

Mémoire de recours

adressé au

Tribunal Fédéral

par

Informatika AG

contre

Susanne M.

Equipe 26

Bibliographie

- BIGLER-EGGENBERGER Margrith, KAUFMANN Claudia, *Commentaire de la loi sur l'égalité*, Lausanne 2000, abrégé Bigler-Eggenberger/ Kaufmann
- BRUNNER Christiane, BÜHLER Jean- Michel, WAEBER Jean-Bernard, BRUCHEZ Christian, *Commentaire du contrat de travail*, 3^e édition, Lausanne 2004, abrégé Brunner/ Bühler/ Waeber/ Bruchez
- CARRON Vincent, « Mobbing et demeure de l'employeur », in *Panorama en droit du travail*, Rémy Wyler (éditeur), Berne 2009, abrégé Vincent Carron
- CARRUZZO Philippe, *Le contrat individuel de travail : Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations*, Zurich 2009, abrégé Carruzzo
- CORBOZ Bernard, WURZBURGER Alain, FERRARI Pierre, FRESARD Jean-Maurice, AUBRY GIRARDIN Florence, *Commentaire de la LTF*, Berne 2009, abrégé Corboz/ Wurzburger/ Ferrari/ Frésard/ Aubry Girardin
- HUMBERT Denis G., *Le mobbing et son importance pour les employés et les employeurs ; aspects juridiques du mobbing*, in TREX 2004, p. 86-89, abrégé TREX 2004
- DONZALLAZ Yves, *Loi sur le Tribunal fédéral*, Berne 2008, abrégé Donzallaz
- DUNAND Jean-Philippe, *Le harcèlement psychologique (mobbing) en droit privé suisse du travail*, in RJN 2006 p.13-45, abrégé RJN 2006
- FAVRE Christian, MUNOZ Charles, TOBLER Rolf A., *Le contrat de travail code annoté*, Lausanne 2001, abrégé Favre/ Munoz/ Tobler
- GILLIOZ François, *Guide pratique du droit du travail pour les entreprises : contrat de travail, obligations du travailleur et de l'employeur, fin des rapports de travail, assurances sociales, main-d'œuvre étrangère*, Zürich 1993, abrégé Gillioz
- LEMPEN Karine, *Prévention et sanction du harcèlement sexuel – Les difficultés liées à la mise en œuvre de mesures au sein des entreprises*, in AJP/PJA 2006, abrégé AJP 2006
- LEMPEN Karine, *Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral, 1^{ère} Cour civile, du 5 février 2007 (4C.289/2006), la responsabilité de l'entreprise pour un climat de travail sexiste*, in ARV 2008, p.115 s., abrégé ARV 2008
- Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations (Du contrat de travail), du 25 août 1967, abrégé FF 1967 II 307-308
- Message concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations, du 9 mai 1984, abrégé FF 1984 II 633

- Message concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité) et l'arrêté fédéral relatif à une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale, du 24 février 1993, abrégé FF 1993 I 1163-1248
- TAPPY Dennis, « *le recours en matière civil* », in *La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral*, Lausanne 2007, abrégé Tappy
- TERCIER Pierre, *Le droit des obligations*, 4^e édition, Genève 2009, abrégé Tercier
- TERCIER Pierre, FAVRE Pascal G., *Les contrats spéciaux*, 4^e édition, Genève 2009, abrégé Tercier/ Favre
- THEVENOZ Luc, WERRO Franz, *Commentaire romand CO I*, Bâle 2003, abrégé CR/CO
- WAEBER Jean-Bernard, *Le mobbing ou harcèlement psychologique au travail, quelle solution ?*, AJP/PJA 1998, p. 792-796, abrégé AJP 1998
- WENNUBST Gabriella, in « *Mobbing, le harcèlement psychologique analysé sur le lieu de travail* », La Chaux-de-Fonds 2007, abrégé Wennubst
- WYLER Rémy, *Droit du travail*, 2^e édition, Berne 2008, abrégé Wyler
- WERRO Fanz, VIRET Marjolaine, *l'Egalité entre femmes et hommes : la responsabilité civile de l'employeur*, in : Astrid Epiney/ Ira von Danckelmann (éditeur), *L'égalité entre femmes et hommes en Suisse et dans l'UE*, Fribourg 2004, abrégé Werro/ Viret

Abréviation

CC : Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS : 210

CO : Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations), RS : 220

FF : Feuille fédérale

JT : Journaux des tribunaux

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

LTF : Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS : 173.110

SJ : Semaine judiciaire

TF : Tribunal fédéral

ZPO : Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976, SR : 271

I. Compétence

1. Selon l'art. 72 al. 1 LTF, le Tribunal fédéral connaît des recours contre les décisions rendues en matière civile. La matière civile prend en compte l'intégralité du droit privé et les matières qui s'y rattachent (Donzallaz, N° 2079 ad art. 72 LTF). Savoir si l'on se trouve en matière civile est une question qui doit être tranchée d'après le droit fédéral, selon les critères habituels, à savoir les critères du fisc, de la subordination, des sujets, des intérêts, et celui du service public (Donzallaz, N° 2079 ad art. 72 LTF). Il convient d'appliquer une pluralité de méthodes pour opérer cette détermination (ATF 128 III 250). Enfin, le contenu du rapport de droit est déterminant, la délimitation devant se faire par rapport à l'objet à juger et non à la procédure suivie (Donzallaz, N. 2080).

2. L'arrêt rendu par l'Obergericht le 15 septembre 2009 est une décision rendue en matière civile. En effet, le litige porte sur la violation d'obligations contractuelles reposant sur un contrat individuel de travail régi par les art. 319 s. CO. Certaines prétentions se fondent également sur des dispositions de la LEg. La voie prévue pour de telles prétentions est celle de l'action civile pour les rapports de travail régis par le CO (Bigler-Eggenberger/ Kaufmann, N° 83 ad art. 5 LEg.). Selon le critère des sujets, sont soumises au droit privé les relations auxquelles seuls des particuliers participent (ATF 128 III 250). C'est le cas en l'espèce. Le second critère qui est déterminant dans le présent litige est celui des intérêts, selon lequel une norme relève du droit public ou du droit privé selon qu'elle tend à sauvegarder ou à promouvoir l'intérêt général ou l'intérêt individuel des particuliers (ATF 128 III 250). A l'évidence, les règles du CO sont des normes de droit privé, qui visent à sauvegarder les intérêts des particuliers. En revanche, la LEg est une loi de droit public. Cependant, elle vise de manière prépondérante à sauvegarder les intérêts des particuliers, des travailleurs victimes de discriminations en l'occurrence. Au vu de ce qui précède, il sied de constater que l'arrêt rendu par l'Obergericht a été rendu en matière civile, et c'est donc le recours en matière civile des art. 72 s. LTF qui constitue la voie pour le contester.

3. L'art. 74 al. 1 lit. a LTF fixe la valeur litigieuse à 15'000 francs pour les litiges en matière de droit du travail. Une affaire pécuniaire relève du droit du travail au sens de la disposition précitée si elle a pour objet un droit ou une obligation entre travailleur et employeur dans une relation de travail (Corboz, N° 24 ad art. 74 LTF).

4. En l'espèce, le litige porte sur des prétentions issues d'un rapport de travail entre la demanderesse, Susanne M, et la recourante, Informatika AG, fondées notamment sur les art. 328 et 336 CO. Partant, il s'agit d'un litige en matière de droit du travail au sens de la disposition précitée, et la valeur litigieuse doit donc être fixée à 15'000 francs.

5. La valeur litigieuse se calcule selon l'art. 51 LTF. A son al. 1, lit. a, cette norme dispose qu'en cas de recours contre une décision finale, elle est déterminée « par les conclusions restées litigieuses devant l'autorité précédente ». Par conclusions, il faut entendre les chefs de conclusions qui étaient encore en cause devant la dernière instance précédant le Tribunal fédéral, peut importe le sort qui a été réservé à ces conclusions par l'autorité précédente et le montant qui reste litigieux devant le Tribunal fédéral (Frésard, N° 18 ad art. 51 LTF).
6. Dans le cadre de la procédure devant l'instance précédente, la recourante concluait au rejet des conclusions de la demanderesse qui s'élevaient à 55'000 francs. C'est cette somme qui doit être prise en compte dans la fixation de la valeur litigieuse. Ce montant étant supérieur au seuil minimal de 15'000 francs posé par l'art. 74 al. 1 lit. a LTF en matière de droit du travail, cette condition est remplie, et le recours est recevable.
7. Le recours au TF est recevable, selon l'art. 90 LTF, contre les décisions finales. Une décision est finale lorsqu'elle met fin à la procédure, c'est-à-dire qu'elle met un point final à la procédure (Donzallaz, N° 3202 ad art. 90).
8. La décision de l'Obergericht tranchant l'action au fond, elle met fin à l'instance, car le tribunal a statué sur un recours contre une décision qui a clos la procédure devant l'instance initiale. Partant, la décision de l'Obergericht est une décision finale au sens de l'art. 90 LTF.
9. Selon l'art. 75 al. 1 LTF, le recours est recevable contre les décisions prises par les autorités cantonales de dernière instance, en ce sens que la recourante doit avoir épuisé toutes les voies de droit ouvertes à lui pour les griefs qu'il entend invoquer devant le TF. (Donzallaz, N° 2325 ad art. 72 LTF).
10. Le §281 ZPO énonce les griefs invocable dans le recours en nullité (violation des droits de procédure, arbitraire, déni de justice, et violation claire du droit matériel). Les griefs invoqués par la recourante ne pouvant être rattachés à cette liste, la décision de l'Obergericht est une décision finale quant à ces griefs, et peut donc faire l'objet d'un recours au TF au sens de l'art. 75 al. 1 LTF.
11. Selon l'art. 76 LTF, a qualité pour former un recours en matière civile quiconque a pris part la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire (art. 76 al. 1 lit. a LTF) et a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de l'arrêt attaqué (art 76 al. 1 lit. b LTF). Est considéré comme ayant pris part à la procédure quiconque à participer à la procédure en présentant des conclusions (Corboz, N° 7 ad art. 76 LTF). L'intérêt à recourir existe si les griefs

présentés par la recourante sont de nature à entraîner en sa faveur une modification de ce qui a été décidé dans le dispositif de l'arrêt attaqué (Corboz, N° 21 ad art. 76 LTF). En outre, la recourante doit avoir un intérêt personnel à recourir (Corboz, N° 22 s. ad art. 76 LTF). L'intérêt doit être également actuel, en ce sens qu'il ne doit pas avoir disparu en raison de fait nouveau (Corboz, N°26 ad art. 76 LTF). Enfin, l'intérêt à recourir du recourant doit être un intérêt juridique, en ce sens que sa position doit être fondée sur des règles de droit destinées à protéger ses intérêts personnels (Corboz, N°30 ad. art. 76 LTF).

12. La recourante a présenté des conclusions devant l'instance précédente et, partant, était partie à cette instance. Elle a un intérêt à la modification ou à l'annulation de la décision rendue par l'Obergericht, car une telle modification ou annulation dans le sens des conclusions du présent recours libérerait la recourante des obligations reconnues par le tribunal envers la demanderesse. Cet intérêt est actuel, aucun fait nouveau n'affectant l'objet du litige et lui enlevant tout intérêt. Il s'agit d'un intérêt juridique, puisque les violations des règles de droit invoquées dans le présent recours lèsent la recourante dans sa situation juridique. Les deux conditions cumulatives de l'art. 76 al. 1 lit. a et b LTF étant remplies, la recourante a qualité pour agir devant le TF.

13. L'art. 100 al. 1 LTF dispose que le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification et l'expédition complète.

14. Remis ce jour à un bureau de poste suisse, par envoi sous pli recommandé à la juridiction compétente, le présent mémoire est déposé en temps utile au sens de l'art. 100 al. 1 LTF.

II. Objet du recours

15. Le présent recours tend à la réforme de l'arrêt rendu par l'Obergericht le 15 septembre 2009 (Art. 107 al. 2 LTF).

III. Moyens de droit

A. Péremption ; art. 10 LEg

16. La recourante conteste les conclusions prises par l'Obergericht en ce qui concerne le rejet de l'exception de péremption de l'art. 10 LEg. Cependant si cette péremption devait être admise par la Cour, la recourante entend démontrer que les conditions à l'application de l'art. 10 LEg ne sont en l'espèce pas remplies.

17. Selon l'art. 10 LEg, « *La résiliation du contrat de travail par l'employeur est annulable lorsqu'elle*

ne repose pas sur un motif justifié et qu'elle fait suite à une réclamation adressée à un supérieur ou à un autre organe compétent au sein de l'entreprise, à l'ouverture d'une procédure de conciliation ou à l'introduction d'une action en justice ». Selon l'al. 2 du même article, cette protection se périmé par six mois dès la fin des démarches effectuées au sein de l'entreprise ou d'une procédure judiciaire. Ce sont les conclusions prises au sujet de la péremption qui sont sujettes à litige. En effet, si la première instance a admis cette péremption, elle a cependant été rejetée par l'Obergericht.

18. Selon la doctrine, il faut considérer que les démarches au sein de l'entreprise sont closes dès que le travailleur se fait notifier un refus clair et précis par l'employeur de donner suite à AG réclamation. (Bigler-Eggenberger/ Kaufmann, N°21 ad art. 10 LEg ; Wyler p. 559), ou, selon le message du Conseil fédéral, « (...) *six mois après que l'employeur a pris position définitivement sur le cas de discrimination invoqué* » (FF 1993 I 1223).
19. En l'espèce, Susanne M. se plaint à Paul Mueller le 15 juin 2008 des agissements de son collègue Beat Z.. Après cette réclamation, Paul Mueller informe immédiatement la direction, qui invite Susanne M. à déposer une plainte pénale, condition *sine quae non* à une action de sa part. A ce moment, soit le 15 juin 2008, la recourante considère avoir pris une décision claire et définitive vis-à-vis de la réclamation de Susanne M.
20. Comme la demanderesse ne dépose pas de plainte pénale et que le conflit entre elle et Beat Z. ne fait que s'envenimer, la recourante se voit dans l'obligation de les licencier tous les deux afin de préserver une bonne ambiance de travail au sein de l'entreprise. Leur congé leur est notifié à la date du 16 septembre 2008, dans le délai légal de l'art. 355a CO (soit de trois mois).
21. Susanne M. , qui conteste ce licenciement, a ouvert une procédure de conciliation en vue de sa réintégration dans le délai de congé de trois mois. Cependant, l'art. 10 LEg exige encore que la demande d'annulation du congé soit entreprise dans la période de protection, qui s'étend durant six mois au-delà de la clôture des démarches. Or la recourante affirme que si la procédure de conciliation a bien été ouverte dans le délai de congé, elle est cependant tardive, puisqu'elle intervient au terme du délai de protection de l'art. 10 LEg. Il y a donc péremption du droit à l'annulation du congé.
22. En effet, le 17 décembre 2008, lorsque Susanne M. ouvre la procédure de conciliation, l'action en annulation de l'art. 10 al. 2 LEg est périmée depuis deux jours, puisque cette protection particulière s'étendait du 15 juin 2008 au 15 décembre 2008.

23. Ces conclusions avaient d'ailleurs été retenues par la première instance, et la recourante ne s'explique pas pourquoi l'Obergericht les a rejetées par la suite. Il demande en conséquence que soient revues les conclusions de l'Obergericht en la matière, et que la péremption de l'action en annulation du congé de l'art. 10 LEg sont reconnues¹.
24. Subsidiairement, la recourante considère que toutes les conditions à l'application de l'art. 10 LEg ne sont pas remplies. En effet, la loi pose deux conditions cumulatives à l'application de cet article : il faut premièrement que l'employé adresse une réclamation à son employeur, et deuxièmement que cette réclamation incite l'employeur à donner son congé à l'employé, sans qu'il n'existe d'autres motifs justifiés (« *congé rétorsion* », art. 10 al. 1 LEg).
25. La recourante considère en l'espèce que le congé donné par Informatika AG se base sur des motifs justifiés. Il est en effet incontestable que la demanderesse se soit acharnée et a fait pression sur la direction de manière intolérable pour que celle-ci procède au licenciement de Beat Z., mesure des plus extrêmes, quand elle-même ne considérait pas nécessaire de collaborer avec la direction qui l'enjoignait simplement de déposer une plainte pénale, afin que les faits soient établis de manière définitive. Cette condition n'apparaît pourtant pas insurmontable pour Susanne M., puisqu'elle déposera peu de temps après une plainte contre Beat Z. Par son comportement, Susanne M. a créé un trouble au sein de l'entreprise, entraînant ainsi une dégradation de la bonne ambiance de travail, valeur importante aux yeux de la recourante. C'est pour y remédier que la recourante s'est vue dans l'obligation de la licencier.
26. Dans ce cas et vu la notion large qu'il faut donner aux motifs justifiés de l'art. 10 LEg (Wyler p. 557 – 558 et Comm. LEg 21), le fait de licencier des perturbateurs afin de préserver ambiance de travail saine au sein de l'entreprise n'apparaît pas comme injustifié. Informatika AG a agi comme un employeur pondéré et raisonnable en procédant au licenciement de la demanderesse. En effet, d'autres solutions pour régler le conflit n'étaient pas praticables, vu le manque de coopération flagrant de celle-ci (Wyler p. 558).
27. Il n'y a donc pas lieu de reconnaître ici un licenciement rétorsion. Au vu de ce qui précède, le licenciement dont il est question s'appuie sur des motifs parfaitement légitimes. L'une des conditions à l'application de l'art. 10 LEg n'étant en l'espèce pas remplie, les prétentions de la demanderesse basées sur cet article s'avèrent irrecevables.

¹ Nous avons choisi les dates du 15 juin et du 17 décembre 2008 arbitrairement dans les délais donnés pour pouvoir faire valoir la péremption. Nous sommes conscient de l'arbitraire de ces dates et de l'influence qu'elles ont dans le cadre de notre résolution.

28. La recourante requiert donc de la Cour qu'elle rejette l'action en annulation du congé.

B. Grief contre la qualification de congé abusif; art. 336ss CO

29. L'art. 336 CO protège l'employé contre un licenciement abusif, c'est-à-dire un licenciement donné sans qu'il n'existe de justes motifs. Cet abus doit être manifeste (Wylér, 2002, p 396), et l'on doit procéder à l'appréciation des preuves « *en fonction d'une grande vraisemblance, la simple vraisemblance ne suffit pas* » (Wylér, p. 533, SJ 1993 p.360). L'alinéa 1 de l'art. 336 CO, qui nous concerne ici, n'est qu'exemplatif (Wylér, pp. 531 et 533 et ATF 132 III 115) et laisse la possibilité d'invoquer l'abus de droit (art. 2 al. CC). Il convient de rappeler ici que le principe régissant le contrat de travail est la liberté de résiliation (art. 335 CO) et, partant, sa limitation fondée sur l'art. 336 CO est une exception (Wylér, p. 531).

30. En l'espèce, la recourante ne considère ni avoir agi arbitrairement, ni se trouver dans l'abus de droit. Il paraît difficilement concevable de demander à une entreprise de garder des employés qui, ayant des difficultés relationnelles portant à conséquences, refusent l'aide ou les solutions proposées par l'entreprise. Ce refus a pour conséquence une baisse notable de la capacité de travail de Susanne M., et engendre une atmosphère pesante au sein de la société. Il ne s'agit pas d'un congé représailles. Cette notion suppose en effet que l'employé qui a revendiqué un droit auprès de son employeur soit licencié pour éviter à ce dernier de devoir accéder à sa demande. Ici, il est clair que ce n'est pas le cas, puisque la recourante a tout de suite agi conformément à son devoir de l'art. 328 CO (*infra* §46), et a tenté de trouver une solution au conflit. Son aide ayant été refusée, la recourante a préféré se séparer des deux cadres fauteurs de troubles afin de ne pas mettre en péril plus longtemps la qualité de vie au sein de la société et sauvegarder la productivité de celle-ci. Cette décision n'est nullement en relation avec un refus de sa part d'accéder à la réclamation de Susanne M., puisqu'elle a tenté de le faire précédemment. De plus, les deux protagonistes ont été licenciés, et non uniquement la plaignante. Il s'agit donc bien ici d'une sanction prise en raison de leurs comportements respectifs, intolérables et pouvant entraîner de lourdes conséquences pour la recourante et ses autres collaborateurs au sein de la société. Il est donc à retenir que le congé a été donné sur la base de motifs objectifs dignes de protection.

31. Le congé a été donné en application des art. 335ss. CO. L'avertissement, celui-ci ayant été sans effet, le congé a été notifié le 16 septembre 2008, pour la fin du mois de décembre 2008. Le délai est donc conforme à l'art. 335c CO.

32. Pour les raisons invoquées ci avant, la recourante demande à la Cour de considérer le congé comme un congé régulier ne tombant pas sous le coup de l'art. 336 CO.

C. Preuve libératoire ; art. 5 al. 3 LEg

33. La recourante estime ne pas devoir payer à Susanne M. une indemnité au sens de l'art. 5 al. 3 LEg, et affirme avoir pris les mesures propres à l'exempter de cette obligation. Au termes de la disposition précitée, « *lorsque la discrimination porte sur un cas de harcèlement sexuel, le tribunal ou l'autorité administrative peuvent (...) condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité, à moins que l'employeur ne 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 ces actes ou y mettre fin* ». Les mesures en question peuvent être la désignation, dans l'entreprise, d'une interlocutrice ou d'un interlocuteur auquel les victimes de harcèlement peuvent s'adresser (Bigler-Eggenberger/ Kaufmann, N° 38 ad art. 5 LEg).
34. En l'espèce, la recourante a mis en place un service de consultation comme le confirme l'état de fait. La complexité et le coût de ce type de mesures soulignent la volonté particulièrement marquée de la recourante de prévenir et de combattre les situations de harcèlement psychologique et sexuel. La demanderesse est allée consulter le dit service à la mi-juin 2008, ce qui démontre qu'elle était au courant de son existence ainsi que de son rôle au sein de l'entreprise. On peut donc en conclure qu'une information a été diffusée auprès des employés sur la marche à suivre en cas de harcèlement sexuel. Le fait que Susanne M. ne soit pas allée dénoncer le comportement de Beat Z. plus tôt ne peut être, au vu de ce qui précède, imputé à la recourante. Au contraire, en ne dénonçant pas le comportement de son collègue plus tôt, la demanderesse a violé le devoir de fidélité que lui impose l'art. 321a CO (*infra* §55). Au vu de ce qui précède, il sied de retenir que la recourante a pris les mesures nécessaires pour prévenir les actes de harcèlement sexuel, au sens de l'art. 5 al. 3 LEg.
35. En ce qui concerne les mesures nécessaires pour mettre fin au harcèlement sexuel, il convient de retenir qu'à l'évidence, elles ont été prises par la recourante. En effet, au vu de l'état de fait, après que la demanderesse ait porté le comportement incriminé à la connaissance de la recourante, elle n'a plus subi aucune atteinte de la part de Beat Z. Si l'on se réfère à la lettre de la loi, l'employeur confronté à un cas de harcèlement sexuel dans son entreprise doit prendre les mesures qui sont appropriées aux circonstances (art. 5 al. 3 LEg). Force est de constater que les mesures prises par la recourante, bien que n'étant pas aussi radicales que celles réclamées par la demanderesse (licenciement de Beat Z.), étaient appropriées aux circonstances, puisqu'une fois le comportement incriminé porté à la connaissance de la direction, les actes de harcèlement ont cessés, de sorte qu'il convient d'admettre que la recourante a pris les mesures nécessaires pour mettre fin aux dits actes.
36. Au vu de ce qui précède, l'allocation à la demanderesse d'une indemnité fondée sur l'art. 5 al. 3 LEg est exclue, et ce grief doit être rejeté.

D. Protection de la personnalité du travailleur, et ; art. 328 CO, art. 321a CO, art. 97 CO, art. 101 CO.

37. La recourante s'est vu condamnée par l'Obergericht au paiement d'une indemnité pour tort moral venant s'ajouter à une indemnisation pour renonciation du poste au bénéfice de la partie adverse, Susanne M. Or, elle rejette les conclusions prises par de l'Obergericht concernant l'existence d'un tort moral. Si cela devait être cependant admis par la Cour, la recourante demande le rejet de toute indemnité à son encontre, ou tout au moins une réduction conséquente de celle-ci pour faute concomitante de la partie adverse au sens de l'art. 44 CO.
38. Selon l'art. 5 al. 3 LEg, en cas de harcèlement sexuel, l'employeur peut être condamné à verser au travailleur une indemnité. Dans le cas d'espèce, l'Obergericht a effectivement estimé qu'une telle indemnité devait être offerte à Susanne M. pour l'atteinte subie. Elle s'est en outre appuyée sur l'art. 5 al. 5 LEg pour justifier une indemnité supplémentaire pour tort moral. En effet, cet article stipule que « *sont réservés les droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, de même que les prétentions découlant de dispositions contractuelles plus favorables aux travailleurs* ».
39. Cet article divise cependant la doctrine et la jurisprudence, celui-ci n'étant pas d'une grande clarté. Si pour une partie de la doctrine l'indemnité due sur l'art. 5 al. 3 LEg est de caractère essentiellement punitif, n'ayant pas pour fonction directe de réparer le préjudice subi par la victime du harcèlement sexuel, il semble justifié d'allouer en sus de cette indemnité une réparation pour tort moral, comme le prescrit l'art. 5 al. 5 LEg (RSJ 2000, pp. 106-107 / Werro/ Viret, p. 108). Cependant, un autre courant de doctrine écarte la possibilité d'un cumul entre l'indemnité pour tort moral et celle pour harcèlement sexuel, dans la mesure où celle-ci vise aussi la réparation du tort moral. L'indemnité pour harcèlement sexuel serait une « *indemnité pour tort moral particulière* » (Brunner/ Bühler/ Waeber/ Bruchez, N° 16 ad art. 328 CO ; CR/CO, N° 8 ad art. 328 CO). Ce courant de doctrine se base sur l'ATF 126 III 395 qui a décrété que « *dans la mesure où la LEg constitue une loi spéciale par rapport aux dispositions du Code des obligations et où la réparation du préjudice est prévue dans les deux lois, le travailleur n'aura droit qu'à une seule indemnité pour la même atteinte* » (consid. 7b/aa).
40. Le Tribunal fédéral a finalement rendu un arrêt en 2007 qui préconise de retenir comme critères pour la prise en compte d'une indemnité pour tort moral la gravité des actes de harcèlement et la souffrance engendrée pour la victime (arrêt du TF 4C.289/2006 du 5 février 2007, consid. 5.2). Dans le cas en question, il s'agissait d'une femme étant périodiquement harcelée par un collègue de travail, qui l'importunait en lui envoyant des images à caractère pornographique sur son ordinateur, en lui faisant des remarques déplacées et finalement en la giflant devant ses collègues. Dans cette

affaire, la Cour a décrété qu' « *en l'espèce, l'indemnité allouée en application de l'art. 5 al.3 LEg suffisait à réparer l'atteinte à la personnalité de la demanderesse causée par le harcèlement sexuel et l'on n'a pas vu ce qui justifierait l'allocation d'une indemnité pour tort moral, les éléments mis en exergue par la demanderesse ayant d'ores et déjà été pris en considération dans la fixation de l'indemnité susmentionnée* » (consid. 4.2).

41. Or la gravité des actes de harcèlement sexuel subi par la demanderesse semble du même ordre que ceux dont a été victime la femme de l'arrêt cité plus haut, et en se basant sur cette jurisprudence, il ne paraît pas admissible au recourant d'accorder une indemnité supplémentaire pour tort moral à la demanderesse. Nous demandons donc à la Cour de renoncer à l'application de l'art. 5 al. 5 LEg, faute d'une atteinte suffisamment grave qui justifierait une double indemnité.
42. Toutefois si la Cour décide de suivre les conclusions de l'Obergericht, cela malgré nos arguments, et décide que l'art. 5 al. 5 LEg doit être pris en considération, ouvrant ainsi la voie à une revendication en dommages-intérêts et tort moral pour violation du contrat de travail, nous la prions de prendre en compte les arguments suivants.
43. La demanderesse reproche au recourant la violation de l'art. 328 CO, entraînant de ce fait une mauvaise exécution du contrat de travail au sens de 97 CO, engageant la responsabilité de ce dernier. En substance, l'art. 328 CO stipule que « *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* (al. 1). *Il 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* (al. 2) ». Il est en l'espèce reproché au recourant de ne pas avoir pris les mesures nécessaires à prévenir l'atteinte ou tout au moins à la faire cesser, contrevenant ainsi à l'alinéa 2 de l'art. 328 CO. La recourante rejette cette accusation, car selon elle, une telle omission ne peut lui être reprochée en l'espèce.
44. En effet, comme nous l'avons déjà dit précédemment, l'entreprise a pris d'une part des mesures de préventions en la forme d'un service de consultation ouvert à tous les employés se sentant harcelés d'une quelconque manière, service que la demanderesse a par ailleurs consulté. Elle a de plus agi rapidement dans le but de faire cesser l'atteinte dès que les faits ont été portés à sa connaissance, soit mi juin, en convoquant Beat M. dans les deux semaines pour lui exposer les accusations. Le recourant a de plus convoqué les deux parties afin de tenter une médiation entre eux, mais la

demanderesse ne s'y est jamais présentée.

45. Il faut noter en outre que la preuve d'un harcèlement ne pouvant être formellement donnée – les présumés agissements ayant eu cours dans un ascenseur, sans témoins – la direction a demandé, à juste titre, qu'une plainte pénale soit déposée, afin d'établir définitivement les faits, sur lesquels se baser pour agir plus efficacement et surtout sans erreur de jugement. Des tentatives de règlement du conflit ont été entreprises par le recourant, mais les intéressés se montrant très peu collaborants, le non-aboutissement de celles-ci ne peuvent être imputables à l'entreprise. On ne pouvait dès lors pas exiger du recourant de prendre une mesure aussi forte que le licenciement du présumé auteur de harcèlement, si la demanderesse elle-même se refusait à agir de son côté en portant plainte, empêchant ainsi que les faits soient établis.
46. En conclusion, nous estimons que le recourant a pris toutes les mesures que l'on pouvait équitablement attendre de lui. On ne peut ainsi pas lui imputer une violation de l'art. 328 CO.
47. Il a été tenté d'imputer à la recourante une responsabilité causale pour le fait de son auxiliaire, Beat Z. Or elle réfute toute responsabilité basée sur l'art. 101 CO, cette norme apparaissant ici comme injustifiée et inéquitable.
48. L'art. 101 CO instaure une responsabilité pour le fait d'autrui. En effet, « *celui qui recourt à des tiers pour s'acquitter d'une obligation (contractuelle ou légale) doit répondre de leur comportement comme s'il s'agissait du sien propre* » (CR/CO, ad N° 1 art. 101 CO).
49. Les conditions d'application de l'art. 101 CO sont les suivantes : il faut qu'un auxiliaire du débiteur (a) cause un dommage (b) dans l'exécution de la tâche confiée (c). Le dommage n'est pas contesté par la recourante, Susanne M. ayant effectivement subi un dommage de par les agissements de Beat Z.
50. En revanche, elle conteste que Beat Z soit son auxiliaire dans l'exécution du contrat de travail qui la lie à Susanne M., en particulier dans l'exécution de l'art. 328 CO. Ainsi, elle considère que les agissements de Beat Z. n'ont pas été accomplis dans l'exécution d'une tâche que lui aurait confiée la recourante. En effet il était employé à la direction d'un service, service auquel n'appartenait pas Susanne M. Elle était en outre d'un niveau hiérarchique équivalent, ce qui exclut tout devoir de protection de l'un vis-à-vis de l'autre. Dans ce cas précis, il n'y a donc aucune délégation faite à Beat Z du devoir de protection inhérent à la personnalité au sens de l'art. 328 CO. La protection de la personnalité des employés est donc l'unique responsabilité de la recourante, responsabilité directe qui a déjà été écartée plus haut (*supra* §47). Le fait que M. Z. ait harcelé sexuellement

Madame M n'est donc en rien une mauvaise exécution du contrat de travail que l'on pourrait imputer à la recourante.

51. Au vu de ce qui précède, on demande à la Cour de ne pas reconnaître la recourante responsable des actes délictueux de Beat Z sur la base de l'art. 101 CO.
52. Subsidiairement, si la Cour venait cependant à considérer que Beat Z. comme l'auxiliaire de la recourante, cette dernière réfute l'application de l'article 101 CO. Cet article instaure une « responsabilité quasi causale » de l'employeur, ce dernier répondant du comportement de son auxiliaire comme s'il s'agissait du sien. La seule preuve libératoire envisageable pour l'employeur est de démontrer que, s'il avait agi de la même manière que son auxiliaire, on ne pourrait pas lui imputer de faute. Autrement dit, il s'agit d'une très petite porte de sortie. Une telle application de l'art. 101 CO paraît extrêmement sévère et totalement inéquitable, d'autant plus que la recourante a prouvé plus haut qu'elle avait pris toutes les mesures requises par 328 CO (*supra* §47ss). Pour rétablir l'équité, la recourante demande à ce que, dans le cas présent, l'art 101 CO bénéficie des preuves libératoires de l'art 55 CO, comme le préconise un certain nombre de doctrines (RJN 2006 p. 31). Il faudra donc apprécier la diligence de la recourante lors du choix (*cura in eligendo*), de l'instruction (*cura in instruendo*) et de la surveillance (*cura in eligendo*) de son employé Beat Z. La recourante soutient qu'en l'espèce ces trois *curiae* sont réalisées. Beat Z. était un homme apprécié dans l'entreprise et efficace dans son travail, ses responsabilités comme chef d'équipe étaient tout à fait établies. Une surveillance adéquate a été effectuée, mais rien ne permettait de déceler plus tôt chez Beat Z. un comportement tel que celui dont il s'est rendu coupable.
53. Pour ces raisons, la recourante demande à la Cour de la libérer de sa responsabilité fondée sur l'art. 101 CO, les preuves libératoires de 55 CO ayant pu être apportées en l'espèce.
54. Le recourant tient en outre à attirer l'attention de la Cour sur le comportement de la demanderesse en ce qui concerne le manque de diligence flagrant dont elle a fait preuve en ne dénonçant les actes répréhensibles de Beat M. que bien après leur perpétration – neuf mois se sont écoulés entre les premières tentatives de déstabilisation et le moment où elle signale pour la première fois les actes à la direction. Nous demandons que cela soit pris en considération par la Cour dans l'étude de la responsabilité du recourant dans cette malheureuse affaire.
55. En effet, l'employé qui subit un harcèlement sexuel doit informer son entreprise des faits, il s'agit du devoir d'information inhérent à son contrat de travail. Ce principe découle de l'art. 321a CO qui oblige le travailleur à sauvegarder les intérêts légitimes de son employeur : « *le salarié ne doit pas violer son obligation de sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de son employeur (...) car, si*

tel est le cas, il viole une obligation contractuelle » (SJ 2007 p.56). Le travailleur doit faire tout ce qui est possible pour ne pas nuire à son employeur, telle est la portée que le législateur a voulu donner à cette norme si on se rapporte au message : *« cette prescription fait nettement ressortir que le contrat de travail ne se limite pas à un échange de prestations patrimoniales, mais établit également des relations personnelles entre les parties. Le devoir de fidélité du travailleur consiste à mettre toutes ses forces au service des intérêts légitimes de son employeur et à renoncer à tout ce qui pourrait leur nuire (...) Sous un angle positif, ce devoir exige du travailleur qu'il se consacre entièrement à l'exécution de sa tâche et signale à ses supérieurs les perturbations que pourrait subir l'exécution du travail (...) »* (FF 1967 II 307-308). En n'informant pas à temps son employeur, Susanne M. viole son devoir de fidélité et porte atteinte aux intérêts du recourant. En effet son manque de diligence crée un préjudice à son employeur portant atteinte à sa réputation d'entreprise sérieuse, respectueuse du droit, entretenant de bonnes relations avec ses employés.

56. Ce devoir d'information et aussi repris par la doctrine : lorsque l'on peut supposer que l'employeur n'a pas connaissance des faits, le travailleur victime d'une telle atteinte doit en avertir son employeur, pour que celui-ci puisse prendre des mesures adéquates (Carruzzo, N° 10 ad art. 328 CO et Vincent Carron, p. 124). Il paraît contraire à la bonne foi (art. 2CC) que l'employé qui n'informe pas son employeur des actes discriminatoires puisse ensuite lui demander une indemnisation pour avoir omis de prendre des mesures. Le travailleur doit en raison de son devoir de fidélité, de diligence et de bonne foi informer l'employeur de manière à limiter tout dommage ou toute aggravation de celui-ci, qui pourrait ensuite être porté à la charge de l'employeur.
57. Le défaut d'information peut être considéré comme une faute concomitante grave et dans ces circonstances, il est justifié de rejeter une action en indemnité pour tort moral (Vincent Carron p. 125). Nous rappelons que l'art. 44 CO va dans ce sens en prévoyant que le juge peut ne pas allouer d'indemnité lorsque le créancier a, par ses actes, contribué au dommage ou à l'aggravation de celui-ci : *« le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur. »*
58. Dans le cas d'espèce, Susanne M. subit des actes discriminatoires divers dès septembre 2007. Elle attend cependant le 15 juin 2008 pour s'en plaindre pour la première fois à Paul Mueller, chef du personnel, soit neuf mois plus tard. Durant cette période, elle tait les agissements de Beat Z., en particulier l'épisode de l'ascenseur. En outre face aux interrogations de ses collègues concernant les remarques désobligeantes proférées en public par M. Z., elle en minimise les effets sur son état psychique. Personne ne pouvait donc avoir conscience des souffrances subies par la demanderesse, encore moins son employeur, n'étant pas en confrontation directe au quotidien avec ses employés.

Pour cette raison, lorsque Susanne M. se trouve en incapacité de travail, l'entreprise conclut logiquement à un *burnout*.

59. Lorsque la demanderesse signale enfin les actes dont elle a été victime, Infomatika SA ne peut que constater les dégâts. Les derniers actes répréhensibles ont en effet cessé trois mois plus tôt.
60. Par son manquement à son devoir d'information et de fidélité (*supra* §59), Susanne M. a clairement contribué à la création de son dommage et à l'aggravation de celui-ci. En effet, si Susanne M. s'était plainte à Paul Mueller ou à la direction dès les premiers agissements de Beat Z., le recourant aurait pu mettre immédiatement en place un dispositif efficace afin de faire cesser les atteintes au plus vite, avant que les événements ne prennent une telle ampleur.
61. Pour cette raison et selon l'art. 44 CO et 2 CC nous demandons que l'action en réparation du tort moral de la demanderesse soit rejetée, pour violation de l'art. 321a CO.
62. En conclusion nous demandons qu'aucune indemnité pour tort moral ne soit allouée à la demanderesse, ou tout au moins qu'elle soit considérablement réduite, vu les conclusions prise plus haut.

E. Maintient du certificat de travail ; art. 330a CO

63. La recourante estime ne pas avoir à délivrer un nouveau certificat de travail comme le réclame la demanderesse. L'art. 330a CO donne le droit au travailleur de demander en tout temps à l'employeur un certificat de travail, à savoir un document, signé par l'employeur, qui comporte un certain nombre d'informations sur le travailleur, portant notamment, selon les termes de la disposition précitée, sur « la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité de son travail et de sa conduite » (Tercier/ Favre, p. 535, § 3599). Le certificat doit être exact et conforme à la réalité, ainsi que complet, c'est-à-dire qu'il doit s'exprimer sur tous les points visés par l'art. 330a CO (ATF 4A.455/2007). Ce principe d'exactitude impose à l'employeur de faire état aussi bien des aspects positifs que des aspects négatifs pertinents et fondés (Carruzzo, N° 9 ad art. 330a CO). Si le travailleur estime que le certificat de travail qui lui est remis n'est pas le reflet de la réalité, il peut agir en rectification sur la base de l'art. 330a CO (Carruzzo, N° 12 ad art. 330a CO). Cependant, avant d'agir en justice, le travailleur doit avoir d'abord offert à l'employeur la possibilité de modifier le certificat, en lui proposant notamment une version de remplacement. Ce n'est que dans le cas où l'employeur ne réagit pas ou refuse la rectification proposée que le travailleur pourra saisir les tribunaux (Carruzzo, N° 12 ad art. 330a CO / ATF 4A.117/2007).
64. En l'espèce, la Susanne M. n'a pas offert à la recourante la possibilité de modifier le certificat

qu'elle lui avait remis, et ne lui a notamment pas proposé une version de remplacement. Il en découle qu'une des conditions d'exercice de l'action en rectification du certificat de travail de l'art. 330a CO n'est pas remplie, et il convient donc de rejeter purement et simplement cette conclusion. L'on notera également que, l'action en délivrance d'un certificat de travail étant soumise à la prescription décennale de l'art. 127 CO (Tercier/ Favre, p. 536, §3607), le rejet de cette prétention ne mettra pas en péril outre mesure les droits de la demanderesse, celle-ci ayant tout le loisir de faire les démarches propres à laisser à la recourante la possibilité de rectifier le certificat, et, le cas échéant, d'agir en justice par la suite.

65. Si toutefois la Cour décide d'entrer en matière sur la prétention visant à la rectification du certificat de travail, il sied de retenir que la recourante a rempli les obligations qui lui incombent en vertu de l'art. 330a CO. En particulier, le principe d'exactitude a été respecté. La recourante a en effet fait état des qualités de la demanderesse en citant les bons résultats qu'elle a produits, et la conscience avec laquelle elle a accompli ses tâches. Il est également du devoir de l'employeur de faire état des aspects négatifs qui sont apparus durant le contrat, sous peine notamment d'engager sa responsabilité civile à l'égard d'employeurs futurs qui auraient subi un dommage du fait de l'omission de signaler ces aspects (Carruzzo, N°9 ad art. 330a CO). C'est pourquoi la recourante a inclus une phrase qui fait référence à des réclamations élevées contre la demanderesse durant le contrat. Il s'agit d'une remarque pertinente et fondée, qui doit figurer dans le certificat de travail délivré à la demanderesse, comme rappelé ci-dessus. Partant, il convient de rejeter la conclusion de la demanderesse en rectification du certificat de travail.

F. Frais d'avocat

66. La recourante demande à la Cour de revoir la répartition des frais établis par les instances inférieures selon son pouvoir d'examen (art. 67 LTF). En fonction des conclusions auxquelles elle sera parvenue, et s'il s'avère que la recourante obtient gain de cause, elle requiert que l'entier des frais soit mis à la charge de la partie adverse.

IV. Conclusions

67. Fondé sur ce qui précède, la recourante, la société Informatika AG, a l'honneur de conclure à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral, avec suite de frais et dépens :

68. Principalement

- I. Admettre le recours.
- II. Réformer les ch. 1 et 2 du dispositif du jugement rendu par l'Obergericht zurichois le 15 septembre 2009 et dire en conséquence que la demande de Madame Susanne M. est rejetée.

- III. Réformer le ch. 4 du dispositif du jugement rendu par l'Obergericht zurichois le 15 septembre 2009 et dire en conséquence que Mme Susanne M. doit rembourser à la société Informatika AG l'entier de ses frais d'avocats.

69. Subsidiatement

- I. Admettre le recours.
- II. Réformer les ch. 1 et 2 du dispositif du jugement rendu par l'Obergericht zurichois le 15 septembre 2009 et dire en conséquence que la société Informatika AG ne doit verser qu'une indemnité réduite à Madame Susanne M.

Pour Informatika SA, son mandataire

Equipe 26