vis-à-vis du travailleur. A plusieurs reprises, le Tribunal fédéral a jugé qu'une intervention trop tardive de l'employeur dans la régulation d'un conflit entre ses employés pouvait porter atteinte à la personnalité de ces derniers. Ainsi, constituent une atteinte à la personnalité engageant la responsabilité de l'employeur: laisser perdurer une situation dans laquelle deux employés sont en conflit au point de ne plus se saluer et que l'un se mette à contrôler le travail

²⁰ Voir LEMPEN, Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur, Schulthess, 2006, p. 119ss.

¹³ Arrêt du TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, 4A_495/2007 du 12 janvier 2009 et ATF 130 III 28 et 130 II 425.

¹⁴ Arrêt TF 4A_63/2007 du 6 juillet 2007.

¹⁵ Arrêts TF 4A_665/2010 du 1^{er} mars 2011, 4A_132/2009 du 18 mai 2009 et 4C.155/2005 du 6 juillet 2005.

¹⁶ Arrêt TF 8D_1/2016 du 23 janvier 2017.

¹⁷ Arrêts TF 2C_715/2009 du 16 juin 2010 et 2C_103/2008 du 30 juin 2008.

¹⁸ Arrêt CAPH/186/2006 et arrêt TF 4C.331/2005 du 16 décembre 2005.

¹⁹ Arrêt TF 4A_381/2011 du 24 octobre 2011 et jurisprudences citées.

de son collègue, le critiquer dans ses rapports avec la hiérarchie sans hésiter à exprimer son aversion pour l'autre, même si ce dernier s'était accommodé de la rupture de dialogue²¹. Si le recours au licenciement pourrait apparaître comme une option adéquate et propre à remédier aux difficultés rencontrées, un tel licenciement pourrait également être considéré comme abusif par les tribunaux si l'employeur n'a pas pris toutes les mesures que l'on pouvait attendre de lui pour désamorcer le conflit²².

L'inaction peut aussi être considérée comme une violation contractuelle; selon le Tribunal fédéral, "*L'abus réside dans le fait que l'employeur exploite la propre violation de ses devoirs contractuels*²³." En effet, "*après avoir laissé une situation conflictuelle s'envenimer parmi ses salariés sans prendre les mesures adéquates pour l'atténuer, contrairement à l'art. 328 al. 1 CO, celui-ci se prévaut du fait que l'ambiance est devenue préjudiciable au travail dans l'entreprise, pour licencier le salarié apparaissant, en raison de son caractère difficile, comme un fauteur de troubles*²⁴."

Le Tribunal fédéral est même allé plus loin, jugeant que: "*Lorsque le caractère difficile d'un travailleur engendre une situation conflictuelle dans l'entreprise, préjudiciable à l'accomplissement du travail, l'employeur ne peut licencier ce travailleur qu'après avoir introduit sans succès les autres mesures que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui en vue d'améliorer la situation, telles que des modifications de son organisation ou des instructions adressées aux autres travailleurs. Si l'employeur omet ces mesures ou s'il se contente de démarches insuffisantes et qu'il procède néanmoins au licenciement, il viole l'obligation de protéger la personnalité du travailleur concerné*²⁵."

Le Tribunal fédéral a ainsi considéré que le licenciement d'un employé, au motif notamment d'avoir entretenu des mauvaises relations avec un chef de service (qui n'était pas son supérieur) était clairement abusif, car l'employeur n'avait pas tenté d'améliorer la situation entre les deux personnes, alors même que d'autres employés s'étaient également plaints dudit chef de service et que l'employé avait été licencié sans avertissement préalable; le Tribunal fédéral estime que dans le cas d'espèce, l'on pouvait légitimement présumer que des mesures adéquates auraient pu avoir un effet²⁶. Dans d'autres arrêts²⁷, le Tribunal

fédéral a considéré que le licenciement d'un employé était la seule mesure propre à rétablir un climat de travail serein au sein de l'entreprise et que l'employeur avait pris les mesures que l'on pouvait attendre de lui pour désamorcer le conflit. Selon les situations, ces mesures préalables auraient pu consister en réunions de régulation, coaching d'équipe, avertissements, appel à une personne de confiance²⁸. Certains arrêts mettent en évidence l'importance accordée par le Tribunal fédéral à la possibilité pour l'employé de faire valoir son point de vue dans une telle situation.

Ainsi, une intervention de l'employeur dans une situation de conflit semble, d'un point de vue tant juridique que managérial plus judicieuse que l'inaction ou un licenciement sans autre mesure, même si le recours au licenciement peut, une fois d'autres mesures tentées, s'avérer nécessaire.

3. Obligation de prévoir une procédure interne de gestion des conflits

Dans l'arrêt 2C_462/2011 du 9 mai 2012 (consid. 4.2), le Tribunal fédéral a précisé les attentes à cet égard envers l'employeur, avec une obligation de mettre sur pied une procédure en matière de gestion de conflits. Se référant aux directives du SECO, le Tribunal fédéral note que parmi les mesures importantes que l'employeur est tenu de prendre "*figure la désignation d'une personne interne ou externe de l'entreprise à laquelle les employés concernés peuvent s'adresser en cas de conflit. Il est précisé qu'il est important que cette personne de confiance dispose de la formation nécessaire et qu'elle ait un rapport de confiance avec les personnes qui demandent son conseil. Se prononçant sur la question de la proportionnalité de la mesure, le Tribunal fédéral a ajouté, s'agissant de l'appel à une personne de confiance: "Force est donc d'admettre qu'elle constitue un moyen adapté à la prévention des conflits pouvant survenir dans une entreprise. La question de savoir comment cette méthode de gestion des conflits doit être mise en place est plus délicate et dépend de la structure de l'entreprise, ainsi que du nombre de salariés qu'elle emploie. [...] Le but de la mesure étant axé sur la prévention, celle-ci doit pouvoir intervenir rapidement, avant que le conflit ne dégénère au point de devoir être traité par un tribunal. Il ne s'agit donc pas de mettre en place une structure compliquée et coûteuse, mais seulement de désigner une ou plusieurs personnes de confiance, hors hiérarchie, dans ou à l'extérieur de l'entreprise, à qui le personnel puisse s'adresser en toute connaissance de cause*²⁹". Cet arrêt a amené les employeurs à chercher des solutions diverses et a contribué à l'émergence de dispositifs variés de

²¹ Arrêt TF 8C_18/2011 du 7 février 2012, consid. 6.3.

²² ATF 125 III 70, confirmé ultérieurement dans l'ATF 132 III 115 et dans les arrêts TF non publiés 4C.189/2003 du 23 septembre 2003 consid 5.1, 4C.274/2002 du 5 novembre 2002 consid. 2.1, 4C.253/2001 du 18 décembre 2001 consid. 2c et 4C.121/2001 du 16 octobre 2001 consid. 3d/bb.

²³ ATF 125 III 70, consid. 2a.

²⁴ Arrêt du TF 4C.189/2003 du 23 septembre 2003 consid 5.1.

²⁵ ATF 125 III 70, 132 III 115 et arrêt TF 4C.25/2006 du 21 mars 2006 consid. 2.

²⁶ ATF 132 III 115; JdT 2006 I p.152.

²⁷ Arrêt TF 4C.274/2002 du 5 novembre 2002.

²⁸ Arrêts TF 4C.46/2006 du 12 avril 2006 consid. 3.2, 1C_245/2008 du 2 mars 2009 consid. 4.3, 4A_259/2007 du 8 novembre 2007 consid 4.2 et 4A_158/2010 du 22 juin 2010 consid. 3.3.

²⁹ Arrêt TF 2C_462/2011 du 9 mai 2012 (consid. 5.2)

personnes ou groupes de confiance. On relèvera toutefois que cette jurisprudence n'implique pas pour tout employeur l'obligation de recourir à une personne de confiance externe, ce que souligne le SECO. Selon la taille de l'entreprise, un dispositif interne, présentant suffisamment de garanties d'indépendance, pourra suffire. Il n'est pas possible dans le cadre de cette lettre d'information d'entrer dans les détails des dispositifs existants ou préconisés. Une documentation du SECO est à cet égard visible sur leur site internet³⁰. La plupart des employeurs recourent à un dispositif interne ou externe de personnes de confiance, chargées d'entretiens d'écoute et souvent de médiation.

Le Groupe de confiance est la structure qui répond, pour l'administration cantonale et divers établissements publics, à cette obligation de prévoir un dispositif de gestion des conflits. Son intervention est régie par le règlement relatif à la protection de la personnalité à l'Etat de Genève (RPPers – B 5 05.10) qui a prévu des outils informels de résolution de conflits (entretiens, médiations et recommandations) et un outil d'enquête aboutissant à la constatation ou non d'une atteinte à la personnalité (investigation).

30

<https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/gesundheitschutz-am-arbeitsplatz/Psychosoziale-Risiken-am-Arbeitsplatz.html>