

**Equipe N°8**

**Dietikon, le 1<sup>er</sup> novembre 2009**

**Tribunal fédéral  
1<sup>ère</sup> Cour civile  
29, Av. du Tribunal fédéral  
1000 Lausanne 14**

**REPONSE AU RECOURS EN MATIERE DE DROIT CIVIL**

De

**Informatika AG**, 8952 Dietikon (ZH)

Défendue par Equipe n° 8, Müllerstrasse 12, 8952 Dietikon

**Intimée**

Contre

**Susanne M.**, 8952 Dietikon (ZH)

Défendue par X & Co, Bahnhofstrasse 10, 8952 Dietikon

**Recourante**

**Concernant**

**Créance**

## **TABLE DES MATIERES**

<b>TABLE DES MATIERES.....</b>	<b>I</b>
<b>TABLE DES ABREVIATION .....</b>	<b>III</b>
<b>TABLE DES ARRETS.....</b>	<b>IV</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>V</b>
A. CONCLUSIONS .....	1
B. RECEVABILITE .....	1
C. EN FAIT .....	2
D. EN DROIT .....	3
<i>I. Contrat de travail.....</i>	<i>3</i>
<i>II. Indemnité pour renonciation du poste.....</i>	<i>3</i>
1. Pas de droit à une indemnité basée sur l’art. 10 LEg .....	3
1.1. Harcèlement sexuel .....	4
1.2. Absence de rapport de causalité entre la réclamation et le licenciement .....	4
1.3. Motif justifié de résiliation .....	5
1.3.1. Comportement fautif de la recourante intervenant avant la réclamation.....	5
1.3.2. Comportement fautif suite à la réclamation .....	6
1.4. En conclusion .....	7
2. La validité du congé .....	7
2.1. Le congé en général .....	7
2.1.1. Principe de la liberté de résiliation.....	7
2.1.2. Délai de résiliation.....	7
2.1.3. En conclusion .....	8
2.2. Non applicabilité de l’art. 336 CO .....	8
2.2.1. En conclusion .....	9
3. Montant de l’indemnité.....	9
<i>III. Absence de violation des obligations découlant de l’art. 328 CO .....</i>	<i>10</i>
1. Mesures prises par l’employeur pour éviter d’éventuels harcèlements sexuels .....	10
2. Obligations à la suite d’un cas de harcèlement .....	11
3. L’employeur a pris des mesures adéquates pour éviter toute situation de mobbing .....	14
3.1. Définition du mobbing .....	14
4. Absence de pression psychologique exercée par l’intimée sur la recourante .....	15
<i>IV. Réparation du tort moral sur la base de l’art. 49 CO .....</i>	<i>16</i>
1. Pas de violation de l’art. 328 CO justifiant une réparation du tort moral.....	16
1.1. Absence d’atteinte illicite à la personnalité .....	16
1.2. Absence de faute commise par l’employeur.....	16
2. Pas de responsabilité de l’employeur en vertu de 101 CO .....	17
3. Pas de cumul de l’indemnité basée sur l’art. 336a CO avec la réparation du tort moral.....	17
4. En conclusion .....	18

<i>V. Prétention sur la base de l'art. 5 al. 3 LEg</i> .....	18
1. Pas de droit à l'indemnité de l'art. 5 al. 3 LEg.....	18
1.1. Preuve libératoire .....	18
1.2. En conclusion .....	19
<i>VI. Indemnisation des heures supplémentaires</i> .....	19
1. Heures supplémentaires .....	19
2. Délai de péremption .....	19
3. En conclusion .....	20

## TABLE DES ABREVIATION

Al.	Alinéa
Art.	Article
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral de Lausanne
BFEG	Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907
CO	Code des obligations suisse du 30 mars 1911
FF	Feuille fédérale
Frs.	Francs suisses
Ibidem	Au même endroit
Idem	Le même
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995
Lit.	Lettre
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005
N	numéro
s	suivant
TF	Tribunal fédéral de Lausanne
ZH	Zürich

## TABLE DES ARRETS

### **Recueil officiel des arrêts du TF**

ATF 85 II 267

ATF 121 III 64

ATF 130 III 353

ATF 92 II 15

ATF 125 III 70

ATF 131 III 535

ATF 119 II 157

ATF 126 III 395

ATF 132 III 115

### **Arrêts non publiés**

Arrêt du TF du 8 janvier 2003, 4C.342/2002

Arrêt du TF du 9 juillet 2007, 4A\_128/2007

Arrêt du TF du 6 octobre 2008, 4A\_325/2008

Arrêt du TF du 17 octobre 2005, 4C.24/2005

Arrêt du TF du 22 mai 2006, 4C.60/2006

Arrêt du TF du 22 janvier 2008, 4C.74/2007

Arrêt du TF du 26 août 2003, 4C.151/2003

Arrêt du TF du 13 octobre 2004, 4C.343/2003

Arrêt du TF du 10 février 2004, 2P.19/2004

Tribunal cantonal de Neuchâtel, jugement du 28.01.1991, dans : JAR 1992 p. 236

<http://www.leg.ch/jugements.php>:

VD/08

GE/02

GE/15

## **BIBLIOGRAPHIE**

AUBERT GABRIEL, Commentaire des art. 319 à 362 CO, in : THÉVENOZ LUC/ WERRO FRANZ (Eds.), Commentaire Romand, Code des obligations I, 1<sup>ère</sup> édition, Bâle 2003.

BARONE ANNE-MARIE, Commentaire de l'art. 10 LEg, in: BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH/ KAUFMANN CLAUDIA (Eds.), Commentaire de la loi sur l'égalité, 1<sup>ère</sup> édition, Lausanne 2000.

BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, Commentaire de l'art. 5 LEg, in: BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH/ KAUFMANN CLAUDIA (Eds.), Commentaire de la loi sur l'égalité, 1<sup>ère</sup> édition, Lausanne 2000.

CARUZZO PHILIPPE, Le contrat individuel de travail : Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, 1<sup>ère</sup> édition, Zurich 2009.

CORBOZ BERNARD, Commentaire des art. 72 à 77 LTF, in: CORBOZ BERNARD/ WURZBURGER ALAIN/ FERRARI PIERRE/ FRÉSARD JEAN-MAURICE/ AUBRY GIRADINE FLORENCE (Eds.), Commentaire de la LTF, 1<sup>ère</sup> édition, Berne 2009.

DUCRET VÉRONIQUE, Sexuelle Belästigung – was tun?, Ein Leitfaden für Betriebe, 1<sup>ère</sup> édition, Zurich 2004.

DUNAND JEAN-PHILIPPE, Liberté de licenciement en droit suisse : la règle devient-elle l'exception ?, in : Revue de l'avocat, 9, Bâle 2006.

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8<sup>e</sup> édition, Zurich 2003.

HIRIGOYEN MARIE-FRANCE, Harcèlement et conflits de travail, in: AUBERT GABRIEL/ GUINCHARD JEAN-MARC/ PICCOT MARCEL (Eds.), Harcèlement au travail, 1<sup>ère</sup> édition, Genève 2002.

HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4<sup>e</sup> édition, Zurich 2004.

LEMPEN KARINE, Prévention et sanction du harcèlement sexuel : les difficultés liées à la mise en oeuvre de mesures au sein des entreprises, dans : AJP, 11, Lachen 2006. (cit. LEMPEN AJP 2006)

LEMPEN KARINE, Loi sur l'égalité : responsabilité de l'employeur en cas de harcèlement sexuel (art. 4 et 5 LEg), in : AJP, 11, Lachen 2001 (cit. LEMPEN AJP 2001).

NEERACHER CHRISTOPH, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, 1<sup>ère</sup> édition, Berne 2001.

PACHOUD SOPHIE, Le harcèlement sexuel, in : Questions de droit, 42, Lausanne 2006.

PÄRLI KURT, Der Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, in: Droit du travail, Zurich 2005.

REHBINDER MANFRED/PORTMANN WOLFGANG, Kommentar zu Art. 319 – 362 OR, in : HONSELL HEINRICH/ VOGT NEDIM PETER/ WIEGAND WOLFGANG (Eds.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 3<sup>e</sup> édition, Bâle 2003.

RIEMER-KAFKA GABRIELA/ UEBERSCHLAG JAKOB, Kommentar zu Art. 10 GIG, in : KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (Eds.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2009.

STAUB CATHERINE, La responsabilité de l'employeur pour les actes de ses employés, in: Questions de droit, 27, Lausanne 2004.

WAEBER JEAN-BERNARD, La protection de la personnalité dans les rapports de travail, in: AUBERT GABRIEL/ GUINCHARD JEAN-MARC/ PICCOT MARCEL (Eds.), Harcèlement au travail, 1<sup>ère</sup> édition, Genève 2002.

WYLER RÉMY, Droit du travail, 2<sup>e</sup> édition, Berne 2008.

<http://www.ebg.admin.ch/themen/00008/00074/00084/index.html?lang=fr>, procédure.

<http://www.ebg.admin.ch/themen/00008/00074/00084/index.html?lang=fr>.

## A. CONCLUSIONS

Il est indispensable de relever que l'argumentation qui suit se base essentiellement sur le mémoire de recours interjeté par l'intimée elle-même. Dans son mémoire l'intimée conclut à l'annulation du jugement de l'Obergericht et au rejet de toutes les prétentions de la recourante. Etant donné l'interdiction dans une réponse d'émettre des conclusions modifiant en sa faveur le jugement de l'autorité précédente, l'intimée conclut au rejet des prétentions émises par la recourante et à la confirmation du jugement de l'Obergericht.

Ainsi, plaise à la Cour de :

- I. Confirmer le jugement attaqué par la recourante, rendu en date du 15 septembre 2009 par l'Obergericht de Zürich.
- II. Rejeter le recours dans la mesure où il est recevable et, par là, toutes prétentions supplémentaires de la recourante.
- III. La confirmation de la gratuité de la procédure devant les instances antérieures en vertu de l'art. 343 al. 3 CO en relation avec l'art. 12 al. 2 LEg, ainsi que la mise à charge de la recourante des frais de la procédure de recours devant le TF, prévus à l'art. 65 al. 4 lit. b LTF.
- IV. La condamnation de l'intimée au paiement de la totalité des frais d'avocat de recours devant le TF.

## B. RECEVABILITE

La recevabilité du présent recours n'est en aucun point contestée par l'intimée. En effet, le recours remplit toutes les conditions de recevabilité.

- Compétence de la cour  
Comme le jugement attaqué est une décision finale (art. 90 LTF) rendue en matière civile, le TF est l'autorité compétente en matière de recours (art. 72 al.1 LTF).
- Valeur litigieuse  
Les prétentions de la recourante lors de la dernière instance s'élevant à Frs. 55'000.- (art. 51 al. 1 LTF), la valeur litigieuse requise pour l'ouverture de la voie de recours en matière civile est atteinte (art. 74 al. 1 lit. a LTF).
- Autorité précédente  
L'autorité qui a pris la décision attaquée est intervenue comme autorité cantonale de dernière instance. Si le justiciable veut soulever des griefs relevant de la compétence de la cour de cassation, il ne peut pas faire directement recours au TF faute d'épuisement des instances cantonales.<sup>1</sup> En l'espèce, les griefs évoqués ne sont pas de la compétence de la cour de cassation et le recours devant le TF est donc recevable (art. 75 al. 1 LTF).
- Qualité pour recourir

---

<sup>1</sup> CORBOZ, Art. 100 N 31.

La recourante a pris part à la procédure devant l'autorité précédente. Etant destinataire principale de la décision attaquée, elle a un intérêt juridique à sa modification. La recourante a donc qualité pour recourir (art. 76 al. 1 lit. a et b LTF).

- Capacité pour recourir

En tant que société anonyme, l'intimée est une personne morale au sens des art. 620 ss CO. Aux termes de l'art. 643 al. 1 CO, cette dernière acquiert la personnalité de par son inscription au registre du commerce. Par conséquent, l'intimée a l'exercice des droits civils et a donc la capacité pour ester en justice.

- Délai pour répondre

Le Message du Conseil fédéral<sup>2</sup>, suivi par le TF, suggère un délai de 30 jours pour répondre. Déposée à ce jour, la réponse respecte le délai de 30 jours.

Remplissant toutes les conditions de recevabilité, le recours est recevable.

### C. EN FAIT

Conformément à l'art. 105 al. 1 LTF, le TF est lié par les faits établis par l'instance antérieure et ne peut pas les revoir librement. Les faits présentés par la recourante ne sont pas contestés dans la mesure où il s'agit des faits retenus par l'Obergericht de Zürich.

1. Susanne M., employée au sein d'Informatika AG depuis 2001, a été licenciée en date du 16 septembre 2008. Ce licenciement fait suite à des faits qui se sont produits de septembre 2007 à septembre 2008.

En concours avec Beat Z. pour un poste dans la direction de l'entreprise, Susanne M. a été victime de gestes et remarques déplacés de la part de ce dernier dans le but de la déstabiliser. Ces événements ont eu forte incidence sur le travail de la recourante. Bien que volontaire et assidue dans son travail, elle est devenue si distraite et paraissait si occupée que la direction en est même venue à douter de ses compétences quant au poste à pourvoir.

En date du 15 mars 2008, dans l'ascenseur, Beat Z. a violemment empoigné Susanne M. entre les jambes et l'a menacée de l'« achever » si elle se mettait au travers de sa route : « Si vous couchez avec moi, tout sera différent ». A la suite de cet incident, Susanne M. fut déclarée en complète incapacité de travail durant six semaines. En mai 2008 elle revint travailler mais avec une capacité partielle de travail seulement (mai et juin : 30%). Elle était alors régulièrement suivie par un psychothérapeute.

Ce n'est qu'à la mi-juin 2008 qu'elle signala, lors d'un entretien avec Paul Müller, directeur du personnel, l'incident de l'ascenseur survenu trois mois plus tôt. Ce dernier en avisa la direction et Gerd Peters, l'un de ses membres, invita Susanne M. à porter plainte pénale, faute de quoi il ne pourrait rien entreprendre contre Beat Z. S'en suivit une nouvelle incapacité totale de travail de Susanne M. Cette dernière dénonça le comportement de Beat Z. au service de consultation et exigea de l'entreprise qu'elle prenne des mesures. Elle retrouva son travail en date du 25 juin 2008.

---

<sup>2</sup> FF 2001, 4139.

Le 30 juin 2008, Beat Z. fut convoqué par Gerd Peters qui lui exposa les accusations, mais ce dernier nia le tout en accusant Susanne M. de l'avoir importuné. A la mi-juillet 2008, la direction tenta d'organiser une discussion entre Beat Z. et Susanne M., laquelle la déclina en raison de son état de santé. Susanne M. exigea le licenciement pour justes motifs de Beat Z. avant son retour de vacances. Gerd Peters annonça à Susanne M. que si plainte pénale était déposée, Beat Z. serait licencié, mais que dans le cas contraire, tous deux seraient licenciés. Aucune plainte pénale ne fut déposée et Susanne M. comme Beat Z. firent tous deux pression sur la direction pour le licenciement de l'autre.

En date du 16 septembre 2008, Susanne M. et Beat Z. reçurent leur congé pour la fin du mois de décembre 2008, libérés de leur obligation de travailler. Cette mesure, dont l'éventualité avait été annoncée au milieu du mois de juillet 2008 en cas non collaboration de la recourante dans l'affaire l'opposant à Beat Z., avait pour but de préserver une bonne ambiance de travail.

2. Dans le délai de congé, Susanne M. a intenté une action contre Informatika AG en vue d'une conciliation pour une réintégration, subsidiairement pour une renonciation du poste moyennant une indemnisation et une indemnité pour tort moral de Frs. 55'000.- ainsi qu'une rectification du certificat de travail. La conciliation s'est soldée par un échec.
3. Dans le délai de trois mois, Susanne M. a ouvert action contre Informatika AG devant le Tribunal de district.

Le Tribunal de district n'admet que partiellement l'action et condamne Informatika AG à payer Frs. 24'000.- et l'oblige à délivrer un certificat corrigé.

4. Tant Susanne M. qu'Informatika AG recourent contre cette décision devant l'Obergericht de Zürich.

L'appel d'Informatika AG est rejeté.

La demande de Susanne M. est partiellement admise. Informatika AG est condamnée à payer la somme de Frs. 36'000.- ainsi qu'une participation réduite aux frais de procédure de Frs. 4'500.- pour la première instance et Frs. 1950.- pour l'appel.

5. Susanne M. décide de recourir au TF contre la décision de la dernière instance cantonale.

## **D. EN DROIT**

### **I. Contrat de travail**

Comme correctement constaté par la recourante, la relation juridique la liant à l'intimée doit être qualifiée de contrat de travail individuel au sens de l'art. 319 CO. Par conséquent, les normes pertinentes en matière de droit du travail s'appliquent.

### **II. Indemnité pour renonciation du poste**

#### **1. Pas de droit à une indemnité basée sur l'art. 10 LEg**

La recourante réclame en premier lieu une indemnité sur la base de l'art. 10 LEg. Cependant, les conditions d'application de l'art. 10 LEg ne sont pas remplies en l'espèce. Comme nous le

démontrerons plus loin, bien qu'il y ait effectivement eu réclamation de la recourante suite à un harcèlement sexuel, les autres conditions font défaut.

### **1.1. Harcèlement sexuel**

Pour que la LEg soit applicable, il faut être en présence d'un cas de discrimination au sens des art. 3 et 4 LEg. Aux termes de l'art. 105 LTF, le TF statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente. Dans la mesure où la recourante base ses prétentions sur des faits non retenus par l'Obergericht, la demande doit être déclarée irrecevable.

### **1.2. Absence de rapport de causalité entre la réclamation et le licenciement**

L'applicabilité de l'art. 10 LEg suppose un rapport de causalité entre la discrimination alléguée et le licenciement. Dans le cas d'espèce, cette condition n'est pas remplie.

Premièrement, l'invocation par la recourante du fait que le licenciement a eu lieu trois mois après sa réclamation ne suffit pas à établir un rapport de causalité entre les deux événements.

Deuxièmement, la recourante invoque pour établir un lien de causalité qu'elle a été licenciée malgré le fait qu'elle travaille dans l'entreprise depuis des années et que son prétendu excellent état de service lui ait même valu d'entrer en concours pour un poste dans la direction. Toutefois, le fait d'être en concours pour un poste dans la direction ne met aucunement les candidats à l'abri d'un éventuel licenciement. Pour ce qui est de son état de service, bien qu'initialement irréprochable, son comportement n'a cessé de se dégrader depuis la mise au concours du poste. En réalité, le licenciement fait suite au travail insatisfaisant de la recourante et à sa non collaboration suite à la réclamation qu'elle a émise. Le licenciement repose donc également sur des motifs ayant leur origine bien avant que la réclamation ait été faite. De plus, après avoir fait une réclamation, le travailleur n'est pas protégé de manière absolue contre le licenciement, mais seulement contre les congé-représailles. Il faut préciser qu'il n'y a aucun rapport de causalité adéquate entre la réclamation de la recourante et sa non collaboration. De manière générale, les victimes de harcèlements sexuels se plaignent auprès de leur employeur dans le but d'obtenir leur aide face à l'auteur des harcèlements. Ce n'était clairement pas le cas en l'occurrence. Il ressort clairement du comportement de la recourante après sa réclamation que son seul et unique but était le licenciement pur et simple de Beat Z. Cela n'est que peu étonnant, ce dernier étant son seul adversaire déclaré pour le poste à pourvoir dans la direction. Comme nous le démontrerons ci-dessous, le comportement de la recourante a été tel qu'il constitue même un motif justifié de résiliation. Il n'y a par conséquent aucun lien de causalité entre la réclamation et le licenciement. Au contraire, l'intimée a apprécié le fait que la recourante se soit plainte et lui a tout de suite assuré son soutien. Il est indispensable pour la bonne organisation et gestion d'une entreprise d'être au courant des incidents survenant en son sein. Par conséquent, le rapport de causalité entre la réclamation de la recourante et son licenciement fait clairement défaut.

### **1.3. Motif justifié de résiliation**

La notion de motif justifié de résiliation prévue par l'art. 10 LÉg correspond à celle prévue par les art. 336 al. 2 lit. b CO et 340c CO.<sup>3</sup> Selon la jurisprudence, « constitue un motif justifié de résiliation tout motif qui, pour un employeur raisonnable et pondéré, ne permet pas d'éviter l'ultime solution que représente le licenciement, sans pour autant qu'il suffise à fonder une résiliation immédiate. »<sup>4</sup> A titre d'exemple on peut citer la continuelle non-observation des instructions de l'employeur<sup>5</sup> ou encore un comportement répréhensible sous l'angle du droit pénal<sup>6</sup>. Le TF précise qu'il faut une raison suffisante pour un licenciement, selon des considérations commerciales rationnelles, sans qu'il s'agisse nécessairement d'une violation contractuelle.<sup>7</sup> Malgré la protection prévue par l'art. 10 LÉg, l'employeur a le droit de licencier l'employé s'il a des raisons inhérentes à son comportement, à son travail ou à la situation économique de l'entreprise.<sup>8</sup> Le fait qu'un travailleur ne satisfasse plus aux exigences du travail, à cause de problèmes personnels, constitue un motif justifié de résiliation.<sup>9</sup> La preuve d'être en présence d'un motif justifié de résiliation est, à elle seule, suffisante.<sup>10</sup>

En l'occurrence, la recourante a été licenciée après que de nombreux problèmes soient survenus. Le comportement et l'attitude de la recourante détérioraient l'ambiance générale de travail, aggravant sans cesse les tensions au sein de l'entreprise.

#### **1.3.1. Comportement fautif de la recourante intervenant avant la réclamation**

La recourante, occupant en tant que directrice d'équipe un poste particulièrement important, jouissait depuis de nombreuses années de la confiance de l'intimée. Le fait que le patron, Knöpfli, ait laissé entendre au sein de la direction que la recourante se profilait comme la candidate favorite pour lui succéder, montre à quel point l'intimée voulait favoriser l'avancement professionnel de la recourante. De plus, il faut préciser que la recourante s'entendait très bien avec ses collègues de travail, avec lesquels elle allait régulièrement manger. Mais malgré ces très bonnes conditions de travail, la recourante ne semblait pas à même de gérer ses responsabilités. Le comportement problématique de la recourante débuta dès qu'elle fut en concours avec Beat Z. pour un poste dans la direction. Elle paraissait stressée et complètement dépassée par les événements. Il va de soi que le fait de se retrouver en concurrence directe avec un collègue de travail, en vu d'une promotion, constitue une situation tout à fait normale au sein d'une entreprise. Il est par conséquent inadmissible qu'une directrice d'équipe, responsable de plusieurs employés et devant être en mesure de préserver une bonne ambiance de travail même dans des situations difficiles, soit incapable de gérer ce type de stress. De plus, la recourante souffrait d'incapacités de travail régulières depuis près d'une année, ce qui rendait tout

---

<sup>3</sup> RIEMER-KAFKA/ÜBERSCHLAG, Art. 10 N 15.

<sup>4</sup> Jugement du Tribunal cantonal de Neuchâtel du 28.01.1991, dans : JAR 1992 p. 236 ; ATF 130 III 353 p. 359, c. 2.2.1.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> ATF 130 III 353, c. 2.2.1 ; CARUZZO, p. 606.

<sup>8</sup> REHBINDER/PORTMANN, Art. 336a N 36.

<sup>9</sup> NEERACHER, p. 76.

<sup>10</sup> REHBINDER/PORTMANN, Art. 336a N 36.

travail avec elle impossible. Dans une situation semblable, le TF a jugé que le licenciement d'une employée qui ne supportait pas la promotion d'une collègue n'était pas abusif.<sup>11</sup>

### **1.3.2. Comportement fautif suite à la réclamation**

Après la réclamation qu'elle a émise, la recourante s'est rendue coupable d'un comportement fautif et inexcusable de par sa non collaboration. L'intimée lui a proposé de porter plainte pénale, suite de quoi elle licencierait Beat Z. La recourante a refusé. Après lui avoir laissé un temps de réflexion et comprenant sa réticence à déposer plainte, l'intimée a, en date du 30 juin 2008, convoqué Beat Z. afin d'établir les faits. Les versions ne concordant pas, l'intimée a organisé à la mi-juillet 2008 une rencontre entre les parties afin d'établir les faits et trouver une solution. Une fois encore, la recourante a décliné l'invitation. Il va de soi que le fait de ne pas porter plainte pénale ne constitue à lui seul pas un motif de résiliation. En revanche, la non collaboration d'une directrice d'équipe avec la direction en cas de difficultés importantes pose des problèmes non négligeables, la confiance et la loyauté jouant un rôle extrêmement important dans les rapports de travail. La recourante a continué à se braquer en faisant pression sur la direction en vue du licenciement de Beat Z. A cela s'ajoutait le comportement réciproque de ce dernier qui exigeait le licenciement de la recourante. Face à cette tension croissante au sein de l'entreprise due au comportement de la recourante et de Beat Z., l'intimée n'a eu d'autre choix, pour préserver ses intérêts, que de leur proposer une ultime fois de collaborer faute de quoi tous deux seraient licenciés.

Vu l'importance du poste que la recourante occupait, il n'était pas exigible de l'intimée de poursuivre leur relation de travail. Ceci ressort également du fait que la recourante a été libérée de son obligation de travailler, dès réception de la résiliation. Il est important de relever ici que non seulement la recourante a été licenciée, mais également Beat Z. Dans une petite entreprise, le licenciement simultané de deux employés, en l'occurrence deux directeurs d'équipe, constitue une charge écrasante pour la direction. Malgré cela, l'intimée a dû s'y résoudre, ce qui montre clairement le caractère irrémédiable de la situation. Si, comme l'avance la recourante, le licenciement n'avait non pas fait suite à des motifs justifiés mais plutôt à sa réclamation, elle seule aurait été licenciée. Dans une situation semblable, le Tribunal civil d'arrondissement de Lausanne a constaté que l'employeur avait des motifs justifiés de résiliation étant donné que celui-ci avait pris des mesures adéquates après la dénonciation de harcèlement sexuel, alors que l'employée faisait preuve d'intransigeance et pratiquait la surenchère au niveau de ses prétentions, rompant ainsi tout espoir de poursuivre leur collaboration.<sup>12</sup> A regard de ces éléments, il ne peut être conclu en l'espèce qu'à l'existence de motifs justifiés de licenciement. Malheureusement, la solution ultime que représente le licenciement était dans ce cas devenue inévitable. Il est clair que l'exigence de motifs inhérents à la personne du travailleur est également remplie, le licenciement étant survenu des suites du comportement inexcusable de la recourante.

---

<sup>11</sup> ATF 125 III 70, c. 2.

<sup>12</sup> VD/08.

#### **1.4. En conclusion**

Nous constatons qu'en principe la recourante n'a aucun droit à une indemnité basée sur l'art. 10 LEg. Bien qu'il y ait eu réclamation en matière de harcèlement sexuel à la mi-juin 2008, il n'y a aucun rapport de causalité entre cette réclamation et le licenciement de la recourante survenu en date du 16 septembre 2008. De plus, il doit être admis que ce licenciement fait suite à un motif justifié de résiliation, inhérent à la personne de la recourante et contraignant l'employeur à considérer le licenciement comme la seule et ultime solution envisageable dans le cas d'espèce.

#### **2. La validité du congé**

Dans son mémoire, la recourante conclue subsidiairement à une résiliation abusive du contrat de travail au sens de l'art. 336 CO. Elle prétend être victime d'un congé-représailles suite à la dénonciation de harcèlement sexuel et à la demande faite à l'employeur de prendre les mesures adéquates.

L'intimée conteste ces allégations. Dans ce qui suit nous démontrerons être en présence d'un congé pleinement valide, donné sur la base de l'art. 335 CO.

##### **2.1. Le congé en général**

###### **2.1.1. Principe de la liberté de résiliation**

Aux termes de l'art. 335 CO, le contrat de durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. « La résiliation du contrat de travail est une manifestation unilatérale de volonté, sujette à réception, par laquelle son auteur communique à son contractant sa volonté de mettre fin aux rapports de travail. »<sup>13</sup> Le congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier.<sup>14</sup> Rappelons en outre que le principe de la liberté de résiliation est un droit fondamental pour les contrats de durée indéterminée.<sup>15</sup> Pour la survie économique suisse, il est primordial que le principe de la liberté du congé ne devienne pas l'exception.<sup>16</sup>

Etant en présence d'un contrat de travail de durée indéterminée, celui-ci peut être résilié par l'intimée sur la base de l'art. 335 CO. La résiliation du contrat de travail a été notifiée à la recourante le 16 septembre 2008. En respect du principe de la liberté de résiliation, l'intimée n'est pas obligée d'invoquer un motif particulier justifiant le licenciement. Toutefois, comme démontré plus haut, l'intimée est même au bénéfice d'un motif justifié de résiliation au sens de l'art. 10 LEg.

###### **2.1.2. Délai de résiliation**

L'art. 335c CO précise que le contrat peut être résilié pour la fin d'un mois, moyennant un délai de congé de deux mois de la deuxième à la neuvième année. La validité du licenciement n'est soumise à aucune forme spéciale.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> ATF 4C.151/2003, c. 4.1.

<sup>14</sup> ATF 132 III 115, c. 2.1; ATF 125 III 70, c. 2; DUNAND, p. 319.

<sup>15</sup> ATF 132 III 115, c. 2.1. ; ATF 131 III 535, c. 4.1.

<sup>16</sup> WYLER, p. 532.

<sup>17</sup> REHBINDER/PORTMANN, Art. 335 N 5.

En l'occurrence, la recourante travaille depuis sept ans au service de l'intimée. Le délai de congé est par conséquent de deux mois. Le congé ayant été notifié à la recourante le 16 septembre 2008 pour le 31 décembre 2008, le délai légal de l'art. 335c CO a largement été respecté.

### **2.1.3. En conclusion**

Nous constatons que le congé donné respecte toutes les conditions imposées par les arts. 335 ss. CO. Il nous reste maintenant à nous déterminer quant à l'applicabilité de l'art. 336 CO invoqué par la recourante.

## **2.2. Non applicabilité de l'art. 336 CO**

Le but de l'art. 336 CO est de préciser l'interdiction de l'abus de droit en vertu de l'art. 2 CC dans les rapports de travail.<sup>18</sup> En cas de pluralité de motifs, il est nécessaire de rechercher celui qui a influencé de manière déterminante et prépondérante la décision de résilier le contrat.<sup>19</sup> Une interprétation trop large des exceptions prévues à l'art. 336 CO doit être évitée. En effet, elle aurait pour conséquence de rapprocher les effets économiques d'un licenciement ordinaire de ceux d'un licenciement immédiat injustifié, ce qui n'est clairement pas le but.<sup>20</sup>

Aux termes de l'art. 336 al. 1 lit. d CO, « le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail. » Pour que le congé puisse être qualifié d'abusif au sens de l'article précité, il faut qu'il y ait un rapport de causalité entre le motif invoqué et la résiliation. De plus, la partie licenciée doit avoir émis, de bonne foi, des prétentions découlant du contrat de travail.<sup>21</sup>

Dans le cas d'espèce, les prétentions que la recourante a faites valoir ne constituent aucunement le motif de résiliation. Qui plus est, le fait de demander le licenciement d'un autre employé ne constitue pas une prétention découlant du contrat de travail. En cas de harcèlements sexuels, la victime a droit à ce que l'employeur prenne des mesures adéquates. Le licenciement de l'auteur n'en fait partie que dans des cas particulièrement graves. Comme nous venons de le démontrer, le comportement fautif et l'attitude de la recourante détérioraient l'ambiance générale de travail, mettant ainsi en péril le bon fonctionnement de l'entreprise. La recourante n'était, de ce fait, manifestement plus capable de répondre aux exigences de son poste de directrice d'équipe. Cet élément constitue le véritable motif de résiliation et il va de soi que ce motif n'est pas visé par l'art. 336 CO.<sup>22</sup> Le congé est par conséquent valable.

Il faut par ailleurs préciser que, même si on partait du principe que ce comportement fautif de la recourante est la conséquence du harcèlement sexuel subi, on ne se trouve pas en présence d'un licenciement abusif au sens de l'art. 336 CO. Il ressort de ce qui précède que l'intimée a aussi résilié le contrat de travail pour des faits antérieurs à la réclamation de la recourante et à l'incident survenu dans l'ascenseur. Comme nous le démontrerons plus loin, c'est à tort que la recourante allègue une

---

<sup>18</sup> CARUZZO, p. 518.

<sup>19</sup> Idem, p. 520.

<sup>20</sup> WYLER, p. 532.

<sup>21</sup> ATF 4C.60/2006, c. 7.1.

<sup>22</sup> ATF 4C.74/2007, c. 5.

violation par l'intimée de ses obligations découlant de l'art. 328 CO, pour justifier son propre comportement fautif.

La recourante invoque ensuite que son licenciement est abusif sous prétexte que l'intimée l'aurait licenciée pour mettre fin à la dispute entre la recourante et Beat Z., à la place de prendre des mesures adéquates. « En présence d'un important conflit relationnel, l'employeur doit prendre les mesures que l'on peut attendre de lui pour désamorcer le conflit, avant de procéder au licenciement. »<sup>23</sup> Dans le cas d'espèce, l'intimée a commencé par établir les faits en récoltant des éléments auprès des deux parties en conflit. Les allégations de chacune divergeant fortement, l'intimée a organisé une rencontre entre les deux parties. La recourante a refusé de se présenter à cette rencontre. L'obligation d'intervenir de l'employeur n'est toutefois pas illimitée, et il doit effectuer une pesée des intérêts entre l'attitude conflictuelle, la bonne marche de son entreprise ainsi que la protection de la personnalité de tous ses autres employés.<sup>24</sup> Une telle tension croissante entre deux directeurs d'équipes peut rapidement passer aux autres employés, ce qui peut avoir des conséquences fatales pour l'intimée. Il faut également relever que l'intimée est une petite entreprise. Le déplacement dans un autre département d'une des deux personnes, ou l'organisation du travail de manière à ce qu'elles ne soient plus confrontées l'une à l'autre n'était donc pas possible. Au regard du comportement de la recourante et de son manque manifeste de collaboration, le licenciement est en ce point justifié et aucun grief ne peut être retenu à l'encontre de l'intimée en la matière, particulièrement pas une violation de l'art. 328 CO.

### **2.2.1. En conclusion**

Nous avons précédemment conclu à la validité du licenciement quant aux conditions des art. 335 ss CO. Nous constatons ici qu'aucun motif de licenciement abusif au sens de l'art. 336 CO ne peut être retenu dans le cas d'espèce.

Par conséquent, nous concluons au rejet de l'intégralité des prétentions de la recourante sur ce point, à savoir le paiement d'une indemnité de Frs. 37'800.- au sens de l'art. 336a CO.

### **3. Montant de l'indemnité**

Comme nous venons de le démontrer, la recourante n'a en principe droit à aucune indemnité sur la base de l'art. 336a CO, que ce soit par application de l'art. 10 LEg ou de l'art. 336 CO. Toutefois, dans son jugement du 15 septembre 2009, l'Obergericht a attribué à la recourante une indemnité de Frs. 28'350.-, correspondant à quatre fois et demie le salaire mensuel, sur la base de l'art. 10 LEg. Etant donné que l'indemnité attribuée par l'Obergericht est déjà excessive, comme nous le démontrerons, il va de soi que les prétentions de la recourante doivent être rejetées. De toute façon, le TF ne substitue en principe pas sa propre appréciation à celle de l'instance inférieure.<sup>25</sup>

Aux termes de l'art. 336a CO, l'indemnité est fixée compte tenu de toutes les circonstances, mais elle ne peut pas dépasser un montant correspondant à six mois de salaire du travailleur. Selon le TF, il ne peut de manière générale pas être accordé au travailleur une indemnité de six mois sur la base de l'art.

---

<sup>23</sup> WYLER, p. 536.

<sup>24</sup> Idem, p. 537.

<sup>25</sup> ATF 121 III 64, c. 3.

336a CO.<sup>26</sup> Cela aurait pour conséquence que les travailleurs licenciés abusivement recevraient régulièrement une plus grande indemnité que les travailleurs licenciés immédiatement sans justes motifs, ce qui n'est clairement pas le but du législateur. L'indemnité est ainsi souvent fixée à un ou deux mois de salaire.<sup>27</sup> Parmi les circonstances à prendre en compte figurent également la gravité de la faute de l'employé et la situation économique des deux parties.<sup>28</sup>

Si nous partons de l'idée que, vu les circonstances complexes, l'intimée n'avait pas le droit de licencier la recourante, seule une faute légère peut être retenue à son encontre, à savoir de ne pas avoir attendu l'achèvement de l'établissement des faits avant de la licencier. Cependant, étant donné que l'intimée a également licencié la recourante pour des motifs liés à des événements antérieurs à la réclamation, nous pouvons partir du principe qu'elle aurait de toute façon résilié le contrat de travail peu après l'établissement des faits. Ainsi, c'est à tort que la recourante impute à cette résiliation soi-disant abusive d'importantes conséquences économiques. De plus, si la recourante est, comme elle se plaît à le répéter maintes fois dans son mémoire, une employée modèle voire même excellente, elle ne devrait avoir aucun problème à trouver ailleurs un autre poste de travail, surtout vu son jeune âge.

En ce qui concerne la situation économique de l'intimée, il faut prendre en compte qu'il s'agit d'une petite entreprise devant faire face à l'actuelle crise économique mondiale. Par conséquent, même dans un cas de résiliation abusive, seule une indemnité correspondant à un mois de salaire pourrait entrer en ligne de compte.

A la vue de ce qui précède, nous concluons à ce que le jugement de l'Obergericht soit confirmé et que la prétention de la recourante, à savoir une indemnité correspondant à six mois de salaire, soit entièrement rejetée.

### **III. Absence de violation des obligations découlant de l'art. 328 CO**

L'art. 328 CO pose l'obligation de l'employeur de protéger et respecter la personnalité des travailleurs dans les rapports de travail. Il doit aménager les conditions de travail de manière à prévenir toute situation de harcèlement sexuel.

Dans sa demande, la recourante reproche à l'intimée de ne pas l'avoir protégée contre d'éventuelles situations de harcèlement sexuel.

#### **1. Mesures prises par l'employeur pour éviter d'éventuels harcèlements sexuels**

Selon l'art. 328 CO, l'employeur est tenu d'aménager les conditions de travail de manière à prévenir toute situation de harcèlement sexuel. Le devoir de protection est cependant limité par les intérêts justifiés de l'employeur.

En ce qui concerne la prévention contre les discriminations et le harcèlement sexuel au travail, rien ne peut être reproché à l'intimée. En effet, Informatika AG est une petite entreprise au sein de laquelle tout le monde se connaît. La direction est présente à tous les niveaux que ce soit par la présence du chef du personnel, Paul Müller, ou des membres de la direction dont Gerd Peters fait partie. Cette

---

<sup>26</sup> BGE 119 II 157, c. 2.

<sup>27</sup> WAEBER, p. 60.

<sup>28</sup> BGE 119 II 157, c. 2.

grande cohésion dans l'équipe a pour effet que tous les employés ont toujours moyen de dénoncer quelque comportement déplacé que ce soit. De plus, les réunions des chefs d'équipes ainsi que les réunions avec le directeur du personnel sont fréquentes et permettent elles aussi d'effectuer un contrôle optimal des relations de travail. Les employés ont toujours eu la possibilité de se confier au chef du personnel en cas de difficultés et c'est par conséquent à tort que la recourante se plaint de ne pas avoir eu la possibilité de se confier à quelqu'un. Ne pouvant pas forcer ses employés à profiter du système mis en place, l'intimée a fait tout son possible en offrant l'opportunité à ses employés de parler à un supérieur de leurs problèmes. Il faut également relever que les employés ont la possibilité de se tourner vers un service de consultation. Les employés ont ainsi la possibilité de s'adresser à des personnes indépendantes et qualifiées. La recourante, consciente de cette possibilité, n'a pas hésité à en profiter. D'autre part, la formule d'un groupe de confiance interne semble peu indiquée pour les petites entreprises en raison de sa complexité et de son coût.<sup>29</sup> Il faut également relever que les mesures à prendre dépendent aussi de l'entreprise en cause et du domaine dans lequel elle est active.<sup>30</sup> Par exemple, dans le milieu de l'hôtellerie, les employés sont de manière générale plus exposés à des cas de harcèlement sexuel de la part de collègues et de clients. Par opposition, le milieu de l'informatique est moins vaste. Il n'y a, dans l'entreprise intimée, que de rares contacts entre le personnel et les clients, personnel organisé en petites équipes composées d'employés qualifiés. A la différence de beaucoup de grandes entreprises qui prennent des mesures uniquement pour se prémunir contre les conséquences d'une éventuelle action en justice sans se soucier de leur efficacité, l'intimée a toujours eu une véritable volonté de favoriser l'égalité entre hommes et femmes et de créer un climat de travail exempt de harcèlement sexuel. Le harcèlement sexuel étant une discrimination grave avec de fortes conséquences tant pour la victime que pour l'entreprise, il doit, dans la mesure du possible, être évité. Malheureusement, même dans les entreprises ayant pris toutes les mesures possibles, les cas de harcèlement sexuel ne sont pas exclus. En l'occurrence, le fait que la recourante ait été victime de harcèlements sexuels ne peut pas être reproché à des lacunes organisationnelles de l'intimée. Au contraire, cela résulte uniquement du comportement déterminé et calculé de Beat Z.

## **2. Obligations à la suite d'un cas de harcèlement**

Si malgré tout une situation de harcèlement sexuel se produit, l'employeur a le devoir d'agir immédiatement. Il lui incombe d'établir les faits et de prendre les mesures nécessaires et adéquates<sup>31</sup>, telles que le déplacement de l'auteur ou de la victime dans un autre département ou la mise sur pied d'une médiation dont l'employeur assume les frais. voire même le licenciement de l'auteur<sup>32</sup>, dans les cas les plus extrêmes. Il incombe toutefois à la victime de porter à la connaissance de l'employeur les faits incriminés lorsqu'elle peut supposer que celui-ci les ignore.<sup>33</sup> En cas de silence, il ne pourra être

---

<sup>29</sup> LEMPEN AJP 2006, p. 143.

<sup>30</sup> RIEMER-KAFKA/ÜBERSCHLAG, Art. 5 N 55.

<sup>31</sup> AUBERT, Art. 328 N 6.

<sup>32</sup> ATF 2P.19/2004, c. 2.2.

<sup>33</sup> WYLER, p. 319.

reproché à l'employeur la méconnaissance des faits incriminés.<sup>34</sup> Vu que l'allègement du fardeau de la preuve de l'art. 6 LEg n'est pas applicable en matière de harcèlement sexuel, c'est à la victime d'en démontrer non seulement l'existence, mais également que l'employeur en a eu connaissance.

Ainsi, en l'espèce, il ne peut pas être reproché à l'intimée de ne pas avoir été au courant du harcèlement subi par la recourante. Premièrement, à chaque fois que quelqu'un s'est inquiété de son état, que ce soient des collègues ou des supérieures, la recourante a toujours affirmé que tout allait pour le mieux. Lors d'une réunion des chefs d'équipes en février 2008, la recourante affirma que tout allait très bien et que personne ne devrait prêter attention aux propos de Beat Z. Ce n'est qu'à la mi-juin 2008, lors d'une réunion avec le directeur du personnel, Paul Müller, que la recourante déclara enfin avoir été harcelée sexuellement par Beat Z. Deuxièmement, l'employeur ne pouvait se rendre compte par lui-même du dysfonctionnement, étant donné les circonstances du cas d'espèce. Beat Z., employé très populaire et apprécié, n'a jamais donné lieu à quelques réclamations que ce soit. Au contraire, il s'entendait bien avec tout le personnel et allait régulièrement manger avec la recourante et ses autres collègues de travail. L'intimée a malgré tout remarqué, grâce à la grande attention qu'elle prête à son personnel, que la recourante semblait très occupée. Cependant, rien ne permettait d'imaginer que le pire s'était produit, à savoir un cas de harcèlement sexuel, d'autant plus qu'il fallait compter avec le stress engendré par la mise au concours du poste dans la direction. Au regard de cette situation nouvelle pour la recourante, jeune femme sans expérience professionnelle particulière, et étant donné le fait que celle-ci faisait de nombreuses heures supplémentaires, c'est à juste titre que l'intimée l'a considérée comme victime de burnout. Vu les circonstances difficiles et afin de s'assurer qu'une bonne solution serait trouvée tant pour la direction que le personnel, le patron, Knöpfli, a même décidé de repousser son départ à fin 2008.

En ce qui concerne le comportement de l'intimée une fois la situation de harcèlement sexuel effectivement dénoncée, elle a une fois encore fait tout ce qui pouvait raisonnablement être attendu d'elle. Selon le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG), l'employeur doit prendre au sérieux les plaintes. Il est tenu d'avoir, dans les plus brefs délais, un entretien avec la personne concernée ainsi qu'avec la personne mise en cause.<sup>35</sup> Souvent le conflit peut être réglé par un dialogue amiable entre les parties.<sup>36</sup> Dans le cas présent, le directeur du personnel auquel la recourante a signalé pour la première fois l'incident de l'ascenseur, était horrifié et s'est tourné *immédiatement* vers la direction. Cette dernière a tout d'abord convoqué la recourante pour un entretien et il lui a proposé de déposer plainte pénale contre Beat Z. Constatant et comprenant la réticence de la recourante à déposer plainte pénale, l'intimée a immédiatement convoqué Beat Z. devant la direction. En effet, la réclamation de la recourante est intervenue à la mi-juin 2008 et Beat Z. était déjà convoqué en date du 30 juin 2008 pour exposer sa version des faits. A l'occasion de cet entretien Beat Z. a contesté l'entier des reproches formulés à son encontre et a prétendu que la recourante l'avait importuné.

---

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> <http://www.ebg.admin.ch/themen/00008/00074/00084/index.html?lang=fr>, procédure.

<sup>36</sup> <http://www.ebg.admin.ch/themen/00008/00074/00084/index.html?lang=fr>.

Après avoir entendu les deux parties l'employeur est tenu de procéder à une estimation.<sup>37</sup> Selon la procédure à suivre prévue par le BFEG, l'employeur doit, si la situation n'est pas claire, ordonner une enquête et attendre les mesures d'enquête.<sup>38</sup> En vue d'établir les faits et d'assister la recourante dans cette situation sans doute très difficile, l'intimée a organisé une médiation entre Beat Z. et la recourante. Selon la Cour d'appel des prud'hommes, la médiation constitue une mesure adéquate, « permettant à la victime d'une part, d'exprimer ses souffrances et ses reproches sans crainte, et d'autre part de les faire entendre à son agresseur pour qu'il les reconnaisse et en prenne conscience. »<sup>39</sup> Par ailleurs, la médiation favorise une issue du litige sans perdant ni gagnant, ce qui est important si les parties veulent poursuivre dans leurs rapports de travail.<sup>40</sup> Malheureusement la recourante n'a même pas daigné se présenter à cette réunion. Vu les circonstances, il va de soi que le conflit ne pouvait pas être réglé de façon amiable entre les parties. Le BFEG stipule que « si une enquête plus poussée est nécessaire, la personne harcelée doit déposer plainte. Elle donne ainsi son accord à une procédure formelle. »<sup>41</sup> Comme il a déjà été démontré, la recourante a refusé de déposer plainte et l'intimée avait par conséquent les mains liées. En effet, sans l'accord de la recourante, elle n'avait pas le droit d'initier une procédure formelle, nécessaire dans le cas d'espèce. Le BFEG précise également que, dans les petites entreprises, il est plus simple pour toutes les parties que l'enquête soit confiée à une personne extérieure.<sup>42</sup> Précisons que tant la recourante que Beat Z. sont partis en vacances. Sans autorisation de la recourante d'initier une procédure formelle et sans avoir la possibilité de convoquer les personnes concernées, l'intimée se trouvait dans l'impossibilité d'établir les faits et de prendre des mesures allant plus loin. L'audition de témoins était certes possible, toutefois elle n'aurait pas servi à clarifier la situation vu que les incidents se sont passés quand la recourante et Beat Z. étaient seuls, en l'occurrence dans l'ascenseur, sans oublier le fait que la recourante a toujours affirmé à ses collègues que tout allait pour le mieux. Toutes les tentatives de l'intimée pour venir en aide à la recourante se sont soldées par des échecs. Etant donné que l'intimée a minutieusement suivi la procédure prévue par le BFEG, rien ne peut lui être reproché.

La recourante a par la suite exercé une forte pression sur l'intimée en exigeant le licenciement de Beat Z. Il est vrai qu'après un cas de harcèlement sexuel particulièrement grave le licenciement de l'auteur est un moyen possible pour le sanctionner et protéger la victime de futures atteintes.<sup>43</sup> Cependant, il va de soi qu'un tel licenciement ne peut avoir lieu qu'après établissement méticuleux des faits, ce qui nécessite en général la collaboration de la victime s'il n'y a pas d'autres témoins. La sanction contre l'auteur de harcèlement sexuel ne doit être prise qu'une fois dans la certitude qu'il s'agit effectivement d'un cas de harcèlement sexuel.<sup>44</sup> L'employeur qui prononce un licenciement immédiat uniquement

---

<sup>37</sup> <http://www.ebg.admin.ch/themen/00008/00074/00084/index.html?lang=fr>, procédure.

<sup>38</sup> Ibidem.

<sup>39</sup> GE/15.

<sup>40</sup> WAEBER, p. 54.

<sup>41</sup> <http://www.ebg.admin.ch/themen/00008/00074/00084/index.html?lang=fr>, procédure ; DUCRET, p. 68.

<sup>42</sup> <http://www.ebg.admin.ch/themen/00008/00074/00084/index.html?lang=fr>, procédure.

<sup>43</sup> LEMPEN AJP 2006, p. 1419.

<sup>44</sup> <http://www.ebg.admin.ch/themen/00008/00074/00084/index.html?lang=fr>, procédure.

sur des soupçons risque d'être condamné en justice sur la base de l'art. 337c CO.<sup>45</sup> Face au refus persistant de la recourante de collaborer et à l'augmentation des tensions au sein d'Informatika AG des suites de cette situation, l'intimée n'a plus eu d'autre choix que d'imposer un ultimatum consistant à ce que, faute de collaboration, la recourante ainsi que Beat Z. soient licenciés.

En définitive, il est clair que l'intimée n'a jamais eu l'intention de minimiser la situation ou de faire quelque pression que ce soit sur la recourante. A la vue de ce qui précède, il est indéniable que l'intimée a entrepris tout ce qui pouvait raisonnablement être attendu d'elle dans le cas d'espèce et par conséquent aucun grief ne doit être retenu à son encontre quant à une éventuelle violation de ses obligations découlant de l'art. 328 CO.

### **3. L'employeur a pris des mesures adéquates pour éviter toute situation de mobbing**

Dans son mémoire, la recourante relève en outre que l'intimée a violé ses obligations contractuelles, faute de l'avoir protégée contre des situations de mobbing. Ce raisonnement n'est pas fondé. En effet, comme nous le démontrerons dans ce qui suit, l'intimée a entrepris tout ce qui était envisageable pour protéger et soutenir ses employés. Par conséquent, elle a toujours respecté les obligations lui incombant en vertu de l'art. 328 CO.

#### **3.1. Définition du mobbing**

Le TF définit le harcèlement psychologique, à savoir le mobbing, 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. »<sup>46</sup> Il n'y a toutefois pas harcèlement psychologique du seul fait qu'un conflit existe dans les relations professionnelles ou qu'il règne une mauvaise ambiance de travail.<sup>47</sup> En l'occurrence, la recourante avance qu'elle a été victime de harcèlement psychologique causé par Beat Z. depuis septembre 2007. Le 30 juin 2008, date à laquelle Beat Z. s'est vu confronté aux reproches émis par la recourante, il les a intégralement niés et, par manque de collaboration de la part de la recourante, rien de plus n'a pu être avancé sur ce point.

Même si on partait du principe que ces reproches correspondaient à la réalité, on ne se trouverait pas en présence d'une situation du mobbing. Comme il ressort de la définition du TF, pour qu'il y ait mobbing il faut un élément de durée et une répétition régulière des actes reprochés. Le fait que Beat Z. n'ait pas invité la recourante à une réunion et qu'il ait ouvert cette dernière en se moquant d'elle constitue « un coup de griffe » isolé, qui ne remplit ni l'élément de durée ni celui de répétition. Le comportement de Beat Z. a certainement eu comme conséquence une mauvaise ambiance de travail et une tension entre la recourante et lui-même. Toutefois, il ressort clairement de la jurisprudence du TF que cela ne suffit pas pour constater qu'il y a harcèlement psychologique.<sup>48</sup> Les conflits entre les

---

<sup>45</sup> LEMPEN AJP 2006, p. 1438.

<sup>46</sup> ATF 4A\_128/2007, c. 2.1.

<sup>47</sup> ATF 4A\_325/2008, c. 2.1.

<sup>48</sup> ATF 4A\_325/2008, c. 2.1.

employés font partie de la vie quotidienne d'une entreprise.<sup>49</sup> De plus, il incombe de nouveau à la victime de porter à la connaissance de l'employeur les faits incriminés lorsque celui-ci les ignore.<sup>50</sup> Si elle s'en abstient, l'employeur n'encourt aucune responsabilité lorsqu'il n'a pas été informé et qu'il ne devait pas connaître les faits reprochés.<sup>51</sup> Le mobbing doit clairement être distingué du stress résultant des surcharges et des mauvaises conditions de travail.<sup>52</sup> La recourante se trouvait sans doute dans une situation stressante vu qu'elle faisait de nombreuses heures supplémentaires et qu'elle était candidate pour un poste dans la direction. Il est aussi compréhensible que l'on soit plus sensible dans pareilles situations, risquant plus facilement de prendre mal des remarques de collègues, particulièrement de concurrents. Notons finalement que le mobbing ne peut être qu'imaginaire.<sup>53</sup>

Par ailleurs, il est à préciser que l'intimée a tout entrepris pour parer à d'éventuelles situations de mobbing. Les mesures à prendre pour éviter de telles situations correspondent largement aux mesures à prendre pour éviter le harcèlement sexuel. Paul Müller, directeur du personnel, était chargé de s'occuper des employés et de leur bien-être. De plus, la direction est présente à tous les niveaux de l'entreprise. Les causes principales de situations de mobbing sont la mauvaise organisation du travail, la haute cadence de travail, une forte pression et le fait que les responsabilités au sein de l'entreprise ne soient pas claires.<sup>54</sup> Aucun des ces facteurs n'influence le travail au sein de l'entreprise intimée. En tant qu'employés dans une petite entreprise active dans le domaine de l'informatique, ni la recourante ni Beat Z. n'étaient mis sous pression, et le traitement des données électroniques n'est pas un travail à haute cadence. En tant que directrice d'équipe, la recourante avait une place bien déterminée dans l'entreprise. Ses responsabilités étaient clairement définies et ne convergeaient pas avec celles de Beat Z. L'employeur ayant pris toutes les mesures nécessaires pour prévenir le mobbing, il ne peut être tenu responsable pour des actes illicites commis par ses employés.<sup>55</sup>

#### **4. Absence de pression psychologique exercée par l'intimée sur la recourante**

La recourante prétend également avoir été victime de pressions psychologiques par l'intimée. On entend par pression psychologique le cas où les agissements de l'auteur constituent une atteinte à la personnalité du travailleur de par la pression psychologique qu'ils exercent sur la victime.<sup>56</sup>

En l'espèce la recourante considère que le fait de lui avoir proposé de déposer plainte pénale consistait à faire peser sur elle une insurmontable pression psychologique. Par cette constatation, la recourante démontre son ignorance en la matière. Comme exemple de pressions psychologiques, on peut mentionner le cas où un employé est placé dans une situation contraignante par l'obligation de réaliser un nombre élevé de contacts par semaine.<sup>57</sup> Vue la durée de cette forte pression et le stress qui en

---

<sup>49</sup> PÄRLI, p. 231.

<sup>50</sup> WYLER, p. 326.

<sup>51</sup> Ibidem.

<sup>52</sup> HIRIGOYEN, p. 17.

<sup>53</sup> ATF 4C.343/2003, c. 3.1.

<sup>54</sup> DUCRET, p. 28.

<sup>55</sup> WYLER, p. 327.

<sup>56</sup> CARUZZO, p. 290 s.

<sup>57</sup> ATF 4C.24/2005, c. 7.2.

résulte, cette situation n'est aucunement comparable à celle du cas d'espèce. Il va de soi qu'après un cas de harcèlement sexuel la victime se trouve dans une situation difficile et qu'il y a certainement une forte pression psychologique. Cette dernière ne résulte toutefois pas de la proposition faite par l'intimée de porter plainte pénale, mais est une conséquence directe du harcèlement sexuel. Au contraire, la proposition n'était ni plus ni moins qu'une conséquence de l'obligation incombant à l'intimée par l'art. 328 CO. En effet, l'intimée, par soucis pour son employée, lui a présenté toutes les possibilités qui s'offraient à elle, la première étant le dépôt de plainte pénale. Preuve qu'aucune pression n'a été faite par l'intimée est qu'elle a immédiatement tenu compte de la réticence de la recourante à déposer plainte pénale en cherchant à lui venir en aide différemment, avec des convocations et des réunions.

#### **IV. Réparation du tort moral sur la base de l'art. 49 CO**

Selon l'art. 49 CO, « celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement. »

Etant donné que l'intimée a respecté toutes ses obligations découlant de son contrat de travail avec la recourante, les conditions d'application de l'art. 49 CO font défaut. N'étant toutefois pas en mesure de conclure à l'inapplicabilité de l'art. 49 CO, nous demandons de rejeter la prétention de la recourante dans la mesure où elle excède le montant que lui a attribué l'instance antérieure.

##### **1. Pas de violation de l'art. 328 CO justifiant une réparation du tort moral**

###### **1.1. Absence d'atteinte illicite à la personnalité**

Pour qu'une indemnité pour réparation du tort moral en vertu de l'art. 49 CO soit due, il faut, comme première condition, une atteinte illicite à la personnalité.

Dans sa demande, la recourante avance, à titre de comparaison, la solution retenue par le TF dans l'arrêt 4C.343/2003, dans lequel un employeur avait été condamné au versement d'une indemnité à titre de tort moral à la victime d'un harcèlement de près d'une année, causé par un auxiliaire de l'employeur, et à la suite duquel l'employeur, une fois averti, n'avait pris aucune mesure sérieuse et efficace mais avait, au contraire, licencié la victime.<sup>58</sup> Comme démontré plus haut, l'intimée n'a pas commis d'atteinte illicite à la personnalité de la recourante. Elle a toujours respecté ses obligations contractuelles découlant de l'art. 328 CO et a pris toutes les mesures adéquates qui pouvaient être attendues d'elle.

###### **1.2. Absence de faute commise par l'employeur**

Etant dans un cas de responsabilité pour faute, il va de soi qu'il faut être en présence d'une faute pour que l'indemnité de l'art. 49 CO soit due.<sup>59</sup> L'intimée n'ayant pas violé ses obligations contractuelles, elle n'a commis aucune faute et la responsabilité civile est par là exclue.

---

<sup>58</sup> ATF 4C.343/2003, c. 8.

<sup>59</sup> HONSELL, p.113.

## **2. Pas de responsabilité de l'employeur en vertu de 101 CO**

Aux termes de l'art. 101 CO, celui qui confie à des auxiliaires le soin d'exécuter une obligation est responsable envers l'autre partie du dommage qu'ils causent *dans l'accomplissement de leur travail*. Pour que l'art. 101 CO soit applicable, il faut toutefois que l'auxiliaire ait agi avec le consentement de l'employeur.<sup>60</sup> Pour que l'employeur puisse être tenu pour responsable il faut un rapport fonctionnel, à savoir que l'acte dommageable de l'auxiliaire constitue une violation du contrat que l'employeur a conclu avec la personne lésée.<sup>61</sup> Il est toutefois important qu'il s'agisse d'un acte contractuel et non d'un acte illicite.<sup>62</sup> Il faut ainsi que le tort moral ait été causé dans l'exécution de l'obligation et non seulement à l'occasion de celle-ci.<sup>63</sup> Selon le TF, il ne suffit pas qu'il existe entre l'exécution du contrat et l'acte dommageable une relation dans le temps et dans l'espace.<sup>64</sup> Dans l'hypothèse où l'acte illicite commis par l'auxiliaire est totalement étranger aux activités confiées, son auteur en répond seul envers la victime.<sup>65</sup> Citons à titre d'exemple le cas de l'employeur qui n'est pas considéré comme responsable pour l'employée qui, à l'occasion de la livraison d'un meuble, en profite pour voler un vase.<sup>66</sup>

En l'occurrence, Beat Z. a harcelé la recourante. L'intimée a fait preuve de nombreuses reprises de son soutien envers la recourante dans cette situation difficile et regrettable. Cependant, le comportement horrible, voire même effrayant de Beat Z. n'a aucun rapport avec sa fonction dans l'entreprise. Ce dernier était directeur de l'équipe chargée du développement et il ne travaillait même pas dans la même équipe que la recourante. Il va de soi que le harcèlement sexuel ne faisait pas partie de son travail et qu'il a agi à l'insu de l'intimée. Par conséquent, le tort moral n'a pas été causé dans l'accomplissement de son travail et il n'existe aucune relation avec ce dernier. La responsabilité de l'intimée doit donc être exclue.<sup>67</sup>

## **3. Pas de cumul de l'indemnité basée sur l'art. 336a CO avec la réparation du tort moral**

Dans le cas d'espèce, non seulement les conditions de l'art. 49 CO ne sont pas remplies, mais en plus un cumul de l'indemnité basée sur l'art. 336a CO et la réparation du tort moral est impossible. Selon le TF, une indemnité pour tort moral basée sur l'art. 49 CO ne peut être accordée cumulativement avec l'indemnité prévue à l'art. 336a CO, que si l'atteinte à la personnalité du travailleur est à ce point grave qu'un montant correspondant à six mois de salaire ne suffirait pas à le réparer.<sup>68</sup> C'est par conséquent à juste titre que l'Obergericht a refusé d'attribuer à la recourante une indemnité pour tort moral en plus de l'indemnité basée sur l'art. 336a CO.

---

<sup>60</sup> ATF 4C.343/2003, c. 4.1.

<sup>61</sup> ATF 92 II 15, c. 3; STAUB, p. 9.

<sup>62</sup> ATF 92 II 15, c. 3; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, § 23 N 2874.

<sup>63</sup> STAUB, p. 10; ATF 85 II 267, c. 2.

<sup>64</sup> ATF 85 II 267, c. 2.

<sup>65</sup> CARUZZO, p. 292.

<sup>66</sup> STAUB, p. 10.

<sup>67</sup> STAUB, p. 8.

<sup>68</sup> GE/02; ATF 4C.343/2003, c. 8.1.

#### **4. En conclusion**

A la vue des éléments qui précèdent, nous constatons clairement que les conditions d'application de l'art. 49 CO ne sont pas remplies et qu'un cumul des indemnités basées sur les art. 336a CO et 49 CO n'est pas possible dans le cas d'espèce. Par conséquent, nous concluons au rejet par la Cour de toutes prétentions découlant de l'application par la recourante de l'art. 49 CO, à savoir l'allocation d'un montant de Frs. 5'000.-.

#### **V. Prétention sur la base de l'art. 5 al. 3 LEg**

##### **1. Pas de droit à l'indemnité de l'art. 5 al. 3 LEg**

Dans son recours, la recourante invoque une prétention découlant de l'art. 5 al. 3 LEg. Selon l'art. 5 al. 3 LEg, « lorsque la discrimination porte sur un cas de harcèlement sexuel, le tribunal ou l'autorité administrative peuvent également 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. » Comme nous allons le démontrer, l'intimée a rempli son devoir de diligence et, par conséquent, aucune indemnité n'est due sur la base de l'art. 5 al. 3 LEg.<sup>69</sup> Par ailleurs, le TF a précisé que la LEg ne traite que de la responsabilité de l'employeur et non de celle de l'auteur du harcèlement sexuel. Ce dernier peut notamment être tenu de réparer le tort moral de la victime en vertu des art. 41 ss. CO.<sup>70</sup> Il faut relever sur ce point que l'intimée est entièrement d'accord avec le fait que la recourante doit être indemnisée pour ce qu'elle a subi. En revanche, c'est contre Beat Z. qu'elle doit se tourner et non contre l'intimée, la preuve libératoire pouvant être apportée.<sup>71</sup> En invitant la recourante à porter plainte pénale contre Beat Z., l'intimée lui a clairement démontré son soutien, en étant prête à condamner le comportement de Beat Z.

##### **1.1. Preuve libératoire**

Selon l'art. 5 al. 3 LEg, l'employeur peut apporter la preuve libératoire en prouvant 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.<sup>72</sup> Le devoir de diligence imposé à l'employeur en vertu de l'art. 5 LEg correspond à celui prévu par l'art. 328 CO.<sup>73</sup>

La recourante prétend qu'aucune preuve libératoire ne peut être présentée, en prétextant une violation des obligations de l'employeur découlant de l'art. 328 CO. Cependant, comme il a été démontré à maintes reprises plus haut, l'intimée n'a en réalité, à aucun moment, fait défaut à ses obligations. En prenant les mesures de prévention nécessaires et en mettant en œuvre tout ce qui était raisonnablement exigible d'elle dans le cas d'espèce, l'intimée a honoré ses obligations découlant de l'art. 328 CO. Par ailleurs, il est à rappeler que la responsabilité de l'employeur ne saurait être engagée si la victime du harcèlement sexuel garde le silence et ce, selon PASCHOUD, même s'il a omis de prendre des mesures

---

<sup>69</sup> BIGLER-EGGENBERGER, Art. 5 N 37 ; ATF 126 III 395, c. 7.

<sup>70</sup> ATF 126 III 395, c. 7.

<sup>71</sup> BIGLER-EGGENBERGER, Art. 5 N 37.

<sup>72</sup> BIGLER-EGGENBERGER, Art. 5 N 37; LEMPEN, p. 258.

<sup>73</sup> LEMPEN AJP 2001, p. 1110.

préventives.<sup>74</sup> De plus, aucun reproche ne peut être fait concernant le comportement de l'intimée suite à la plainte. Même si la recourante n'a apporté aucune preuve de ses allégations, l'intimée l'a prise au sérieux et l'a soutenue dès le début.

## **1.2. En conclusion**

Selon l'art. 5 al. 3 LEg, l'employeur qui apporte la preuve « qu'il a pris les mesures que l'expérience commande, qui sont appropriées aux circonstances et que l'on peut équitablement exiger » ne doit pas être condamné au paiement d'une indemnité au sens de l'art. 5 al. 3 LEg.

En l'occurrence, cette preuve a effectivement été apportée. Nous concluons par conséquent au rejet des prétentions de la recourante découlant de l'application de l'art. 5 al. 3 LEg, dans la mesure où elles excèdent le montant attribué par l'Obergericht, à savoir Frs. 5'674.-, correspondant à un mois de salaire moyen.

## **VI. Indemnisation des heures supplémentaires**

### **1. Heures supplémentaires**

Dans son recours, la recourante demande l'indemnisation de 78.66 heures supplémentaires sur la base de l'art. 321c CO. Aux termes de cet article, le travailleur est tenu d'exécuter des heures de travail supplémentaires si les circonstances l'exigent. Pour que le travailleur ait droit à une indemnisation, les heures supplémentaires doivent être objectivement accomplies dans l'intérêt de l'employeur, justifiées et portées à sa connaissance, à moins qu'il ne puisse ignorer leur accomplissement.<sup>75</sup> Ainsi, le travailleur soucieux et inquiet qui effectue du travail supplémentaire par seul souci de méticulosité n'effectue pas des heures supplémentaires.<sup>76</sup>

En l'occurrence, bien que la recourante ait fait des heures supplémentaires, celles-ci n'entrent pas dans la définition de l'art. 321c CO. Les heures supplémentaires n'étaient en l'occurrence pas objectivement nécessaires. Elles découlaient seulement du fait que la recourante n'accomplissait pas son travail comme il le fallait. Il est également à préciser que la recourante a uniquement effectué des heures supplémentaires dans le but d'être bien vue par la direction, dans l'optique du poste à pourvoir. Par ailleurs, elle n'a jamais signalé à l'intimée quelque heure supplémentaire que ce soit.

### **2. Délai de péremption**

Lorsque l'employeur n'a pas connaissance de la nécessité d'effectuer des heures supplémentaires et qu'il ignore que de telles heures ont été effectuées, le travailleur qui accepte sans réserve le salaire habituel renonce à une indemnité pour les heures supplémentaires effectuées.<sup>77</sup> Par conséquent, même en partant du principe que la recourante a effectué des heures supplémentaires, elle n'a droit à aucune indemnité, faute d'en avoir informé l'intimée.

---

<sup>74</sup> PACHOUD, p. 10.

<sup>75</sup> WYLER, p. 116.

<sup>76</sup> Idem, p. 117.

<sup>77</sup> WYLER, p. 123 ; ATF 4C.342/2002, c. 2.3.

### **3. En conclusion**

Comme démontré, les conditions pour indemnisation des heures supplémentaires ne sont pas remplies. Toutefois, l'Obergericht a attribué à la recourante une indemnité de Frs. 1'976.-, correspondant à 42.13 heures supplémentaires. Pour le surplus, la prétention de la recourante doit être rejetée.

En remerciant par avance la Cour de l'attention portée à notre réponse, et avec l'assurance de notre pleine confiance en son jugement, nous lui demandons de donner suite aux conclusions de l'intimée et par conséquent de rejeter les prétentions alléguées par la recourante.

Equipe n°8