

Résumé et analyse**Proposition de citation :**

Christine Sattiva Spring, Propos grossiers et sexistes : l'inconfortable position de l'employeur ; Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_127/2017, Newsletter DroitDuTravail.ch avril 2018

Art. 337 CO

Propos grossiers et sexistes : l'inconfortable position de l'employeur – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_127/2017

Christine Sattiva Spring, avocate, spécialiste FSA en droit du travail

I. Objet de l'arrêt

Licenciement avec effet immédiat considéré par les tribunaux comme injustifié malgré des propos grossiers et sexistes tenus lors d'un pot de départ par un collaborateur qui ne bénéficiait pas d'une fonction de cadre.

II. Résumé

A. Faits et procédure

Z., au bénéfice d'un master en science des finances et d'un master en micro-ingénierie, a été engagé à compter d'octobre 2012 comme assistant au sein de la société X. SA, pour un salaire annuel brut de 79'000 fr.

En octobre 2013, à l'occasion d'un pot de départ dans un bar, Z. a tenu devant trois collègues des propos grossiers à connotation sexuelle¹ à l'égard d'une collaboratrice absente, C. Ce même soir, il a eu des propos tout à fait déplacés² à l'égard du fils de 3 ans d'une collaboratrice, qui en a été choquée. Les employés de X. SA présents, dont un senior, ont immédiatement fait savoir à Z que les remarques sur sa collègue absente étaient inappropriées mais Z. a insisté. Informée de cet événement, la collègue concernée a tenté d'en discuter avec Z. qui s'est énervé et a refusé de lui parler avant de lui envoyer un mail d'excuses. La collaboratrice s'est ensuite plainte de la situation auprès de la responsable des ressources humaines.

Après avoir mené une enquête, l'employeuse a constaté qu'il ne s'agissait pas de la première fois que Z. avait eu de tels écarts de conduite. En effet, il lui était arrivé de faire du pied à plusieurs reprises sous la table à une collègue, de faire des commentaires déplacés et de jeter des regards étranges.

¹ « Qui prendrait C. à quatre pattes sur la table d'audit ? »

² « Ta maman est très belle, si j'étais à ta place, je lui ferais des bisous tout le temps. »

Ayant pris connaissance de ces différents éléments, l'employeuse a licencié Z. avec effet immédiat. Z. a alors ouvert action contre X. SA.

Par jugement du 9 décembre 2015, le Tribunal d'arrondissement de Lausanne a considéré qu'il s'agissait d'un cas extrêmement limite mais que le licenciement avec effet immédiat était injustifié, dans un jugement particulier dans le cadre duquel seule la caisse de chômage était finalement indemnisée par l'employeuse.

Saisie par les deux parties, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois a rejeté l'appel de X. SA et a admis partiellement l'appel de Z., lui octroyant en particulier son salaire pour le délai de congé.

L'employeuse a alors saisi le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière de droit civil concluant principalement à ce que la cause soit renvoyée à l'instance cantonale pour nouveau jugement et invoquant la violation de l'art. 337 CO.

Le Tribunal fédéral s'est prononcé par arrêt du 31 janvier 2018.

B. Droit

1. La résiliation immédiate (cons. 3)

Le TF commence par rappeler qu'il s'agit d'une mesure exceptionnelle, qui ne doit être admise que de manière restrictive, seul un manquement particulièrement grave pouvant justifier une résiliation immédiate. Constitue un tel manquement non seulement la violation des obligations découlant du contrat, mais également la survenance d'autres incidents, objectivement propres à détruire le rapport de confiance impératif et nécessaire entre le travailleur et l'employeur ou du moins à l'atteindre d'une manière telle que la continuation des rapports de travail ne peut plus être raisonnablement exigée. Lorsqu'il est moins grave, le manquement ne pourra conduire à un licenciement avec effet immédiat que s'il a été répété malgré un avertissement.

Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 CO) en appliquant les règles du droit et de l'équité, selon les circonstances du cas d'espèce, ce qui rend difficile l'établissement d'un catalogue de comportements susceptibles de justifier un congé immédiat. Il conviendra toutefois de tenir compte de la position et des responsabilités du travailleur, de nature à entraîner un accroissement des exigences, du type et de la durée des rapports contractuels, de la nature et de l'importance du manquement et du temps restant jusqu'à l'échéance ordinaire du contrat. (cons. 3.1)

Le Tribunal fédéral ne revoit qu'avec réserve la décision d'appréciation prise en dernière instance cantonale, n'intervenant que si l'autorité inférieure a grandement mésusé de son pouvoir d'appréciation, a méconnu des faits déterminants, donné trop de poids à des éléments non pertinents ou rendu des décisions manifestement injustes ou choquantes. Le tribunal privilégiera les circonstances de l'espèce sur la comparaison avec des précédents. (cons. 3.2)

2. La motivation cantonale, telle que résumée par le TF (cons. 4.1 et 2)

L'état de fait retenu par la cour cantonale, qui n'avait pas été critiqué par le recourant, est en substance celui reproduit sous lettre A ci-dessus. (cons. 4.1)

En droit, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois a considéré que le comportement de Z., même répété, n'était pas grave en raison du contexte et du lieu dans lequel les propos avaient été tenus et qu'il pouvait être relativisé puisque les collègues ne s'en étaient pas plaints auparavant. La Cour d'appel retient également la fonction de Z. qui n'était pas cadre et le fait qu'il connaissait la collègue C. depuis l'université. Par ailleurs, il n'est pas établi que les collègues qui ont fait l'objet de gestes ou de remarques déplacées auraient souffert du comportement de Z. à un point tel qu'il ne leur permettait plus de continuer à se côtoyer dans un cadre professionnel. On ne saurait exclure qu'un avertissement aurait eu des effets suffisants. Ainsi, il ne s'agissait pas d'un cas dans lequel les rapports de confiance étaient irrémédiablement rompus.

3. L'appréciation du TF (cons. 4.3 et 5)

Le TF rappelle qu'il ne s'agit pas de minimiser les propos grossiers et sexistes tenus par Z. lors d'un pot de départ, mais insiste sur le fait qu'il ne se justifie pas que le TF intervienne et écarte l'appréciation effectuée par la cour cantonale, que partageait déjà le tribunal de première instance.

Pour la Haute Cour, il ne faut pas comparer la présente situation avec d'autres causes tranchées par la jurisprudence, chaque cas devant être apprécié concrètement au regard de l'ensemble des circonstances. A cet égard, il estime que le fait que Z. connaissait déjà la collègue visée depuis l'université constitue un pur élément factuel et ne saurait se concevoir comme un facteur d'aggravation. Rien ne permet d'établir que les collègues féminines ne pourraient plus côtoyer Z. Ainsi, Z. aurait dû faire l'objet d'un avertissement, aucun élément n'établissant que Z. était imperméable à tout avertissement et n'aurait pas modifié son comportement, ce d'autant qu'il avait présenté des excuses à sa collègue. (cons. 4.3)

En résumé, le TF rejette le recours dans la mesure où il est recevable et met les frais judiciaires et les dépens à la charge de l'employeuse. X. SA se retrouve à devoir acquitter le salaire de Z. pendant le délai de congé, ainsi que les frais et les dépens. Aucune instance n'a toutefois accordé à Z. la moindre indemnité pour un licenciement prétendument abusif. (cons. 5)

III. Analyse

A. La qualification de harcèlement sexuel du comportement et des propos du demandeur Z.

Il résulte de l'état de fait cantonal, repris par le TF, que le collaborateur Z. avait tenu par deux fois, tant dans l'entreprise que lors du pot de départ, des propos à connotation sexuelle à l'égard de sa collègue C. ; par ailleurs, à plusieurs reprises, il avait démontré une attitude pour le moins équivoque avec la mère du petit garçon à qui il avait cru bon de proposer de couvrir sa maman de bisous, lui faisant du pied sous la table, lui adressant des commentaires déplacés et lui jetant des regards étranges qui l'avaient mise mal à l'aise.

De tels agissements tombent sous le coup du harcèlement sexuel tel qu'il est défini dans la LEg, qui a complété sur ce point le devoir de protection de la personnalité du travailleur par l'employeur prévu à l'art. 328 CO.

L'article 4 LEg définit le harcèlement sexuel comme un 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 sexuelle³. 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, des remarques sexistes et des commentaires grossiers ou embarrassants⁴. En particulier, le harcèlement sexuel n'est pas seulement l'apanage des supérieurs hiérarchiques, mais pourra être le fait d'un collaborateur de même niveau, voire d'un subordonné.

Pour tomber sous le coup de l'article 4 LEg et entraîner la responsabilité de l'employeur, le harcèlement sexuel doit intervenir sur le lieu de travail, notion large qui s'applique dès la procédure d'embauche à tous les locaux à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise, y compris les parkings, cantines, séminaires et fêtes du personnel ainsi que le chemin du travail. Pendant le temps libre, la doctrine admet l'existence d'un harcèlement si le comportement a pour effet de rendre l'exécution du travail plus difficile pour la personne harcelée⁵. Les tribunaux ne sont toutefois pas encore vraiment allés jusque-là et, dans un arrêt du 29 juin 2009, le TF a laissé ouverte la question de savoir si la voiture du harceleur, dans laquelle se trouvait la personne harcelée après une réunion professionnelle, devait être considérée comme faisant partie du contexte professionnel⁶.

B. Les devoirs de l'employeur en cas de harcèlement sexuel

La protection contre le harcèlement sexuel fait partie du devoir de diligence que doit assumer l'employeur vis-à-vis de ses collaborateurs. Reposant sur les articles 4 LEg, 328 CO et 6 LTr, elle comprend, d'une part, des mesures de prévention et, de l'autre, une intervention, certes proportionnée, en présence d'un cas de harcèlement sexuel.

En l'espèce, il résulte de l'arrêt cantonal que l'employeuse avait prévu un code de conduite et d'éthique dans le cadre duquel le collaborateur s'engageait notamment à maintenir un environnement de travail sain, dépourvu de harcèlement, d'actes discriminatoires et de représailles. La réglementation édictée mentionne d'ailleurs que les violations des règles de conduite feront l'objet de mesures disciplinaires pouvant aller jusqu'au licenciement.

L'obligation d'intervenir à la suite d'une problématique de harcèlement découle de la nécessité de protéger la victime du harceleur mais également les autres employés et, de manière générale, le climat de travail. La réaction de l'employeuse face à la dénonciation de C. paraît avoir été suffisamment rapide, puisqu'elle a enquêté avant de licencier. Les tribunaux font toutefois grand cas de l'absence d'avertissement donné au harceleur avant son licenciement, qui aurait dû lui permettre de ne pas parvenir à cette extrémité. Cette remarque interpelle, dans la mesure où un collaborateur senior de l'employeuse avait demandé à Z. de s'abstenir de ses propos inadéquats sur sa collègue C. Faut-il voir dans cette exigence que la

³ TF 4A_473/2013 du 2 décembre 2013, cons. 3.1 et réf. cit.

⁴ FF 1993 I p. 1219 ; TF 4C.463/1999 du 4 juillet 2000, cons. 5b)aa) ; Vaud, arrêt de la CDAP du 29 mars 2017, GE.2016.0063.

⁵ LEMPEN Karine, N. 20 ad art. 4, p. 112 in : Aubert Gabriel, Lempen Karine, éd., *Commentaire de la Loi fédérale sur l'égalité*, Genève 2011 et références citées.

⁶ TF 4A_251/2009 du 29 juin 2009, cons. 2.2.

jurisprudence a plusieurs fois posé en matière de harcèlement sexuel une nouvelle obligation de l'employeur pour matérialiser une violation dont il serait la « victime » ? Cette condition ne paraît quoi qu'il en soit pas toujours examinée à l'aune du même filtre, la jurisprudence ayant eu l'occasion du juger que la persistance des faits reprochés ne permettait pas d'envisager un quelconque amendement du harceleur⁷.

C. L'inexistence effective d'un motif de licenciement immédiat ?

On peut certes partager l'opinion du TF lorsqu'il rappelle qu'il n'est pas possible de faire un catalogue des comportements à sanctionner d'un licenciement abusif – quand bien même il énonce toute une série de critères utiles à juger de la gravité du manquement d'un collaborateur.

Plus discutable est l'affirmation, répétée, selon laquelle les éventuelles comparaisons avec des décisions judiciaires rendues dans des causes que les parties jugent similaires doivent être appréciées avec circonspection. Quoi qu'il en soit, admettre que certains manquements constituent des motifs de licenciement immédiat revient à établir un système de valeur des circonstances conduisant irrémédiablement à la perte de confiance entre les parties. Ainsi, les infractions pénales au détriment de l'employeur sont des éléments plus valorisés, qui justifient le licenciement immédiat d'un collaborateur, qu'il s'agisse du vol d'une simple bouteille de vin prise dans le stock⁸, des insultes et menaces d'un travailleur à l'égard de l'employeur⁹, ou d'une injure grave proférée devant les collègues¹⁰; le non-respect des prescriptions de sécurité au travail¹¹ paraît aussi un bien plus important à respecter que la considération et les égards pour la personnalité que l'on doit à ses collègues.

On retiendra de cet arrêt l'importance de l'avertissement, procédure dont l'employeur devra user plus largement, même en droit privé.

On appréciera qu'aucune des trois juridictions saisies n'ait jugé bon donner un seul centime au harceleur au titre de l'indemnité de l'article 337c al. 3 CO.

On regrettera cependant que l'interdiction d'importuner ceux avec qui on travaille, collègues, clients ou fournisseurs, supérieurs ou subalternes, ne vaille pas même aux yeux des tribunaux une somme pourtant modique de quelques dizaines de francs.

On se consolera finalement en se rappelant l'extrême retenue que s'impose notre Haute Cour lorsqu'elle revoit la décision d'équité prise par les juridictions cantonales¹² : la motivation développée par le TF tient en 20 lignes !

⁷ TF 8C_422/2013 du 9 avril 2014, cons. 8.2.

⁸ TF 4A_228/2015 du 29 septembre 2015.

⁹ TF 4D_79/2016 du 23 mars 2017.

¹⁰ TF 4C.435/2004 du 2 février 2005.

¹¹ TF 4A_167/2009 du 10 juin 2009.

¹² WITZIG Aurélien, Droit du travail, Genève 2018, p. 301 et références citées.