

# Mémoire de recours

adressé au

**Tribunal Fédéral**

par

**Susanne M.**

contre

**Informatika AG**

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<sup>e</sup> 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<sup>ère</sup> 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<sup>e</sup> édition, Genève 2009, abrégé Tercier
- TERCIER Pierre, FAVRE Pascal G., *Les contrats spéciaux*, 4<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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 ad art. 72 LTF).
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. Les prétentions de la recourante 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 (Biegler-Eggenberger/ Kaufmann, N° 83). 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).
4. En l'espèce, le litige porte sur des prétentions issues d'un contrat de travail entre la recourante et 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 minimale 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 stipule 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 celles qui étaient encore en cause

devant la dernière instance précédant le Tribunal fédéral, peu importe le sort qui a été réservé à ces conclusions par l'autorité précédente et le montant qui reste litigieux devant le Tribunal fédéral (Corboz, N°18 ad art. 51).

6. Dans ses conclusions devant l'Obergericht, la somme réclamée par la recourante s'élevait à 55'000 francs. C'est cette somme qui doit être prise en compte pour 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 (Donzallaz, N° 3202 ad art. 90 LTF).
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 le recourant 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 invocables 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 à 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). L'intérêt à recourir existe si les griefs présentés par le recourant 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, le recourant 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 faits nouveaux (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 était partie à la procédure devant l'instance précédente, elle y a présenté des conclusions. La condition de l'art. 76 al. 1 lit. a LTF est donc remplie. Elle a un intérêt à la modification ou à l'annulation de la décision, puisqu'une modification ou une annulation de la décision de l'Obergericht dans le sens des conclusions du présent recours mènerait à l'annulation du congé qui lui a été notifié, et subsidiairement à l'attribution d'une somme supérieure de 19'000 francs à celle qui lui a été attribuée par l'instance précédente. Cet intérêt est à l'évidence actuel, aucun fait nouveau n'affectant l'objet du litige et lui enlevant tout intérêt. Il s'agit d'un intérêt

juridique, puisque la violation des règles de droit invoquées dans le présent recours lèsent la recourante dans sa situation juridique, ces règles (notamment les art. 328 et 336 CO) étant destinées à protéger ses intérêts personnels en tant que travailleuse. La condition de l'art. 76 al. 1 lit. b LTF est donc remplie. Au vu de ce qui précède, la recourante a qualité pour agir au sens de l'art. 76 LTF.

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.

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**

14. 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. La direction agissant comme organe de la société ; art. 55 CC**

15. Conformément à l'art. 55 CC, la volonté d'une personne morale s'exprime par ses organes (al. 1), ceux-ci obligent la personne morale par leurs actes juridiques et par tous autres actes (al. 2). Est un organe la personne ou le groupement de personnes qui, de par la situation qu'ils occupent dans l'affaire et les pouvoirs qui leur sont dévolus par les statuts ou les règles qui régissent l'organisation interne de l'affaire, participent effectivement et d'une façon décisive à la formation de la volonté sociale (ATF 81 II 223, JT 1956 I 541). Celui qui exerce, au sein de l'entreprise, une activité dirigeante est un organe au sens de la disposition précitée (ATF 104 II 190, JT 1979 I 8).

16. Dans le présent recours, il sera donc fait allusion aux actes et aux omissions de la direction de la société Informatika AG comme s'ils étaient les siens propres, en application de l'art. 55 CC.

### **B. Champ d'application de la LEg ; art. 1 LEg**

17. Selon l'art. 1 LEg, la Loi fédérale sur l'égalité entre hommes et femmes s'applique « aux rapports de travail régis par le code des obligations et par le droit public fédéral, cantonal ou communal ».

18. Comme vu ci-dessus (*supra* §2), le présent litige porte sur des rapports de travail régis par le code des obligations, plus précisément sur les art. 319 s. CO consacrés au contrat individuel de travail, et, partant, la LEg est applicable en l'espèce.

### **C. Harcèlement sexuel ; art. 4 LEg**

19. La recourante soutient qu'elle a été victime de harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg et 328 al. 1 CO. Selon l'art. 4 LEg, le harcèlement sexuel se définit comme « *tout comportement importun de caractère sexuel ou tout autre comportement fondé sur l'appartenance sexuelle, qui porte atteinte à la dignité de la personne sur son lieu de travail, en particulier le fait de proférer des menaces, de promettre des avantages, d'imposer des contraintes ou d'exercer des pressions de toute nature sur*

*une personne en vue d'obtenir d'elle des faveurs de nature sexuelle* ». Il est admis (Biegler-Eggenberger/ Kaufmann, N°65 ad art. 4 LEg,) que la liste de comportements constituant un harcèlement sexuel utilisée dans la disposition précitée est uniquement exemplative, comme le confirme l'utilisation des termes « *en particulier* ». Les remarques sexistes et les commentaires grossiers ou embarrassants rentrent dans la définition du harcèlement sexuel, prévu à l'art. 4 LEg (Arrêt du TF 4C.289/2006 du 5 février 2007). Bien que les exemples cités dans cette disposition ne se réfèrent qu'à des cas d'abus d'autorité, la définition n'exclut pas d'autres actes portant atteinte à la dignité du travailleur et ne relevant pas d'un abus d'autorité, mais contribuant à rendre le climat de travail hostile, par exemple des plaisanteries déplacées (Arrêt du TF 4C.289/2006 du 5 février 2007). La doctrine reconnaît deux types de harcèlement sexuel, le harcèlement « *quid pro quo* », caractérisé par le fait que l'auteur menace une personne de préjudices sérieux si elle refuse ses avances ou lui promet des avantages professionnels si elle répond à ses désirs, et le harcèlement sexuel qui consiste en la création d'un climat de travail hostile et/ou un environnement professionnel qui empêche la personne concernée de déployer toutes ses aptitudes (Biegler-Eggenberger/ Kaufmann, N° 21 ad art 4 LEg). Ce deuxième type de harcèlement peut notamment prendre la forme de remarques sexistes et de rapprochements physiques non désirés. Quant à la fréquence des comportements exigée pour que l'on puisse retenir un cas de harcèlement sexuel, il convient de l'apprécier de cas en cas, en fonction notamment du type d'actes incriminés, en ce sens que dans le cas d'un harcèlement « *quid pro quo* », en règle générale, un acte unique constitue déjà un harcèlement sexuel, alors que dans le cas de la création d'un climat de travail hostile, il conviendra d'apprécier les circonstances en l'espèce pour déterminer s'il y a oui ou non harcèlement sexuel (Biegler-Eggenberger/ Kaufmann, N° 21 ad art. 4 LEg). L'art. 4 LEg dispose en outre que l'acte incriminé doit avoir pour effet de « *porter atteinte à la dignité de la personne sur son lieu de travail* ». L'atteinte à la dignité se caractérise avant tout par le fait que les actes, les gestes ou les propos à caractère sexuel ne sont pas désirés par la personne qui en fait l'objet et vont à l'encontre de sa volonté (Biegler-Eggenberger/ Kaufmann, N° 58 ad art. 4 LEg).

20. En l'espèce, les actes dont a été victime la recourante entrent à l'évidence dans la définition du harcèlement sexuel de l'art 4 LEg, telle qu'explicitée ci-dessus. En effet, à partir de septembre 2007, Beat Z. a commencé à tenir des propos désobligeants à l'égard de la recourante, propos qui se sont concrétisés par un geste à caractère discriminatoire et sexuel en décembre de la même année. Il est évident que le fait d'adresser une tape sur le séant de la recourante constitue un acte qui tombe sous le coup des dispositions précitées (art. 4 LEg et 328 al. 1 CO). Il s'agit d'un geste non désiré et importun dirigé sur une partie du corps qui ne laisse pas de place à l'équivoque. En ce sens, il s'agit d'un acte de harcèlement sexuel (Biegler-Eggenberger/ Kaufmann, N° 27 ad art. 4 LEg). La composante sexuelle, centrale dans la définition du harcèlement sexuel, est réalisée. En outre, il est évident que ce geste a pour effet une atteinte à la dignité au sens de l'art. 4 LEg, le geste étant clairement non désiré par la recourante et allant à l'encontre de sa volonté. La scène

s'est produite sur le lieu de travail de la recourante et de son agresseur, ce qui constitue également une condition d'application de l'art. 4 LEg, remplie en l'espèce.

21. En janvier 2008, lors de la réunion des chefs d'équipe dont a été exclue la recourante faute d'invitation par l'organisateur, à savoir M. Z. , ce dernier a tenu des propos qui tombent également sous le coup de l'art. 4 LEg. En effet, la critique que soulève M. Z. à l'attention des membres présents lors de la réunion porte sur le fait que la recourante a du retard pour cause « *d'une énième pause maquillage* ». L'intention de M. Z. est alors clairement de créer un climat de travail hostile pour la recourante, par le biais de remarques sexistes. Ces remarques entrent, encore une fois, dans la définition du harcèlement sexuel de l'art. 4 LEg, comme constituant une discrimination à raison du sexe, d'autant plus que des événements similaires se sont reproduits par la suite, la fréquence ne faisant qu'appuyer les arguments exposés dans le présent paragraphe. Ces propos portent atteinte à la dignité de la recourante et ont eu pour effet de la faire se sentir observée, dévisagée et de plus en plus déstabilisée. Certes, les remarques sexistes tenues par M. Z. ne contiennent pas de termes à composante sexuelle très marquée. Il convient cependant de les prendre en considération comme faisant partie d'un harcèlement sexuel qui s'est étalé sur plusieurs mois et qui s'est caractérisé par des atteintes dont l'intensité a varié. Elles doivent être appréciées en fonction de l'ensemble des faits et non isolément. Enfin, les faits se sont produits sur le lieu de travail des protagonistes.
22. Le 15 mars 2008, l'incident qui s'est produit dans l'ascenseur entre expressément dans la liste exemplative des comportements constituant un harcèlement sexuel de l'art. 4 LEg. Il s'agit d'un harcèlement dit « *quid pro quo* », qui suffit à retenir l'application de la disposition précitée et des dispositions de protection dont l'application en découle, indépendamment d'une éventuelle répétition. En effet, M. Z. a menacé l'intégrité physique de la recourante, menaces qu'il ne mettrait toutefois pas à exécution si cette dernière acceptait d'avoir des relations sexuelles avec lui. En outre, durant l'altercation, il l'a violemment empoignée entre les jambes, portant ainsi atteinte à sa liberté sexuelle et à sa dignité. La composante sexuelle du harcèlement sexuel est réalisée au vu de ce qui précède, et, le tout s'étant produit sur le lieu de travail des deux protagonistes, toutes les conditions d'application de l'art. 4 LEg sont remplies.

#### **D. Annulation du congé ; art. 10 LEg**

23. L'art. 10 LEg offre une protection particulière contre les licenciements abusifs en cas de discrimination. Il permet de demander l'annulation du congé abusif, et en cela il diffère du système des art. 336ss CO qui donne uniquement droit à une indemnité tout en laissant le congé valable. Pour que la résiliation du contrat de travail soit annulable au sens de l'art. 10 al. 1 LEg, deux conditions cumulatives doivent être remplies : un congé rétorsion, faisant suite à une réclamation adressée à un supérieur (*infra* §25-26).
24. Le législateur a voulu permettre ainsi à la personne discriminée de pouvoir faire valoir efficacement ses droits sans avoir à craindre un licenciement définitif, ne pouvant être sanctionné

que par une indemnité. En rendant le congé annulable lorsqu'il est donné pendant la durée des démarches entreprises par l'employé discriminé ainsi que pendant le semestre qui suit la fin des procédures (*infra* §31-32.), cette norme donne au travailleur discriminé une meilleure protection que celle offerte par les art. 336 ss. CO, afin de lutter efficacement contre les problèmes de discrimination dans le monde du travail. C'est en effet dans cette optique que le législateur a mis en place le système de l'art. 10 LEg : « *Si l'on entend permettre aux travailleuses d'exercer efficacement leurs droits pendant la durée des rapports de travail, il est nécessaire de prévoir une période de protection pendant laquelle le congé peut être invalidé. La situation actuelle n'offre pas une protection suffisante.* » (FF 1993 I 1222). Cette disposition, *lex specialis* par rapport aux dispositions du CO en la matière, est capitale pour une application efficace de la loi sur l'Égalité, car si seuls les art. 336 ss. CO s'appliquaient, il subsisterait le risque que le travailleur discriminé n'ose pas dénoncer les agissements discriminatoires de peur de perdre son travail sans aucune possibilité de réengagement (Kaufman N° 3 ad art.10 LEg et Wyler p. 556).

25. Pour que l'annulation puisse être invoquée, le congé doit être jugé comme un « congé rétorsion ». Pour que le congé soit ainsi qualifié, il doit faire suite à une réclamation, adressée à un supérieur ou un autre organe compétent de la société, ou à l'ouverture d'une procédure de judiciaire. Il doit en outre n'être basé sur aucun motif justifié (art. 10 al. 1 LEg).
26. Il convient de noter que le texte français parle de simple réclamation, alors que les textes allemand et italien précisent qu'il s'agit d'une réclamation pour cause de discrimination : « *eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung, et, un reclamo sollevato all'interno dell'azienda per presunta discriminazione* » (art. 10 al. 1 LEg). Cette réclamation ne nécessite aucune forme particulière et doit être adressée un supérieur ou un organe compétent au sein de l'entreprise par oral ou par écrit. La plainte doit concerner une discrimination fondée sur le sexe, protégée par la LEg (Wyler, p. 558).
27. Sans reprendre l'état de fait déjà établi par les instances inférieures, nous noterons simplement que les agissements dont a été victime la recourante sont intimement liés à son statut de femme et sont de plus à forte connotation sexuelle, et entrent ainsi dans la notion de discrimination nécessaire à l'application de l'art. 10 LEg.
28. Le congé doit de plus avoir été donné sans motif justifié. Par motif justifié on entend tout motif qui peut raisonnablement donner lieu à une résiliation du contrat de travail. Il est nécessaire qu'aux yeux d'un employeur raisonnable et pondéré, ce motif apparaisse assez grave pour justifier un licenciement comme *ultima ratio* (Wyler p. 558). Selon le message, « *est un motif justifié tout motif qui peut raisonnablement donner lieu à résiliation, même s'il n'est pas suffisamment grave pour justifier une résiliation immédiate du contrat* » (FF 1984 II 633). Un jugement du Tribunal de Neuchâtel du 28 janvier 1991 (in Kaufman, N° 12 ad art. 10 LEg) donne quelques exemples de motifs justifiés : absences non excusées et répétées au travail, comportement pénalement

répréhensible, non observation des instructions. Il appartient à l'employeur de prouver qu'il y a motif justifié de résiliation.

29. A la lueur des faits, lorsque la recourante se plaint à la direction du comportement de son collègue Beat. Z., il y a réclamation adressée à un supérieur. Cette plainte est en outre liée aux agissements discriminatoires que Susanne M. a subi. Il s'agit donc bien d'une réclamation faite à un organe supérieur en raison d'une discrimination fondée sur le sexe, comme prescrit par l'art. 10 al. 1 LEg. Dès lors, elle bénéficie à partir de la mi-juin – date de la réclamation – de la protection spécifique conférée par l'art. 10 LEg (*supra* §23).
30. Il paraît opportun de traiter de la durée de cette protection. Ce point semble être en effet sujet à litige entre les Cours, puisque la péremption du droit été admise par la première instance, puis écartée par la seconde instance. Les conclusions de la seconde instance apparaissent selon la recourante comme une analyse correcte des faits et de la loi.
31. Selon l'art. 10 al. 2 LEg, « *le travailleur est protégé contre le congé durant toute la durée des démarches effectuées au sein de l'entreprise, durant la procédure de conciliation et durant toute la durée du procès, de même que pendant le semestre qui suit la clôture des démarches ou de la procédure* ».
32. En l'espèce, la protection commence dès que Susanne se plaint auprès de Paul Mueller, directeur du personnel, à la mi-juin. Dès ce moment, il y a en effet réclamation au sens de l'art. 10 al. 1 LEg (*supra* §26). Il ne semble pas que ce point soit litigieux. La protection s'étend ensuite durant les 6 mois qui suivent la clôture des démarches au sein de l'entreprise. Il n'est en pratique pas toujours aisé de définir le moment exact de la clôture de ces démarches. La doctrine considère le refus définitif et clairement formulé de l'employeur comme date de fin des démarches au sein de l'entreprise (Kaufman, N° 21 ad art. 10 LEg). Le message du Conseil fédéral va aussi dans ce sens : « *Elle se termine six mois après la clôture de la procédure de conciliation ou de la procédure judiciaire, de même que six mois après que l'employeur a pris position définitivement sur le cas de discrimination invoqué* » (FF 1993 1223). Selon Wyler, ces démarches se poursuivent « *aussi longtemps qu'une enquête, des entretiens, des échanges de correspondances, une procédure de médiation sont en cours, ce délai ne commence pas à courir* » (Wyler p. 559)
33. Dans les faits, Informatika AG a notifié à la recourante le 16 septembre 2008 son congé pour fin décembre. Cela exprime clairement sa volonté de ne pas poursuivre les démarches, ce que la recourante considère comme un refus définitif. Le tribunal de première instance n'a néanmoins pas retenu cette date, considérant que la fin des démarches intervenait le 15 juin, soit lorsque qu'elle enjoint la recourante à porter plainte, faute de quoi elle ne fera rien.
34. Le travailleur qui veut bénéficier de cette protection pour agir en annulation de son congé doit le faire dans le délai de congé (art. 10 al. 3 LEg). Ce délai part du jour de la réception du congé jusqu'au jour au celui-ci prend effet. (Wyler, p. 444).

35. Selon les conclusions prises plus haut, le recourant considère que la protection de l'art. 10 al. 2 LEg court dès la notification du congé, soit le 16 septembre 2008. La protection s'étendant durant les six mois qui suivent la clôture des démarches, la recourante est au bénéfice de la protection de l'art. 10 LEg lorsqu'elle attrait Informatika AG en procédure de conciliation<sup>1</sup>. Agissant en procédure de conciliation dans le délai de congé, elle peut fait valoir légitimement l'annulation de celui-ci. Il convient de noter qu'il n'est pas nécessaire de faire préalablement opposition au congé : « *A la différence de l'article 336b du code des obligations, la personne concernée doit ouvrir action, ou si le canton le prévoit, saisir l'office de conciliation, avant la fin du délai de congé, sans faire opposition.* » (FF 1993 I 1224).
36. Néanmoins, Informatika AG passe outre cette protection et donne le son congé à Susanne M. le 16 septembre 2008. Ce congé peut cependant être valable s'il repose sur des motifs justifiés (*supra* §28). En l'espèce, le seul motif invoqué par Informatika AG est la « protection d'une bonne ambiance de travail ». Or il est flagrant que ce motif n'est nullement justifié : la recourante n'est en aucun cas liée à la dégradation des rapports de travail qui sont, de part son comportement, l'unique fait de Beat Z.. Elle a uniquement dénoncé le harcèlement sexuel donc elle était victime, initiative des plus légitimes que l'on ne peut pas raisonnablement lui reprocher. Elle s'est en outre efforcée pendant toute la durée des agissements de Beat Z. de faire profil bas afin de ne pas créer d'esclandre, et cela malgré les pressions et déstabilisations auxquelles elle était confrontée au quotidien. De plus, il faut que les motifs invoqués pour le licenciement soient d'une telle gravité que le licenciement apparaisse comme la seule solution adéquate à la résolution du conflit. Il n'intervient donc qu'en *ultima ratio* (Kaufman, N° 12 ad art. 10 LEg).
37. Il apparaît clairement ici que d'autres solutions plus modérées auraient tout aussi efficacement empêché la dégradation des conditions de travail. Cela pouvait être opéré par un changement de service de Beat Z., une prise de sanctions à son égard, voire son licenciement, mais certainement pas en signifiant son congé à la victime elle-même.
38. La demande d'annulation du congé étant faite dans le délai légal, et le congé ne reposant pas sur des motifs justifiés, l'art. 10 LEg peut être appliqué en l'espèce. Le congé doit donc être annulé.
39. Il convient finalement de noter que la péremption de l'art 10 LEg, soulevée par le Tribunal de district n'était donc pas fondée, conclusion à laquelle est arrivé l'Obergericht. Ce dernier aurait donc logiquement dû annuler le congé, les conditions tant formelles que matérielles à l'application de l'art. 10 LEg étant remplies. Or, pour un motif que la recourante ne s'explique pas, il ne l'a pas fait.
40. Pour méconnaissance et violation du droit fédéral, nous demandons la réforme de cette décision et l'annulation du congé donné à la recourante par Informatika AG, congé donné au mépris de la loi

---

<sup>1</sup> Nous déduisons cela du fait que la recourante agit dans le délai de congé de 3 mois de 335c CO, donc bien avant la prescription du délai de protection de 6 mois.

et du bon sens. La recourante tient à attirer l'attention de la Cour sur l'importance qu'aura cette décision sur l'efficacité des normes de protection des travailleurs discriminés dans le domaine du droit du travail et, plus généralement, sur l'efficacité de la Loi sur l'égalité dans son ensemble.

#### **E. Licenciement abusif ; art. 336ss CO**

41. Si la Cour devait ne pas retenir les arguments précédents, la recourante la prie de bien vouloir examiner l'affaire sous l'angle des articles 336 et 336a CO. Ces articles de nature impérative (Wylér, p. 535) donnent une protection aux parties d'un contrat de travail à durée indéterminée contre une résiliation abusive. Ici le législateur a posé une limite matérielle à la liberté contractuelle : il s'agit d'empêcher qu'un congé soit donné pour des motifs qui ne sont pas dignes de protection (Tercier, p.549). C'est en ce sens une sorte de *lex specialis* de l'art. 2 al. 2 CC, ce qui explique que l'art 336 CO n'est qu'exemplatif (Wylér, p. 531 et 533 et ATF 132 III 115), il laisse subsidiairement la possibilité d'invoquer l'abus de droit de l'art. 2 al. 2 CC. Les art. 336 et 336a CO, donnent droit à une indemnité à la partie lésée, mais ne permettent cependant pas de demander l'annulation du congé, contrairement à l'art. 10 LEg.
42. Celui qui prétend avoir un droit sur la base de l'art. 336 CO doit prouver l'abus de droit (art. 8 CC), néanmoins il n'est point besoin que celui-ci soit manifeste comme dans l'art 2 al. 2 CC (ATF 111 II 242). De plus, comme le souligne Wylér, (p. 397) « *le fait à établir, généralement le réel motif de l'employeur, étant de nature psychique, la preuve est difficile à apporter. C'est pourquoi la jurisprudence (TF 30 juin 1992, SJ 1993 p.360) admet qu'un faisceau d'indices, ou une très grande vraisemblance résultant de l'ensemble des circonstances suffit pour admettre l'existence d'un congé abusif* ». Au vue des faits, on verra que le comportement de Informatika AG correspond à plusieurs hypothèses de congé abusif envisagées par les art. 336 ss. CO. Nous allons d'abord examiner les conditions matérielles, puis les conditions formelles à l'application de ces articles.
43. L'art 336 al. 1 lit. d CO, protège les employés contre un licenciement fondé sur le fait que « *une partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail* ». On peut faire valoir ces prétentions en justice ou hors procès (ATF 4C.189/2006 du 04.08.2006). Cette disposition sanctionne, le « congé représailles » (ATF 4C.84/2005 du 16.06.2005), en particulier lorsque l'employé fait valoir le droit au respect de sa personnalité (SJ 1990 642), ce qui est le cas en l'espèce.
44. Quatre conditions doivent être réalisées pour permettre l'application de l'art. 336 al. 1 lit. d CO. Premièrement, la partie à qui le congé a été notifié doit avoir émis une prétention. Cette condition est ici réalisée puisque la recourante a demandé à Informatika AG d'agir pour mettre fin à une atteinte à la personnalité psychique et à son intégrité sexuelle, protégés par l'art. 328 CO.

45. Ces prétentions doivent en outre découler du contrat de travail. En l'espèce, l'art. 328 CO, invoqué par la recourante, est une norme relativement impérative des dispositions sur le contrat de travail (art. 362 CO). Cette condition est ainsi également réalisée.
46. Le travailleur doit avoir fait sa réclamation de bonne foi : « *elle comporte un double aspect, protégeant à la fois l'employeur et le travailleur. D'une part la réclamation ne doit être ni chicanière, ni téméraire, car la protection ne doit pas s'étendre au travailleur qui cherche à bloquer une résiliation en soi admissible en formulant des prétentions chicanières, téméraires, ou injustifiées; d'autre part la prétention exercée ne doit pas nécessairement être fondée en droit puisqu'il suffit que le travailleur soit légitimé, de bonne foi, à penser qu'elle l'est* » (Wyler, p. 546). En l'espèce, la recourante n'a pas invoqué l'art. 336 CO pour bloquer une résiliation admissible mais a, de bonne foi, signalé les actes odieux dont elle était victime, en s'attendant à ce que son employeur réagisse conformément à son devoir de protection de l'art. 328 CO.
47. Finalement, « *un lien de causalité doit exister entre la formulation de la prétention et la résiliation* » (Wyler, p. 546). Tercier et Favre, quant à eux, rappellent la jurisprudence du TF, « *les prétentions émises par le travailleur n'ont pas besoin d'être la seule raison de résiliation, mais doivent néanmoins avoir joué un rôle déterminant* » (Tercier/Favre, p. 550, §3697, ATF 4C.84/2005). Dans le cas de la recourante, il est évident que c'est la prétention qu'elle a formulée qui est l'origine de son licenciement. Susanne M. était une collaboratrice appréciée, ayant la réputation d'être un bon manager, et contrairement à ce que prétend Informatika AG, elle n'a jamais fait l'objet de réclamation de la part de ses collègues. La recourante n'ayant objectivement commis aucune faute professionnelle, c'est bien parce que la recourante a formulé une prétention gênante pour l'entreprise qu'Informatika AG a décidé de la licencier.
48. Au vu de ce qui précède, il apparaît évident que les quatre conditions matérielles à l'application de l'art. 336 al. 1 lit. d CO sont remplies. Le congé donné à la recourante est donc abusif.
49. Un autre motif de congé abusif se doit également d'être invoqué ici. Il s'agit de l'art. 336 al. 1 lit. a CO, qui vise les cas où le congé est donné pour une raison inhérente à la personnalité du cocontractant. Il en va ainsi du congé notifié en raison du sexe de la partie. Ce cas de figure entre cependant dans le champ d'application de l'art. 10 LEg, *lex specialis* par rapport aux dispositions du CO (Wyler, p. 723), norme sur laquelle la recourante a déjà formé réclamation (*supra* §40).
50. Les conditions formelles d'applications de l'art. 336 CO sont énumérées à l'art. 336b CO. Pour s'opposer à un congé abusif, il faut que la partie demanderesse rédige une opposition écrite, et ce, dans le délai de congé. Au vu des faits, la recourante a respecté le délai de congé pour ouvrir une action contre Informatika AG, requête qu'elle a faite en la forme écrite. Quant à savoir si l'ouverture d'une action peut être assimilée à une opposition, il faut se référer à Barbey, qui préconise de considérer l'opposition comme une « *manifestation de volonté par laquelle l'auteur manifeste son désaccord avec le congé qui lui a été notifié* » (Barbey et Starobinski in Wyler, p. 555 et arrêt du TF 4C.233/2006 du 25 octobre 2006). L'ouverture d'une action entre de toute

évidence dans cette définition (Wylér, p. 555). L'opposition ayant été faite dans les formes et délais légaux, la recourante considère que les conditions formelles d'application de l'art. 336 CO sont réalisées.

51. Sur cette base, la recourante exige d'Informatika AG qu'une indemnité pour congé abusif au sens de l'art. 336a CO lui soit allouée. Elle prie la Cour de prendre en compte le fait qu'Informatika AG n'a, à aucun moment, eu un comportement qui satisfasse à l'art. 328 CO (*infra* §80). La recourante était en droit de s'attendre à ce que des mesures concrètes soient prises par son employeur, et au lieu de cela, elle n'a eu droit qu'à son licenciement. Cela est d'autant plus choquant que la recourante était une manager appréciée aux capacités professionnelles reconnues. Qu'il soit du reste rappelé à la Cour qu'elle était pressentie pour le poste de directrice.
52. L'inaction de la société a eu pour effet d'aggraver l'atteinte psychique subie par la recourante, ce qui a diminué sa capacité de travail. Ici, aucune faute concomitante de la recourante ne saurait être retenue contre celle-ci. Elle a en effet averti la société dès qu'elle s'est sentie la force de le faire, soit juste après avoir réussi à surmonter l'incident de l'ascenseur, grâce au suivi d'un psychothérapeute.
53. Au vu de la gravité de la faute de Informatika AG, et des conséquences pénibles pour elle, la recourante demande à la Cour de lui accorder l'indemnité maximale prévue par l'art. 336a al. 2 CO, soit six mois de salaire.

#### **F. Indemnité pour harcèlement sexuel ; art. 5 al. 3 LEg**

54. La recourante réclame une indemnité au sens de l'art. 5 al. 3 LEg. Selon cette disposition, « *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* ». Selon les termes de cette disposition, l'employeur pourra toutefois se libérer en apportant la preuve 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 ». A cet égard, le seul fait que la victime n'ait pas immédiatement porté à la connaissance de l'employeur le comportement incriminé reste sans incidence (Arrêt du TF 4C.289/2006 du 5 février 2007).
55. Comme démontré précédemment (*supra* §22), la recourante a été victime d'un harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg, et peut donc prétendre à ce que lui soit alloué une indemnité au sens de l'art. 5 al. 3 LEg, la discrimination portant sur un cas de harcèlement sexuel au sens de cette disposition.
56. Pour ce qui est de la preuve libératoire, la société Informatika AG n'a pas pris les mesures propres, au sens de l'art. 5 al. 3 LEg, à l'exempter de l'obligation d'indemniser la recourante. Certes, la société a mis en place un service de consultation, ce qui constitue une mesure de prévention au sens de cette disposition. Cependant, au vu de l'état de fait, il s'agit là de la seule mesure de prévention prise par la société. Or, la doctrine admet, en rapport avec les « *groupes de confiance internes* »

mis en place par l'entreprise, que de tels services ne sont pas une mesure indiquée dans les entreprises de petites tailles, notamment en raison de la proximité des membres du service avec le personnel (AJP/PJA 2006, p.1432 s.). Selon l'état de fait, la société Informatika AG est précisément une société de petite taille, qui aurait donc dû prévoir un autre type de mesures. Dans un arrêt rendu par le Tribunal du travail de Zürich le 30 septembre 1998 (ZR 99 (2000) 257), le tribunal a également retenu que l'existence d'un tel service à disposition du personnel ne peut suffire à libérer l'employeur. Il convient de suivre cette argumentation et de retenir que des mesures de sensibilisation doivent s'ajouter à la mise en place d'un tel service, ne serait-ce que pour informer le personnel sur l'existence et le rôle de ce dernier. Certes, la recourante est finalement allée consulter le service en question, mais elle ne l'a fait qu'en dernier recours, après avoir en vain demandé à la direction d'agir.

57. La recourante reproche également à la défenderesse de ne pas avoir été particulièrement attentive à l'ambiance de travail, et spécifiquement à la relation entre la recourante et Beat Z., après le départ de M. Markus Knöpfli et à la mise au concours de son poste qui en a découlé. En effet, selon l'état des faits, la recourante et Beat Z. étaient au courant du fait qu'ils étaient en concurrence directe pour le poste. La défenderesse aurait donc dû porter une attention toute particulière aux relations que ces derniers entretenaient une fois l'information diffusée. Elle ne pouvait certes pas prévoir qu'un cas de harcèlement sexuel se produirait, mais des tensions dues à l'enjeu de la promotion auraient en revanche dû être envisagées. En outre, il découle également de l'état des faits que les collègues de la recourante connaissaient la situation tendue entre cette dernière et Beat Z. On peut en déduire que si la défenderesse avait été plus attentive, elle aurait aussi connu ces tensions et aurait pu prendre les mesures adéquates pour les faire cesser. Il sied de relever, à cet égard, qu'une société dont la direction n'a pas été informée d'un harcèlement sexuel peut néanmoins être condamnée au versement de l'indemnité prévue à l'art. 5 al. 3 LEg dans une situation où le harcèlement est si répandu qu'il faille admettre que le personnel d'encadrement devait en avoir connaissance et que la connaissance de ce dernier peut être imputée à la direction, respectivement à la société. Tel est notamment le cas lorsque la direction n'a pas mis en place les procédures qui auraient permis de porter le cas à sa connaissance (ARV 2008 p. 115, en particulier p. 120). Le seul fait que la victime n'ait pas porté à la connaissance de l'employeur le comportement incriminé reste donc sans incidence (Arrêt du TF 4C.289/2006 du 5 février 2007).

58. L'art. 5 al. 3 LEg, in fine, impose à l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour mettre fin à la situation de harcèlement sexuel qui se produit dans son entreprise. Il doit agir immédiatement pour faire cesser l'atteinte en prenant les mesures adéquates, au nombre desquelles l'on peut citer à titre d'exemple la création d'un comité d'enquête, la mise sur pied d'une médiation, le déplacement de la victime ou de l'auteur de l'atteinte dans un autre département, faisant ainsi cesser toute relation de travail entre la victime et la personne mise en cause, un avertissement, voire un licenciement ordinaire ou avec effet immédiat de l'auteur (Carruzzo, N°17 ad art. 328 CO). À cet

égard, et selon l'état de fait, il sied de constater qu'une fois la situation portée à sa connaissance, la défenderesse est restée passive durant 15 jours avant de convoquer Beat Z. pour la première fois. Ensuite, elle a encore laissé 15 jours s'écouler avant de proposer une discussion entre la recourante et Beat Z., mesure qui semble inappropriée au vu de la gravité des faits reprochés à ce dernier, et de l'état de santé de la recourante. Ensuite de quoi, rien n'a été entrepris par la défenderesse pour parer à une éventuelle récidive. Au vu de ce qui précède, l'on constate que la défenderesse n'a pris aucune mesure adéquate pour mettre fin au harcèlement sexuel dont la recourante était victime. Certes, aucun acte de harcèlement ne s'est produit après la plainte que la recourante a formulée à l'encontre de Beat Z., à la mi-juin 2008. Cependant, les constatations du présent paragraphe doivent être prises en compte dans l'appréciation du degré de laxisme de la défenderesse dans la prévention et la gestion de tels actes.

59. Le montant de l'indemnité se calcule compte tenu de toutes les circonstances et sur la base du salaire moyen suisse (Art. 5 al. 3 LEg, 2<sup>ème</sup> phrase ; Biegler-Eggenberger/ Kaufmann, N° 40 ad art. 5 LEg). L'art. 5 al. 4 LEg, 2<sup>ème</sup> phrase, limite le montant de l'indemnité pour harcèlement sexuel de l'art. 5 al. 3 LEg à un montant correspondant à six mois de salaire au maximum.

**G. Violation par l'employeur du devoir de protection de la personnalité du travailleur, tort moral ; art. 328 CO, art. 97 CO, art. 101 CO, art. 49 CO.**

60. La recourante a réclamé une indemnité pour tort moral résultant du harcèlement sexuel qu'elle a subi dès septembre 2007 dans le cadre de son contrat de travail. L'action n'a été que partiellement admise tant par le tribunal de district que par l'Obergericht qui ne lui ont octroyé qu'une partie de l'indemnité qu'elle réclamait. La recourante entend démontrer que l'intégralité du montant réclamé lui est due.

61. L'indemnité pour harcèlement sexuel est due, comme nous l'avons dit plus haut (§26), sur la base de l'art. 5 al. 3 LEg. Cependant, l'art. 5 al. 5 LEg réserve « *les droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, de même que les prétentions découlant de dispositions contractuelles plus favorables aux travailleurs* ». C'est sur cette base que la recourante se fonde pour exiger une réparation du tort moral subi en violation du contrat de travail qui la lie à Informatika AG.

62. La recourante soutient qu'Informatika AG a violé le devoir contractuel découlant de l'art. 328 CO. Selon cet article, de par les obligations résultant du contrat de travail, « (al.1) *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 de la personnalité du travailleur.* (al.2) *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. ».*

63. L'art 328 CO est une obligation accessoire faisant partie des dispositions relativement impératives du contrat de travail auxquelles on ne peut pas déroger (Wennbust, p. 131). C'est en quelque sorte le pendant du devoir de fidélité du travailleur envers son employeur : en échange, l'employeur lui donne sa protection.
64. Il faut également noter que l'art. 328 al. 1 CO concrétise les art. 27 et 28 CC (protection de la personnalité) dans le domaine du droit du travail, sans que son champ soit plus étendu (TF 19.12.10994, SJ 1995 p.669). Mais il diffère quand même des articles généraux de la protection de la personnalité dans son second alinéa : il engage une deuxième obligation de la part de l'employeur. En plus du devoir d'abstention de porter atteinte au droit du travailleur (al. 1) il exige également de prendre toutes les mesures nécessaires à sa protection (al.2).
65. La protection de la personnalité entendue par l'art. 328 CO recouvre en particulier la vie et l'intégrité corporelle ; l'intégrité morale, psychique et intellectuelle, le sentiment d'honneur et de dignité tant personnel que professionnel ; les libertés individuelles, telle liberté d'expression, de conscience et liberté sexuelle, ainsi que la sphère intime (Gillioz, chap. 4/9 p. 2). Le harcèlement sexuel porte atteinte à ces libertés, et doit donc être prévenu par l'article 328 CO. Il convient de rappeler que tout atteinte aux droits de personnalité, droit absolu, est par principe un acte illicite au sens de 41 ss. CO (RJN 2006 p. 27).
66. Nous avons déjà pu constater ci-dessus que la recourante avait subi un mobbing dès le mois de septembre 2007, qui s'est même qualifié en harcèlement sexuel en décembre de la même année. Elle en a souffert suffisamment pour être deux fois déclarée en incapacité totale de travail. En outre il n'est pas besoin de prouver l'existence d'un contrat de travail entre la recourante et Informatika AG. L'art. 328 CO s'applique donc à notre cas.
67. Si l'art. 328 CO donne une obligation directe à l'employeur de s'abstenir lui-même de toute atteinte à la personnalité du travailleur (*Unterlassungspflicht*), une obligation indirecte lui incombe également s'il n'est pas lui-même l'auteur des actes répréhensibles : il doit veiller à la protection du travailleur contre quiconque porterait atteinte illicite à sa personnalité dans le cadre de son travail, que cela soit un auxiliaire supérieur du travailleur, un organe de la société ou un simple collègue. On peut en outre, selon l'art. 328 al. 2, exiger de lui qu'il prenne toutes les mesures nécessaires à la protection « dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui » (*Handlungspflicht*) (Brunner/ Bühler/ Waeber/ Bruchez, N° 5 ad art. 328 CO). Concrètement, la direction qui tarde à faire démarrer une enquête permettant de vérifier le bien-fondé d'une plainte pour harcèlement sexuel dont elle a été saisie, viole son obligation de diligence au sens de 328 CO, ce qui engage sa responsabilité contractuelle sur la base des art. 97 ss. CO (Tercier, p. 253-254).

68. Par la double obligation que prescrit l'art. 328 CO, la responsabilité contractuelle est doublement engagée : d'une part par la violation par omission de l'art. 328 al.2, il engage sa responsabilité directe au sens de 97 CO, et par le fait de son auxiliaire, il engage sa responsabilité causale de 101 CO (Wennubst, p. 161 ; Gillioz, chap. 9/4, p. 12).
69. Nous avons vu que la recourante a subi sans conteste plusieurs atteintes à sa personnalité dans le courant de l'année, sous la forme d'un mobbing et de harcèlement sexuel, atteintes portées par un collègue de travail. Le devoir de Informatika AG était de prévenir ses atteintes, ou tout au moins de les faire cesser. Or lorsque la recourante a signalé à la direction les agissements de Beat, celle-ci a posé la condition qu'une plainte pénale soit déposée pour que la société agisse. Il est pourtant exclu de conditionner de telle manière une prise de mesure nécessaire, obligation inhérente au contrat de travail, cela d'autant plus quand on connaît l'état de santé psychique de la recourante à ce moment. La seule mesure concrète qu'ait prise la direction d'Informatika AG pour résoudre le conflit a été de convoquer Beat Z., mesure qui n'est pas aller plus loin vu que Beat Z. n'a fait que rejeter les accusations. On ne peut de plus pas imputer à la recourante le fait que la discussion prévue par la direction entre la recourante et Beat Z. n'est pas eu lieu, car elle intervient à un moment où la recourante était au plus mal, au bénéfice d'un certificat médical et d'une incapacité partielle de travail. Les rares mesures qu'a voulu prendre la société n'étaient donc pas du tout adéquates ni suffisantes pour protéger ou faire cesser l'atteinte dont a été victime la recourante. On peut en conclure que la direction a clairement tardé à faire démarrer une enquête permettant de vérifier le bien-fondé de la plainte dont elle a été saisie par la recourante. Il y a donc bien une violation du devoir de diligence de l'art. 328 al. 1 et 2 CO de la part de l'employeur, qui entraîne pour ce dernier l'obligation de réparer le préjudice causé par sa faute (art. 97 CO) ainsi que par celle de son auxiliaire (art. 101 CO).
70. L'employeur qui viole l'art. 328 CO engage tout d'abord sa responsabilité individuelle au sens de 97 CO pour avoir omis de prendre les mesures qui lui incombait afin de protéger efficacement son employé. Pour qu'une telle responsabilité soit retenue, il faut qu'il y ait une violation de contrat, qu'un préjudice existe soit une diminution involontaire du patrimoine sous la forme d'une perte éprouvée ou d'un gain manqué, que l'employeur soit coupable d'une faute intentionnelle ou par négligence– faute qui dans le cadre du régime contractuel est présumée, et qu'il existe un lien de causalité naturel et adéquat entre la faute commise et le préjudice subi (CR/CO, N° 30 ad art. 97 CO).
71. En l'espèce, la violation de l'art. 328 CO, obligation accessoire de nature semi-impérative, entraîne une violation du contrat de travail liant Informatika AG et la recourante.
72. Par la faute de son employeur (omission de prendre des mesures adéquates, elle est de toute manière présumée ici et il appartiendra donc à l'employeur de prouver qu'aucune faute ne lui est imputable) la recourante a en outre subi un préjudice sous la forme d'un harcèlement sexuel, forme d'atteinte à la personnalité, qui, selon les art. 28 ss. CC, sont des droits absolus dont la violation

entraîne automatiquement un préjudice (RJN 2006 p. 27). Elle subit également un préjudice sous la forme d'un gain manqué, puisqu'elle a été victime d'un licenciement abusif au sens de 336 ss. CO, la privant d'une part de son travail, mais également de la promotion pour laquelle elle était fortement pressentie (en février 2008 son patron laisse entendre que la recourante se profile comme la candidate favorite). Ce dernier sera étudié de plus près dans une réclamation en indemnité pour licenciement abusif, au sens des art.336 ss. CO.

73. Le lien de causalité entre la violation de l'article 328 CO et le préjudice subi par la recourante est dès lors évident : si la direction avait pris les mesures qui s'imposaient pour protéger la recourante, le problème auquel nous sommes confrontés aurait été réglé plus rapidement et l'on n'en serait pas arrivé au conflit qui a mené la recourante à une incapacité totale de travail. De plus cela aurait évité que s'installe un climat de travail à ce point empoisonné au sein de l'entreprise, que cette dernière se voie forcée de prendre en dernier recours une mesure telle que le licenciement.
74. La responsabilité individuelle de Informatika AG est dès lors engagée sur la base de l'art. 97 CO.
75. Dans un deuxième temps, la recourante considère également que Informatika AG est responsable des agissements de Beat Z. sur la base de l'art. 101 CO.
76. 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, N°1 ad art. 101 CO). Pour que l'on puisse imputer le comportement de l'auxiliaire à son employeur, l'art. 101 CO instaure certaines conditions: il faut qu'un auxiliaire du débiteur (a) cause un dommage (c) dans l'exécution de la tâche confiée (b). En revanche ni la faute personnelle du débiteur, ni celle de l'auxiliaire n'est requise.
77. En l'espèce, Beat Z était un salarié de Informatika AG, soit subordonné à cette dernière par l'existence d'un contrat de travail. Pour que l'art 101 CO s'applique il suffit que le débiteur ait conscience qu'un tiers remplisse ses obligations et qu'il ne s'y oppose pas (ATF 99 II 46, c. 1). Dans le cas d'espèce, non seulement il en a conscience, mais il confie sciemment l'exécution de ses obligations puisqu'il s'agit d'un contrat de travail. L'employeur se voit donc imputer les actes de ses collaborateurs, quels que soient leur niveaux hiérarchiques (RJN 2006 p. 28).
78. L'auxiliaire doit avoir causé le dommage dans l'accomplissement de son travail. La doctrine et la jurisprudence demandent que le dommage ait été causé dans l'exécution des ses tâches, et non uniquement à l'occasion de leur exécution (ATF 98 II 288 c. 4, ATF 90 II 15 c.2, ATF 85 II 267) ainsi qu'un « *rapport de causalité fonctionnel en ce sens que l'acte dommageable doit constituer en même temps une inexécution ou une exécution défectueuse de l'obligation contractée par l'employeur à l'égard du lésé.* » (CR/CO, N° 23 ad art. 101 CO). Beat Z s'est vu confié un travail par Informatika AG avec toutes les implications que cela suppose, en particulier le respect de la personnalité des employés selon 328 CO. En effet, pour maintenir un climat de travail favorable, il paraît évident que l'employeur délègue l'ensemble de ses devoirs de protection de la personnalité à

ses employés. Or le comportement de Beat Z constitue sans conteste une violation flagrante de l'art. 328 CO (*supra* §72). Informatika AG aurait dû prévoir ce comportement, selon le critère de la « prévisibilité objective » (Commentaire romand, art. 101 n°23). En effet, le harcèlement sexuel est un risque inhérent à la vie professionnelle et Informatika AG aurait dû l'anticiper.

79. Le dommage doit en outre résulter de cette exécution défectueuse. Il a été démontré plus haut (*supra* §78) que c'est bien le comportement de Beat Z, qui est à l'origine des atteintes subies par la recourante et, à terme, de son licenciement.
80. Au vu de ce qui précède, la recourante demande à la Cour d'imputer le comportement odieux de Beat Z à Informatika AG et que, dès lors, une responsabilité causale lui soit imputée.
81. Nous ne demanderons cependant pas de dommages-intérêts fondés sur l'art. 97 et 101 CO, dans la mesure où l'indemnité basée sur l'art. 5 al. 3 LEg a déjà été demandée. En effet tant la LEg que le Code des Obligations prévoient la réparation du même préjudice, or la LEg constitue une loi spéciale par rapport aux dispositions du CO. Selon la jurisprudence (ATF 126 III 395), une seule indemnité peut donc être due pour l'atteinte, celle de l'art. 5 al. 3 LEg (Favre/ Munoz/ Tobler, N° 1.17 ad art. 328 CO).
82. En cas d'atteinte illicite à sa personnalité du fait de son employeur – atteinte par omission, comme nous l'avons prouvé plus haut – le travailleur peut prétendre au paiement d'une indemnité pour tort moral en application de l'art. 49 al. 1 CO, cela pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie (Favre/ Munoz/ Tobler, N° 1.25 ad art. 328 CO). Ce droit à une indemnité pour tort moral dans le régime contractuel découle de l'art. 99 al. 3 CO, qui permet l'application mutatis mutandis des règles de la responsabilité civile à la responsabilité contractuelle, notamment le tort moral de l'art. 49 CO (CR/CO N° 13, 20 ad art. 99 al. 3 CO).
83. On entend par tort moral toute souffrance physique ou psychique (aspect subjectif) que ressent le lésé à la suite d'une atteinte à sa personnalité (aspect objectif). L'octroi d'une réparation morale et le montant de celle-ci dépendent avant tout de la gravité de ses souffrances et de la possibilité d'adoucir sensiblement, par le versement d'une somme d'argent, la douleur morale qui en résulte (CR/CO, ad Intro. Art.47-49 CO).
84. L'art. 49 al. 1 CO prévoit une réparation de tort moral en cas d'atteinte à la personnalité, atteinte que nous avons prouvée plus haut dans le cadre de l'article 328 CO. Selon son intitulé, « *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* ». Pour que cet article puisse s'appliquer, il faut que les conditions de l'art. 97 CO soient remplies – la jurisprudence et la doctrine unanime admettent en effet comme base à la réparation pour tort moral la responsabilité contractuelle de 97 CO à la place de l'art. 41 CO (CR/CO, N°20 ad art. 99 al. 3 CO). Pour justifier une indemnité pour tort moral, l'atteinte à la personnalité doit être en outre d'une certaine gravité et l'auteur ne doit pas avoir offert un autre mode de satisfaction. (cf. art. 99 al. 3 CO).

85. Nous avons vu plus haut que les conditions à l'application de l'art. 97 CO sont réunies. En outre la recourante a subi une atteinte à sa personnalité, que l'on peut sans conteste qualifier de grave, puisqu'elle l'a conduite à des incapacités de travail partielles et même complètes à diverses occasions au cours de l'année, jusqu'à son licenciement le 16 septembre 2008. Cette atteinte résulte du comportement fautif de l'employeur qui a omis de prendre les mesures qui s'imposaient pour éviter l'atteinte en question (faute par négligence). L'employeur n'a offert aucun autre mode de satisfaction, donc on peut en conclure que les conditions à une indemnité pour tort moral au sens de l'art. 49 CO sont remplies.
86. Les conclusions prises par l'Obergericht concernant le montant de l'indemnité pour tort moral sont contestées par la recourante. En effet, le tribunal a réduit le montant de l'indemnité au motif que la recourante s'était rendue coupable d'un manque de diligence, en n'informant pas assez tôt la direction des agissements de son collègue. Ce manque de diligence a été traité par le tribunal comme une contribution de la victime à augmenter son dommage et à aggraver sa situation (faute concomitante), ce qui sont des motifs de réduction de l'indemnité au sens de l'art. 44 CO.
87. Or selon nous, il ne peut pas être imputé à la recourante un quelconque manque de diligence, en premier lieu en raison de son état de santé psychique résultant de l'atteinte subie : le harcèlement sexuel est une atteinte très grave à la personnalité, qui fragilise énormément la victime. Dans de telles circonstances, on ne peut pas exiger d'elle qu'elle prenne immédiatement des mesures et qu'elle aille directement signaler l'acte, alors qu'elle en ressent, sans aucun doute, une certaine honte. Il lui faut le temps de rassembler le courage nécessaire pour prendre une telle initiative, surtout lorsqu'on sait que son état de santé psychique était tellement fragile qu'elle était à l'arrêt de travail. En outre il faut noter que même si elle avait signalé les agissements de Beat Z. plus tôt, cela n'aurait rien changé, vu que de toute manière la direction n'a pas pris de mesure adéquate contre le harcèlement que subissait la recourante. De plus, l'article 328 CO préconise que l'employeur soit attentif à son travailleur, qu'il fasse preuve des égards voulus pour prévenir sa santé. Or beaucoup de questions ont été posées à la recourante durant l'année, les gens se rendant compte de son état de santé troublé. Cependant la direction n'a jamais estimé nécessaire de s'informer des motifs de son état dépressif. Tout cela indique bien, que même si la recourante avait informé immédiatement la direction, la situation n'aurait pas été différente. On ne peut ainsi pas lui imputer une faute concomitante. Les conditions à l'application de l'art. 44 CO ne sont donc en l'espèce pas réunies, et une diminution de l'indemnité pour tort moral nous paraît dans ce contexte infondée.
88. La recourante rejette ainsi les conclusions prises par le juge concernant une indemnité pour tort moral réduite, et revendique le droit à l'indemnité entière.

#### **H. Rectification du certificat de travail ; art. 330a CO**

89. 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). Quant à la conduite du travailleur, les incidents isolés et sans signification, ou sans rapport avec les rapports de travail n'ont pas leur place dans le certificat de travail (Carruzzo, N° 9 ad art. 330a CO). L'employeur ne doit faire état que des aspects négatifs pertinents et fondés, constatés sur la durée et non pas seulement au cours des derniers mois ou semaines ayant précédé la fin du contrat (Carruzzo, N° 9 ad art. 330a CO). Le motif ayant conduit à la résiliation du contrat ne doit y être mentionné que si cela « est nécessaire à l'appréciation générale de l'image générale du travailleur » (ATF 129 III 177). Si le choix de la formulation appartient en principe à l'employeur, il doit cependant respecter le principe de la bonne foi. La liberté de rédaction qu'on lui reconnaît trouve d'ailleurs ses limites dans l'interdiction de recourir à des termes péjoratifs, peux clairs, ou ambigus (ATF 4A.117/2007, c. 7. 1). Si l'employeur ne remplit pas les obligations explicitées dans le présent paragraphe, notamment s'il délivre un certificat qui n'est pas le reflet de la réalité, l'art. 330a CO permet au travailleur d'agir en justice par le biais de l'action en rectification (Tercier/Favre, p. 536, §3606 et Carruzzo, N° 12 ad art. 330a CO).

90. En l'espèce, le contrat de travail délivré par Informatika AG contient, quant aux prestations fournies par la recourante et à son comportement envers ses collègues, le libellé suivant : « ... il/elle a rempli ses fonctions avec conscience et a produit de bons résultats. Son comportement envers ses collègues de travail a occasionnellement fait l'objet de réclamations ». En utilisant une telle formulation, la défenderesse a violé les obligations qui lui incombent en vertu de l'art. 330a CO, et ce à plusieurs égards.
91. Il sied d'abord de constater que le fait de faire état de réclamations occasionnelles au sujet du comportement de la recourante envers ses collègues n'est pas conforme à la réalité. En effet, selon l'état de fait, seul Beat Z. a élevé de telles réclamations, et ce après que la recourante se soit elle-même plainte des actes de harcèlement qu'elle avait subis et dont il était l'auteur. Bien plutôt, la recourante avait, auprès de ses autres collègues, la réputation d'être un bon manager. En outre, elle était pressentie par ses supérieurs comme étant la candidate favorite pour succéder au directeur sortant, M. Knöpfli. Il découle de ce qui précède que les réclamations au sujet de la recourante élevées par Beat Z. doivent être considérées comme un incident isolé et sans signification et, partant, une phrase en faisant état n'a pas sa place dans le certificat de travail. En outre, la formulation utilisée est contraire au principe de la bonne foi et non conforme à la réalité, puisque dénonçant des réclamations élevées par plusieurs collègues, ce qui ne ressort pas, comme dit plus haut, de l'état de fait. Enfin, une telle formulation laisse entendre que la recourante a fait l'objet de réclamations occasionnellement, durant toute la durée de son contrat, alors que les seules réclamations dont elle a réellement fait l'objet ont été élevées dans les derniers mois précédant la

fin de son contrat. Il s'agit d'aspect négatifs qui ne sont ni fondés, ni pertinents. Le certificat de travail établi au sujet de la recourante doit donc être rectifié quant à cet élément, en ce sens que cette phrase doit être retirée.

92. Il convient ensuite de rappeler que le motif (abusif, *infra* §47) invoqué par la défenderesse pour justifier la résiliation du contrat de travail qui la liait à la recourante se rapporte à l'atteinte portée par cette dernière et Beat Z. au climat de travail de l'entreprise. Les réclamations dont aurait fait l'objet la recourante de la part de ses collègues constituent, au vu de ce qui précède, le motif ayant conduit à la résiliation du contrat. Or, comme il a été rappelé ci-dessus (*supra* §90), le motif ayant conduit à la résiliation du contrat ne doit figurer dans le certificat de travail que s'il est « nécessaire à l'appréciation générale de l'image générale du travailleur ». La recourante a travaillé pour la société Informatika AG pendant plus de sept ans, période durant laquelle ses performances ont été au-dessus de la moyenne, comme le confirme le fait qu'elle était la candidate favorite pour reprendre la place de M. Knöpfli à la direction. Il est contraire à la bonne foi de soutenir que les réclamations élevées par Beat Z. à l'encontre de la recourante, dont il convient d'ailleurs de relever qu'elles étaient sans fondement, constituent un élément nécessaire à l'appréciation générale de l'image générale de la recourante. Dès lors, cette phrase n'a pas sa place dans le certificat de travail de la recourante et doit en être retirée, tout comme cela a été démontré dans le paragraphe précédent.

93. Outre la phrase faisant état de réclamations à son sujet, la recourante demande à ce que la formule utilisée pour faire état des prestations qu'elle a fourni soit également modifiée, et ce comme suit : « elle a rempli ses fonctions avec conscience et a produit de très bons résultats. Elle a accompli ses tâches à notre entière satisfaction ». Il est en effet justifié en l'espèce de modifier le certificat de travail de la recourante et d'utiliser cette formulation en lieu et place de celle choisie par la défenderesse, car, comme cela a déjà été rappelé plusieurs fois, elle a fourni des prestations au-dessus de la moyenne pendant toute la durée des rapports de travail, comme le confirme le fait qu'elle était pressentie pour reprendre le poste de M. Knöpfli à la direction. Or la jurisprudence admet qu'une telle formule soit exigée pour un travailleur qui a fourni des prestations au-dessus de la moyenne (Arrêt du TF 4A.117/2007 du 13 septembre 2007, c.7.4). Les absences et les préoccupations qui ont ponctué les derniers mois de travail de la recourante avant la résiliation de son contrat ne peuvent lui être imputés. En effet, elle avait subi un traumatisme qui a été reconnu médicalement. Au vu de ce qui précède, le certificat doit être modifié dans le sens précisé ci-dessus.

#### **I. Frais d'avocat**

94. La recourante demande à la Cour de revoir la répartition des frais établie par les instances inférieures selon son pouvoir d'examen (art. 67 LTF). La recourante conteste la participation réduite aux frais de la partie adverse et demande qu'ils soient mis en intégralité à la charge de

Informatika AG.

#### **IV. Conclusions**

95. Fondé sur ce qui précède, la recourante, Madame Susanne M., a l'honneur de conclure à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral, avec suite de frais et dépens :

96. Principalement

- I. Admettre le recours.
- II. Réformer le ch. 1 du dispositif du jugement rendu par l'Obergericht zurichois le 15 septembre 2009 et dire en conséquence que le congé donné par Informatika AG à Madame Susanne M. le 16 septembre 2008 est annulé.
- III. Réformer le ch. 4 du dispositif du jugement rendu par l'Obergericht zurichois le 15 septembre 2009 et dire en conséquence que Informatika AG doit rembourser à Madame Susanne M. l'entier de ses frais d'avocats.

97. Subsidiairement

- I. Admettre le recours.
- II. Réformer le ch. 1 du dispositif du jugement rendu par l'Obergericht zurichois le 15 septembre 2009 et dire en conséquence que Informatika AG doit verser à Madame Susanne M. une indemnisation et une indemnité pour tort moral de 55'000 francs.
- III. Réformer le ch. 4 du dispositif du jugement rendu par l'Obergericht zurichois le 15 septembre 2009 et dire en conséquence que Informatika AG doit rembourser à Madame Susanne M. l'entier de ses frais d'avocats.

Pour Susanne M. son mandataire ;

Equipe 26