

Aperçu de la jurisprudence relative au harcèlement sexuel sur le lieu de travail

1404



KARINE LEMPEN, dr en droit,
Université de Genève,
Bureau fédéral de l'égalité,
Berne

Plan:

- A. Introduction
- B. La définition
 - I. Sexuel ou fondé sur l'appartenance sexuelle
 - 1. Sexuel
 - 2. Fondé sur l'appartenance sexuelle
 - II. Importun
 - 1. Sensibilité moyenne d'une personne du même sexe
 - 2. Quel que soit le contexte professionnel?
 - III. Synthèse
- C. La diligence de l'employeur
 - I. Devoir de prévention
 - II. Devoir de mettre fin au harcèlement sexuel
 - III. Le licenciement immédiat de l'auteur est-il justifié?
 - IV. Synthèse
- D. L'indemnité pour harcèlement sexuel, les dommages-intérêts et la réparation du tort moral
 - I. Les dommages-intérêts et la réparation du tort moral
 - II. L'indemnité pour harcèlement sexuel
 - III. Le cumul entre les indemnités pour tort moral et pour harcèlement sexuel
 - IV. Synthèse
- E. Conclusion

A. Introduction

La présente contribution donne un aperçu de la jurisprudence suisse rendue ces quinze dernières années en matière de harcèlement sexuel sur le lieu de travail. Elle s'intéresse plus particulièrement à la façon dont les tribunaux ont interprété les dispositions de la loi sur l'égalité relatives à la définition du harcèlement sexuel et à l'étendue du devoir de l'employeur dans ce domaine. La question du cumul entre les indemnités pour harcèlement sexuel et en réparation du tort moral est également abordée. Bien qu'elle détermine en grande partie l'issue souvent négative des procès pour harcèlement sexuel¹, la manière dont les tribunaux appliquent

dans ce domaine la règle générale de preuve prévue à l'art. 8 CC ne fait en revanche pas l'objet de cet article².

B. La définition

Avant l'entrée en vigueur de la loi sur l'égalité, il n'existait en Suisse aucune définition légale du harcèlement sexuel. Afin de combler cette lacune, le Tribunal des prud'hommes de Genève a défini ce phénomène, dès le début des années nonante, comme un acte commis par des "personnes qui, en tant qu'employeur (physique), supérieur ou collaborateur, profitant de leur position ou influence au sein de l'entreprise, importunent une personne employée ou à la recherche d'un emploi – qu'elle soit du même sexe ou du sexe opposé – par des propositions malvenues, des propos immoraux, des images, des objets, des gestes ou des comportements déplacés, a) dans le but, direct ou indirect, *d'obtenir des rapports sexuels*, en lui donnant à comprendre, expressis verbis ou tacitement, que l'acceptation ou le refus de tels rapports devrait ou pourrait constituer un critère décisif pour la signature, le contenu, les modalités d'application ou la continuation des rapports de travail, ou b) dans le but, ou avec le résultat, *d'empoisonner le climat de travail* existant ou futur"³. Inspirée par la distinction faite aux Etats-Unis entre le chantage sexuel (*quid pro quo*) et la création d'un environnement de travail hostile, cette définition a été reprise par divers tribunaux, dont le Tribunal du travail de Zurich⁴.

- 1 L'analyse de jurisprudence réalisée dans le cadre de l'évaluation de la loi sur l'égalité montre que l'inexistence d'un allègement du fardeau de la preuve en matière de harcèlement sexuel a notamment pour conséquence que les jugements rendus dans ce domaine sont globalement plus défavorables aux salariées que ceux portant sur une autre discrimination à raison du sexe: HEIDI STUTZ/MARIANNE SCHÄR MOSER/ELISABETH FREIVOGEL, Evaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité. Rapport de synthèse, Berne 2005, 113.
- 2 La manière dont les tribunaux apprécient les preuves avancées dans le cadre d'un procès pour harcèlement sexuel est en revanche traitée dans mon travail de thèse, auquel je me permets de renvoyer ici: KARINE LEMPEN, Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur. Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne, Genève 2006.
- 3 Tribunal des prud'hommes de Genève, 21 novembre 1991, JAR 1992 166, 168.
- 4 Voir par exemple un jugement du 27 juin 1995, ZR 97 (1998) 190–191, qui se réfère également à la jurisprudence genevoise rendue antérieurement en matière de harcèlement sexuel: JAR 1989 170, 190 183.

Dans son message du 24 février 1993 relatif à la loi sur l'égalité, le Conseil fédéral a précisé que le harcèlement sexuel peut se manifester par des remarques sexistes, des commentaires grossiers ou embarrassants, l'usage de matériel pornographique, des attouchements, des invitations gênantes, des avances accompagnées de promesse de récompense ou de menaces de représailles, des agressions sexuelles, voire, dans les cas extrêmes, par un viol ou de la violence physique. "Il s'agit de comportements basés sur le sexe et qui sont imposés à la personne contre sa volonté."⁵

Depuis 1996, la loi sur l'égalité interdit explicitement le harcèlement sexuel au titre de discrimination à raison du sexe. Son article 4 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 sexuelle". La jurisprudence rendue ces dernières années en matière de harcèlement sexuel a précisé les contours de cette définition. Les expressions "de caractère sexuel ou tout autre comportement fondé sur l'appartenance sexuelle" et "comportement importun" ont en particulier donné lieu à diverses interprétations jurisprudentielles.

I. Sexuel ou fondé sur l'appartenance sexuelle

Amené à se prononcer sur le cas d'une employée de police mobbée et harcelée sexuellement par son supérieur hiérarchique, le Tribunal administratif du Canton de Zurich a rappelé, dans un arrêt du 8 février 2006, que le harcèlement sexuel doit non seulement être qualifié d'atteinte à la personnalité, mais aussi de discrimination au sens de la loi sur l'égalité⁶. La liste d'exemples figurant à l'article 4 de cette loi n'étant pas exhaustive⁷, le Tribunal du travail de Zurich souligne, dans un célèbre arrêt du 30 septembre 1998, que l'intention d'obtenir des faveurs sexuelles n'est pas nécessaire pour qu'un comportement tombe sous le coup de cette disposition⁸. Se référant à KAUFMANN, le Tribunal ajoute qu'il suffit de se trouver en présence d'une atteinte à la personnalité ayant un contenu sexuel ou du moins une composante sexuelle⁹.

1. Sexuel

L'existence d'un caractère sexuel doit être appréciée à la lumière des circonstances du cas d'espèce¹⁰. Alors qu'un commentaire sur la cuisse d'une femme comporte en règle générale un aspect sexuel, il en va différemment, selon le Tribunal du travail de Zurich, lorsque ce commentaire émane d'un homme pratiquant le Bodybuilding à sa camarade de sport. De même, alors que l'interrogation "avez-vous passé un bon week-end?" est en soi dépourvue de caractère sexuel, il n'en va pas de la sorte lorsque celle-ci s'accompa-

gne d'un clin d'oeil séducteur¹¹. Dans le même sens, le Tribunal du travail de Unterrheintal a jugé que des remarques isolées sur la coiffure ou l'habillement ne sont pas constitutives de harcèlement sexuel, mais qu'il en va différemment lorsque ces remarques s'accompagnent de caresses dans les cheveux ou de pincements¹². Si la proposition d'essayer ensemble une nouvelle literie a un caractère sexuel évident, une remarque concernant le fait que la demanderesse ne porte jamais de mini jupe est en revanche, selon le Tribunal du district d'Arlesheim, dépourvue de connotation sexuelle et ne peut dès lors être constitutive de harcèlement sexuel¹³. Enfin, le Tribunal administratif du Canton de Zurich a admis, au sujet du texte d'un courrier électronique, que l'interrogation "*Könntest du ev. Frau A. 'befriedigen'????*" comportait une allusion de nature sexuelle qui, dans le cas d'espèce, était renforcée par l'utilisation de guillemets et de nombreux points d'interrogation¹⁴.

2. Fondé sur l'appartenance sexuelle

La diversité de cette jurisprudence montre à quel point l'expression "de caractère sexuel" figurant à l'article 4 LEg est difficile à interpréter en pratique. Une partie de la doctrine met pour cette raison d'avantage l'accent sur la seconde hypothèse mentionnée par cette disposition, à savoir "un comportement fondé sur l'appartenance sexuelle". Des comportements qui ne sont pas couramment désignés comme sexuels, mais qui néanmoins portent atteinte à la dignité d'un sexe sur le lieu de travail, doivent dès lors être inclus dans la définition du harcèlement sexuel¹⁵.

5 FF 1993 1219.

6 Tribunal administratif du Canton de Zurich, 8 février 2006, PB.2004.00085, cons. 6.2.

7 Comme le rappelle notamment CLAUDIA KAUFMANN, Commentaire de la loi sur l'égalité, Lausanne 2000, art. 4 n. 65, 70.

8 Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998, ZR 99 (2000) 257, 282–283.

9 Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998 (n. 8), 283, qui se réfère à KAUFMANN (n. 7), art. 4 n. 17.

10 Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998 (n. 8), 283.

11 Idem (n. 10).

12 Tribunal du travail de Unterrheintal, 12 mars 2001, JAR 2002 342, 351–352.

13 Tribunal du district d'Arlesheim, 21 janvier 1999, 22–99/0041, cons. 6.b.

14 Tribunal administratif du Canton de Zurich, 7 janvier 2004, PB.2003.00022, cons. 7.2.2., 7.2.3, qui laisse ouverte la question de savoir si une seule allusion sexuelle de ce type peut être constitutive d'un harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg et renvoie à KAUFMANN (n. 7), art. 4 n. 59, selon laquelle il est exclu de faire de la répétition d'actes une condition nécessaire à l'admission d'un climat de travail hostile.

15 Voir par exemple: SUSAN EMMENEGGER, *Feministische Kritik des Vertragsrechts*, Fribourg 1999, 182–186; THOMAS GEISER, *Rechtsfragen der sexuellen Belästigung*, RJB 2001 429 ss, 432–433. MONIQUE COSSALI SAUVIN explique (Egalité entre

C'est en faveur de cette solution que s'est prononcé le Tribunal cantonal du Canton de Vaud le 19 janvier 2000¹⁶. L'arrêt portait sur le cas d'un patron de bistrot qui traitait sa sommelière de " salope, connasse, sale pute " et disait généralement des femmes qu'elles étaient " toutes des salopes ". Appelés à trancher la question de savoir si de tels propos étaient constitutifs de harcèlement sexuel, les juges vaudois se sont distancés de l'interprétation proposée par KAUFMANN¹⁷, suivant laquelle les termes " tout autre comportement fondé sur l'appartenance sexuelle " n'auraient aucune portée propre, pour se rallier à celle retenue par KLETT¹⁸, selon laquelle un comportement dénigrant une travailleuse ou un travailleur du fait de son appartenance à un sexe viole l'interdiction de discriminer figurant à l'art. 4 LEg¹⁹. Après avoir renvoyé aux principes applicables en droit européen²⁰, au message du Conseil fédéral²¹ et à la jurisprudence suisse relative au harcèlement sexuel²², le Tribunal a jugé que les propos susmentionnés " ne constituent pas des actes de harcèlement sexuel au sens courant du terme mais ont toutefois un caractère sexiste tombant sous le coup de la seconde hypothèse de l'article 4 LEg ". De tels propos tenus régulièrement devant la clientèle et le personnel ne pouvaient être ressentis par la recourante que comme une grave atteinte à sa dignité rendant très pénible pour elle l'atmosphère de travail²³.

Le 6 avril 2001, le Tribunal fédéral a rejeté le recours en réforme dont il avait été saisi contre cet arrêt vaudois²⁴. Le Tribunal renvoie à sa jurisprudence du 4 juillet 2000, selon laquelle " les remarques sexistes et les commentaires grossiers ou embarrassants entrent dans la définition du harcèlement sexuel " ²⁵. L'arrêt en question avait pour objet la plainte d'une conseillère en entreprise dont le directeur était un jour entré dans le secrétariat en s'exclamant " toutes des salopes " et lui avait demandé en présence d'une autre employée si elle était lesbienne. Il ajoute que bien que les exemples cités à l'art. 4 LEg 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 " ²⁶. Le fait que la demanderesse ait eu recours au même vocabulaire " ne saurait justifier l'admission par l'employeur de remarques sexistes, grossières ou embarrassantes, en particulier de la part d'un supérieur hiérarchique, dont le comportement peut déteindre sur celui de ses subordonnés " ²⁷. Le Tribunal fédéral réserve l'hypothèse où un tel langage aurait été utilisé dans un contexte a priori personnel, comme des messages échangés entre collègues de travail²⁸. Dans un arrêt du 22 mai 2006, le Tribunal fédéral précise que le fait que la demanderesse ait été appelée par son prénom ou par d'autres termes, comme " ma petite " ou " ma grande " ne permet pas à lui seul de conclure à l'existence d'un harcèlement sexuel²⁹.

II. Importun

Au sens de l'article 4 de la loi sur l'égalité, le harcèlement sexuel se caractérise avant tout par le fait que le comporte-

ment n'est pas souhaité par la personne qui le subit. L'intention de l'auteur n'est en effet pas déterminante³⁰. Le Tribunal du travail de Zurich précise qu'il n'est pas nécessaire que l'auteur ait pour but d'empoisonner les rapports de travail, ni même qu'il envisage ce résultat³¹. Il en va différemment en matière pénale, où le Tribunal fédéral a par exemple jugé que l'envoi d'un mail pornographique n'est pas punissable lorsque son auteur n'avait pas l'intention de commettre un harcèlement³².

femmes et hommes: Loi fédérale du 24 mars 1995, FJS 1997 N° 544) que le fait de critiquer systématiquement le travail d'une personne en relation avec son appartenance sexuelle entre dans la notion de harcèlement sexuel.

- 16 Tribunal cantonal du Canton de Vaud, 19 janvier 2000.
- 17 KAUFMANN (n. 7), art. 4 n. 52.
- 18 KATHRIN KLETT, Das Gleichstellungsgesetz, ZBl 98 (1997) 49, 57.
- 19 Tribunal cantonal du Canton de Vaud, (n. 16), cons. 3.a. Les juges se sont également référés à l'interprétation large de l'art. 4 LEg faite par CATHERINE JACCOTTET TISSOT (Harcèlement sexuel et loi sur l'égalité, Plaidoyer 1999 50, 51) qui " distingue harcèlement moral et harcèlement sexuel en ce sens que, dans le second, c'est l'identité sexuelle de la personne qui est visée ".
- 20 L'arrêt renvoie notamment à la définition retenue par la Commission des communautés européennes dans une recommandation du 27 novembre 1991 (JO L 49, 24/2/1992).
- 21 FF 1993 1219.
- 22 Tribunal des prud'hommes de Genève, 21 novembre 1991 (n. 3); Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998 (n. 8).
- 23 Tribunal cantonal du Canton de Vaud, 19 janvier 2000 (n. 16), cons. 3.c.
- 24 Tribunal fédéral, 6 avril 2001, 4C.187/2000.
- 25 Tribunal fédéral, 4 juillet 2000, ATF 126 III 395, cons. 7.b.bb.
- 26 Tribunal fédéral, 4 juillet 2000 (n. 25), cons. 7.b.bb., qui se réfère à MONIQUE COSSALI SAUVIN, La loi sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995, in: GABRIEL AUBERT (éd.), Journée 1995 de droit du travail et de sécurité sociale, Zurich 1999, 57 ss, 68 et à KAUFMANN (n. 7), art. 4 n. 17 ss.
- 27 Tribunal fédéral, 4 juillet 2000 (n. 25), cons. 7.d.
- 28 Tribunal fédéral, 22 mai 2006, 4C.60/2006, cons. 3.1., qui renvoie à l'arrêt du 4 juillet 2000 (n. 25), cons. 7d.
- 29 Tribunal fédéral, 22 mai 2006 (n. 28), cons. 3.3, qui renvoie à un arrêt du 12 octobre 2004, JAR 2005 280.
- 30 NICOLE VÖGELI, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen, Zurich 1996, 54, 58; KAUFMANN (n. 7), art. 4 n. 55, 58. Se référant notamment à ces deux auteurs, le Tribunal administratif du canton de Zurich, par exemple, relève qu'une intention de discriminer n'est pas nécessaire. Arrêt du 7 janvier 2004 (n. 14), cons. 7.2.1.
- 31 Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998 (n. 8), 282-283.
- 32 Selon les juges fédéraux: " Der Kläger hätte zwar (...) voraussehen können, dass das E-Mail unter Umständen (...) automatisch an Dritte weitergeleitet werden könnte, die durch den pornographischen Inhalt des E-Mails belästigt werden könnten, doch ist ihm dieses Wissen höchstens als Fahrlässigkeit

1. Sensibilité moyenne d'une personne du même sexe

Inspirés par la jurisprudence états-unienne du début des années nonante³³, les tribunaux suisses considèrent généralement que le caractère importun d'un acte doit être déterminé en tenant compte de la "sensibilité moyenne des femmes"³⁴. Selon un arrêt rendu par la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève, "il convient de se référer à la sensibilité d'une personne raisonnable du même sexe en proie à une telle situation"³⁵.

Le Tribunal du travail de Zurich ajoute que le sentiment subjectif de la victime ne doit jouer aucun rôle. Selon les juges zurichois, le comportement d'un maître d'hôtel qui interpelle une employée en criant "Hoi Schätzeli" à travers tout le restaurant, veut sortir avec elle, pose sa main sur son genou et tire sur sa blouse afin de regarder dans son décolleté, doit être qualifié de harcèlement sexuel, même si l'employée en question ne ressent pas ce comportement comme tel³⁶. Pareille interprétation est toutefois contraire à celle retenue par la doctrine majoritaire, selon laquelle il y a lieu de tenir compte, non seulement du point de vue objectif de la "femme raisonnable" ou de la "personne raisonnable", mais également de la sensibilité subjective de la victime, compte tenu des circonstances particulières du cas³⁷.

2. Quel que soit le contexte professionnel?

Aucun consensus jurisprudentiel ne se dégage quant à la question – controversée en doctrine³⁸ – de savoir si l'atmosphère régnant habituellement sur le lieu de travail doit être prise en considération afin de déterminer l'existence d'un harcèlement sexuel.

Le Tribunal du travail de Zurich a jugé que la question de savoir si un acte revêt un caractère harcelant doit être résolue à la lumière du contexte professionnel. Se référant à VÖGELI, le Tribunal relève qu'on ne parle pas de la même manière sur un chantier ou dans une banque³⁹. Amené à se prononcer sur le cas d'une journaliste sportive qui se plaignait, entre autres, du langage utilisé par ses collègues masculins à son égard, le Tribunal des prud'hommes de Genève a débouté la demanderesse de sa prétention en paiement d'une indemnité pour tort moral, au motif, notamment, qu'un langage familier, voire grossier, est monnaie courante au sein d'une agence de presse spécialisée dans les informations sportives⁴⁰.

Saisie du recours d'un chef infirmier militaire puni notamment pour avoir attiré l'attention d'une subordonnée sur des photos d'hommes nus figurant dans un magazine "Bravo", la Commission fédérale de recours en matière du personnel fédéral a en revanche estimé que l'argument selon lequel il est difficile de concevoir qu'un magazine destiné aux jeunes entre 12 et 18 ans puisse choquer une femme adulte travaillant dans le milieu médical, montrait à quel point le recourant comprenait peu les raisons qui sont à l'origine de l'interdiction de harcèlement sexuel. Il est vrai que le journal "Bravo", qui vise un lectorat jeune, est peu susceptible de

choquer une infirmière militaire. Il est aussi exact que dans le milieu des soins, les corps nus font partie du quotidien. Selon la Commission, cela ne change toutefois rien au fait que le recourant savait ou aurait dû savoir que sa subordonnée ne souhaitait pas qu'il attire son attention sur des photos d'hommes nus dans un magazine pour adolescents⁴¹. Le fait que le recourant ait travaillé jusqu'alors uniquement avec des hommes et que sa subordonnée ne se soit auparavant jamais plainte de l'atmosphère qui régnait sur son lieu de travail ne constitue pas non plus une excuse. Un supérieur hiérarchique doit savoir s'adapter aux nouvelles situations et se comporter avec tact et politesse à l'égard des personnes qui travaillent sous ses ordres⁴². On ne peut attendre d'une collaboratrice qu'elle s'adapte à un environnement de travail où ces normes de comportement font défaut. Le recourant devait savoir que son comportement était inadéquat puis-

anzurechnen, welche nicht strafbar ist." Arrêt du 30 juillet 2003, 4C.109/2003, cons. 2.2.1. Au sujet du harcèlement sexuel en matière pénale: KATHRIN KUMMER, *Sexuelle Belästigung aus strafrechtlicher Sicht*, Berne 2002.

33 *Ellison v. Brady*, 924 F.2d. 872 (9th Cir. 1991), *Harris v. Forklift*, 510 U.S. 17 (1993).

34 A titre d'exemple: Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998 (n. 8), 283; Tribunal du district d'Arlesheim, 21 janvier 1999 (n. 13), cons. 6.a; Tribunal du district de Schwyz, 6 novembre 2000, JAR 2002 303, 304. L'arrêt zurichois se réfère à VÖGELI (n. 30), 53.

35 Chambre d'appel des prud'hommes de Genève, 7 octobre 2002, C/32729/1998 – 5, cons. 3.a., qui se réfère à KAUFMANN (n. 7), art. 4 n. 24.

36 Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998 (n. 8), 283, qui se réfère à VÖGELI (n. 30), 53. Dans un jugement du 27 juin 1995 (n. 4), le Tribunal explique, en se référant à une jurisprudence fédérale relative à la protection de la personnalité (ATF 105 II 163): "Die Schwere der Belästigung und deren objektive Erfüllung ist jedoch unabhängig vom subjektiven Empfinden der Betroffenen (...)."

37 KAUFMANN (n. 7), art. 4 n. 24, JACOTTET TISSOT (n. 19), 51, AUDREY LEUBA, *Harcèlement sexuel: Plaidoyer pour une application raisonnable de la loi*, in: *Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach*, Bâle 2000, 125 ss, 138–142.

38 Au sujet de cette controverse, voir EMMENEGGER (n. 15), 173–174. L'auteure oppose une conception orientée vers la protection de la personnalité, en vertu de laquelle il convient de tenir compte du contexte dans lequel survient une atteinte, à une conception orientée vers l'égalité, qui vise la transformation de la réalité sociale.

39 Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998 (n. 8), 283. Cette argumentation a notamment été reprise par le Tribunal du district d'Arlesheim, 21 janvier 1999 (n. 13), cons. 6.a.

40 Tribunal des prud'hommes de Genève, 20 janvier 2003, C/6724/2002 – 5, cons. 8.b. Ce jugement a été confirmé par la Chambre d'appel le 2 octobre 2003, puis par le Tribunal fédéral, le 12 octobre 2004, JAR 2005 280.

41 Décision du 11 septembre 1996, CRP 24/1995, cons. 5.c.

42 Comme l'exigeait l'art. 24 du Statut des fonctionnaires du 30 juin 1927, en vigueur à l'époque.

qu'il avait indiqué à sa subordonnée qu'elle devait s'habituer au monde d'homme qu'elle avait elle-même choisi⁴³.

Lors de l'affaire mentionnée plus haut opposant la sommelière d'un bar de quartier à son employeur, le Tribunal cantonal vaudois a également jugé que l'atmosphère grossière propre au bistrot dans lequel travaillait la demanderesse ne permettait pas de justifier les propos injurieux tenus à son égard⁴⁴. Saisi par un recours de l'employeur, le Tribunal fédéral a rejeté l'argumentation selon laquelle la sommelière, en choisissant de travailler dans un bar de quartier, avait consenti aux atteintes infligées par son patron⁴⁵.

III. Synthèse

Les tribunaux suisses sanctionnent non seulement le chantage sexuel, mais aussi la création d'un environnement de travail hostile. Le Tribunal fédéral a en particulier rendu plusieurs jugements où il rappelle que les remarques sexistes ou les commentaires grossiers ou embarrassants portant atteinte à la dignité d'un sexe sur le lieu de travail entrent dans la définition du harcèlement sexuel au sens de l'article 4 LEg. Afin de déterminer l'inopportunité d'un comportement, les tribunaux prennent généralement comme critère la sensibilité d'une personne raisonnable du même sexe placée dans les mêmes circonstances. Une intention de l'auteur d'obtenir des faveurs sexuelles ou d'empoisonner les rapports de travail n'est pas nécessaire. La question de savoir si l'atmosphère régnant habituellement dans un milieu professionnel doit être prise en considération lors de la détermination du caractère importun n'est pas clairement tranchée.

C. La diligence de l'employeur

L'interdiction de discriminer figurant à l'article 4 de la loi sur l'égalité s'adresse uniquement aux employeurs. Le devoir de diligence exigé par cette disposition correspond à celui pouvant être déduit de l'art. 328 CO⁴⁶. Au sens de cet article, l'employeur doit non seulement s'abstenir de porter lui-même atteinte à la personnalité de ses employées, mais est également tenu de protéger son personnel contre les atteintes émanant de supérieurs hiérarchiques, de collègues ou de tiers⁴⁷. Lorsqu'un harcèlement sexuel a pu être établi, l'employeur supporte la charge de prouver "qu'il a pris les mesures que l'expérience commande, qui sont appropriées aux circonstances et que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour prévenir ces actes ou y mettre fin"⁴⁸. La loi ne précisant pas la nature concrète des mesures devant être prises, chaque cas doit être jugé individuellement en tenant compte de la situation particulière de l'entreprise⁴⁹.

I. Devoir de prévention

Amené à se prononcer sur la plainte d'une employée de maison alléguant avoir été harcelée par le mari de son employeuse, le Tribunal supérieur du Canton de Bâle-Cam-

pagne a par exemple jugé que l'on ne peut attendre d'une employeuse privée qu'elle prenne des mesures de prévention comparables à celles susceptibles d'être prises dans une grande entreprise, à savoir la désignation d'une personne de contact, la diffusion de brochures explicatives ou la menace de sanctions internes. Le Tribunal conclut que l'employeuse, qui n'avait jamais été rendue attentive au comportement de son mari, aurait été en mesure de libérer au sens de l'art. 5 al. 3 LEg, si le harcèlement sexuel avait pu être prouvé⁵⁰.

La preuve libératoire prévue par cette disposition a également été admise dans un arrêt rendu par la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève le 3 mars 2005. Après avoir constaté que l'employeur, propriétaire de kiosques, avait pris des mesures suffisantes pour remédier à un cas de harcèlement sexuel dont il avait été informé, la Cour s'est demandée si, d'une manière générale, l'employeur avait pris des mesures préventives suffisantes contre le harcèlement sexuel. Les juges genevois ont répondu de façon affirmative, au motif notamment que la Convention collective de travail à laquelle sont soumis les employé·e·s de l'entreprise en question stipule que les cas de harcèlement sexuel peuvent être dénoncés soit auprès de l'employeur soit auprès de la Commission paritaire. "La Cour constate que seule une information très générale est donnée. Toutefois, il est notoire que tout travailleur connaît l'existence du service du personnel et des ressources humaines (...) Dès lors, la Cour retiendra que T savait, devait raisonnablement savoir, qu'elle pouvait contacter les ressources humaines ou le service du personnel si elle avait un problème". Le fait que l'employeur n'ait pas dispensé d'information spécifique sur le harcèlement sexuel n'a pas été retenu en sa défaveur⁵¹.

Quelques mois plus tard, la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève semble toutefois avoir augmenté

43 Décision du 11 septembre 1996 (n. 41), cons. 6.c.aa.

44 Tribunal cantonal du Canton de Vaud, 19 janvier 2000, (n. 16), cons. 4.

45 Tribunal fédéral, 6 avril 2001 (n. 24), cons. 5. Le Tribunal ajoute que "la brièveté des rapports de travail montre que la demanderesse n'acceptait pas l'atmosphère que lui imposait l'employeur".

46 LUZIUS MADER, Das Gleichstellungsgesetz – Entstehung, Ziele und Instrumente, *in*: IVO SCHWANDER, RENÉ SCHAFFHAUSER (éd.), Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, St-Gall 1996, 9 ss, 30; KAUFMANN (n. 7), art. 4 n. 47.

47 Comme le rappelle le Tribunal fédéral dans un arrêt du 8 février 2006, ATF 132 III 257, cons. 5.

48 Art. 5 al. 3 LEg.

49 EDI CLASS, RAINER MÖSSINGER, Die Rechte der Frau im Arbeitsverhältnis, Zurich 1996, 26; KAUFMANN (n. 7), art. 4 n. 45; GEISER (n. 15), 445.

50 Tribunal supérieur du Canton de Bâle-Campagne, 10 avril 2001, 42-00/1087 (A 281), cons. 3b, qui se réfère à MARGITH BIGLER-EGGENBERGER, Commentaire de la loi sur l'égalité, Lausanne 2000, art. 5 n. 37 ss.

51 Chambre d'appel des prud'hommes de Genève, 3 mars 2005, C/3842/2002 – 3, cons. 6.

ses exigences relatives aux mesures qui devraient être prises par un employeur pour prévenir le harcèlement sexuel. Dans un arrêt du 20 octobre 2005, la Cour a jugé que l'employeur "ne peut pas, en l'espèce, se soustraire à sa responsabilité en se prévalant de la documentation qu'il fournit à son personnel, lors de l'engagement, destinée à indiquer la procédure à suivre en cas de harcèlement ou de *mobbing*. Cette documentation revêt un caractère très théorique et surtout, de par la manière dont elle a été diffusée et promue, elle semble de fait, être restée "lettre morte" dans l'esprit des collaborateurs, faute de rappels, d'informations ou d'instructions concrètes. C'est dire qu'elle ne suffit pas pour atteindre le but recherché"⁵².

Ce second arrêt peut être rapproché de celui, déjà abondamment cité, rendu par le Tribunal du travail de Zurich le 30 septembre 1998. Selon le Tribunal zurichois, un employeur qui n'a abordé la question du harcèlement sexuel que brièvement dans une séance destinée aux cadres, sans se soucier d'informer son personnel que ce comportement ne peut être toléré, n'a pas pris les mesures préventives qui pouvaient raisonnablement être attendues de lui. Lors de la séance, la direction de l'hôtel avait certes expliqué que les comportements incorrects, tels que le harcèlement sexuel ou le non respect des horaires de travail, devaient être signalés à la division des ressources humaines. Aucune mention n'avait toutefois été faite des conséquences civiles et pénales que peut avoir le harcèlement sexuel. Surtout, aucune directive n'avait été donnée au personnel de ne pas tolérer le harcèlement sexuel, le cas échéant, de s'abstenir d'un tel comportement⁵³. L'existence d'un service interne à disposition du personnel ne peut suffire à libérer l'employeur. Encore faut-il que le personnel sache que ce service est aussi là pour traiter de questions difficiles à aborder, comme le harcèlement sexuel. Les employées n'auront le sentiment de pouvoir parler de harcèlement sexuel que si elles connaissent la position de l'employeur à ce sujet. L'employeur ne peut se prévaloir du fait qu'il n'avait pas été informé du harcèlement sexuel, s'il n'a pas pris les mesures préventives qui auraient empêché la survenance d'un tel comportement⁵⁴.

II. Devoir de mettre fin au harcèlement sexuel

L'étude de la jurisprudence rendue ces dernières années révèle plusieurs cas où les mesures prises par l'employeur suite à un harcèlement sexuel ont été jugées insuffisantes ou inappropriées. Deux arrêts du Tribunal fédéral peuvent être cités à titre d'illustration. Dans le premier, du 4 juillet 2000, le Tribunal a jugé inappropriée la réaction de l'employeur qui s'était borné à annoncer qu'il confierait l'ouverture d'une enquête à la direction, laquelle faisait également l'objet d'accusations de la part de la demanderesse⁵⁵. Dans le second, du 8 janvier 1999, le Tribunal fédéral a jugé que l'employeur aurait dû intervenir pour mettre fin aux agissements de son directeur au lieu de renvoyer la demanderesse à une discussion avec son supérieur qui la licencia quelques jours plus tard⁵⁶.

Dans l'arrêt susmentionné du 3 mars 2005, la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève a en revanche jugé que l'employeur avait pris les mesures nécessaires pour mettre fin au harcèlement sexuel commis par le gérant d'un de ses kiosques à l'égard d'une vendeuse. La Cour relève que l'employeur a tout d'abord rencontré la vendeuse et enregistré ses doléances. Il s'est soucié de son état et lui indiqué divers organismes pouvant la soutenir et l'assister. Il a ensuite convoqué le gérant du kiosque et lui a de suite notifié un avertissement, le mettant en demeure de cesser immédiatement son comportement déplacé. Ce dernier s'est excusé par écrit auprès de la vendeuse. Une enquête interne a été effectuée. L'employeur a par ailleurs proposé de procéder à une médiation et d'en payer tous les frais. La Chambre d'appel retient que l'employeur a fait preuve de disponibilité et de compréhension envers la vendeuse. Il a collaboré avec l'inspection du travail, auprès de laquelle la travailleuse s'était plainte. Enfin, il a déplacé le gérant dans un autre kiosque dès qu'il a eu connaissance d'un jugement du Tribunal de police le condamnant en raison du comportement déplacé qu'il admettait avoir eu envers sa subordonnée. Plus d'une année s'étant écoulée entre la révélation des faits par l'employée et la mutation de l'auteur, la question se posait de savoir si cette mesure aurait dû être prise dès le moment de la plainte. Après avoir rappelé qu'il appartenait à ce moment à l'employeur de prendre des mesures pour faire cesser le harcèlement, la Cour a jugé qu'un déplacement du gérant ne s'imposait pas, la vendeuse étant en congé maladie et ne travaillant pas. "En l'espèce, c'est l'avertissement contenant les injonctions qui constitue la mesure visant à faire cesser le harcèlement, comme exigé par l'article 5 al. 3 LEg"⁵⁷.

III. Le licenciement immédiat de l'auteur est-il justifié?

Déjà avant l'entrée en vigueur de la loi sur l'égalité, le Tribunal des prud'hommes de Genève expliquait qu'un "employeur doit savoir se séparer, *avec effet immédiat*, d'un employé fût-il directeur, sous-directeur ou gérant, convaincu de harcèlement sexuel"⁵⁸. Le Tribunal du district de Schwyz a par exemple considéré comme justifié le licenciement immédiat d'un employé qui avait saisi la poitrine d'une apprentie mineure. L'employeur ne pouvait pas simplement partir

52 Chambre d'appel des prud'hommes de Genève, 20 octobre 2005, C/21343/2003 – 5, cons. 3.

53 Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998 (n. 8) 293–294, cons. 5a.

54 Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998 (n. 8), cons. 5b.

55 Tribunal fédéral, 4 juillet 2000 (n. 25), 398–399.

56 Tribunal fédéral, 8 janvier 1999, SJ 1999 277, 281.

57 Chambre d'appel des prud'hommes de Genève, 3 mars 2005 (n. 51), cons. 5.

58 Tribunal des prud'hommes de Genève, 21 novembre 1991 (n. 3), 172.

du principe que ce comportement n'allait pas se répéter. Le cas échéant, une grave violation de son obligation de diligence aurait pu lui être reprochée⁵⁹.

Le Tribunal fédéral a considéré que la décision de licencier avec effet immédiat un agent de police valaisan qui avait harcelé sexuellement une secrétaire n'était ni arbitraire, ni disproportionnée. La secrétaire s'était plainte à plusieurs reprises du comportement de l'agent qui s'était vu interdire l'accès à son bureau. Les problèmes ayant toutefois persisté, le conseil communal avait décidé de convoquer les deux parties pour un entretien avec une consultante spécialisée en matière de harcèlement. La conciliation n'ayant pas abouti, le conseil communal avait alors décidé d'ouvrir une enquête administrative. L'enquête avait été confiée à un ancien Juge d'instruction pénale qui, dans ses conclusions, avait proposé de retenir l'existence d'un harcèlement sexuel. Après avoir entendu l'agent à deux reprises sur les faits qui lui étaient reprochés, le conseil communal avait décidé de le licencier avec effet immédiat. Même si le harcèlement constituait le principal motif du licenciement, le conseil communal avait à juste titre pris en considération les avertissements dont l'intéressé avait précédemment dû faire l'objet en raison de la mauvaise qualité de son travail, ainsi que son comportement général, indigne de sa fonction de policier. "En résiliant les rapports de service du recourant il n'a donc pas pris une mesure disproportionnée, mais a prononcé la seule sanction possible dans les circonstances qui s'imposaient à lui"⁶⁰.

Le Tribunal fédéral a en revanche jugé que l'envoi d'un courrier électronique pornographique ne justifie pas nécessairement un licenciement immédiat, sans avertissement préalable. Dans le cas d'espèce, le licenciement avait été prononcé peu après la démission d'une collaboratrice qui n'avait plus supporté de recevoir des messages à caractère pornographique de la part de ses collègues. La direction avait réagi par l'envoi d'une circulaire soulignant que le harcèlement sexuel serait sanctionné au sein de l'entreprise. L'employé licencié n'avait toutefois pas été impliqué dans le harcèlement sexuel à l'origine de la démission susmentionnée. Son unique courrier s'adressait à une personne extérieure à l'entreprise qui n'y voyait pas d'inconvénient. Un avertissement aurait dès lors suffi à le dissuader de recommencer⁶¹. Le Tribunal fédéral a jugé, en outre, qu'un acte unique d'exhibitionnisme commis dans une chambre d'hôtel, lors d'un voyage d'affaire, n'était pas suffisamment grave pour justifier le licenciement immédiat d'un employé qui n'avait pas une position de cadre dans la société⁶².

IV. Synthèse

La jurisprudence rendue ces dernières années en matière de harcèlement sexuel montre qu'il n'existe pas de mesures miracles dont l'adoption libérerait automatiquement l'employeur au sens de l'art. 5 al. 3 LEg. Les tribunaux se demandent dans chaque cas si les démarches invoquées étaient réellement susceptibles de prévenir le harcèlement sexuel ou d'y mettre fin. L'élaboration d'un règlement ou la

nomination d'une personne de contact ne sont pas toujours suffisantes. Encore faut-il que le personnel ait eu connaissance dudit règlement et se soit senti autorisé à s'adresser à la personne désignée. Le Tribunal fédéral a rappelé à plusieurs reprises que l'employeur a le devoir d'intervenir pour mettre fin à un harcèlement sexuel. Les mesures qu'il lui appartient de prendre peuvent aller, dans les cas les plus graves, jusqu'au licenciement immédiat de l'auteur.

D. L'indemnité pour harcèlement sexuel, les dommages-intérêts et la réparation du tort moral

I. Les dommages-intérêts et la réparation du tort moral

L'employeur qui viole son obligation de diligence au sens de l'art. 328 CO répond du dommage matériel et du tort moral causés par sa négligence en vertu des arts. 97 ss et 49 CO. L'employeur encourt également une responsabilité pour le préjudice matériel ou moral résultant du harcèlement sexuel causé par ses auxiliaires sur la base de l'art. 101 CO⁶³. Le 13 octobre 2004, le Tribunal fédéral a par exemple tenu responsable une commune vaudoise, sur la base de cette disposition, pour le harcèlement psychologique commis par un auxiliaire à l'encontre d'une secrétaire. Après avoir admis une responsabilité de la commune sur la base de l'art. 101 CO, le Tribunal a estimé qu'il n'était plus nécessaire d'examiner la question de savoir si celle-ci s'était également rendue coupable d'une violation de contractuelle en ne prenant pas toutes les mesures nécessaires pour protéger la personnalité de son employée une fois que celle-ci lui eut fait part de la situation⁶⁴. Amené à se pencher sur le cas d'une bibliothécaire qui se plaignait notamment d'avoir été harcelée sexuellement sur son lieu de travail, le Tribu-

59 Tribunal du district de Schwyz, 6 novembre 2000 (n. 34), 305.

60 Tribunal fédéral, 10 février 2004, 2P.19/2004, cons. 2.

61 Tribunal fédéral, 30 juillet 2003 (n. 32).

62 Tribunal fédéral, 24 juin 2004, 4C.100/2004, cons. 3.2., qui motive sa décision notamment par le fait que l'auteur avait agi alors que les obligations liées à son travail avaient pris fin.

63 Comme le soulignait déjà un arrêt rendu par la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève en matière de harcèlement sexuel le 24 novembre 1989, JAR 1990 183, 186 (n. 4).

64 Tribunal fédéral, 13 octobre 2004, 4C.343/2003, cons. 4. Amené à trancher la question de savoir si le fonctionnaire cantonal qui avait harcelé une secrétaire employée par la commune pouvait être considéré comme un auxiliaire de cette dernière, le Tribunal a répondu par l'affirmative, au motif que le fonctionnaire s'était vu confier par la commune, à tout le moins tacitement, l'exécution de l'obligation découlant de l'art. 328 CO à l'égard des employées du secrétariat.

nal fédéral rappelle, dans un arrêt du 6 avril 2005, qu'un ou une salarié-e, "victime d'une atteinte à sa personnalité contraire à l'art. 328 CO du fait de son employeur ou des auxiliaires de celui-ci, peut prétendre à une indemnité pour tort moral aux conditions fixées par l'art. 49 al. 1 CO". Le Tribunal a toutefois jugé, dans le cas d'espèce, que le refus d'allouer une indemnité pour tort moral n'était pas contraire aux arts. 49 et 328 CO, la preuve d'un harcèlement sexuel ou psychologique n'ayant pu être apportée⁶⁵.

II. L'indemnité pour harcèlement sexuel

L'employeur qui n'est pas parvenu à prouver qu'il avait pris les mesures nécessaires pour prévenir ou mettre fin au harcèlement sexuel peut être condamné au versement d'une indemnité sur la base de l'art. 5 al. 3 LEg. L'indemnité est fixée compte tenu de toutes les circonstances et calculée sur la base du salaire moyen suisse. L'art. 5 al. 4 LEg précise que l'indemnité n'excédera pas le montant correspondant à six mois de salaire. En pratique, les montants alloués sur la base de cette disposition se situent généralement entre un et trois mois de salaire moyen suisse. Le Tribunal du district d'Arlesheim a par exemple alloué une indemnité d'un mois de salaire moyen suisse à une vendeuse qui se plaignait des avances sexuelles émanant de son supérieur hiérarchique. Seule une proposition déplacée de la part de ce dernier ayant pu être prouvée, l'octroi de l'indemnité de six mois de salaire moyen réclamée par la demanderesse ne se justifiait pas⁶⁶.

III. Le cumul entre les indemnités pour tort moral et pour harcèlement sexuel

Le jugement rendu par le Tribunal du travail de Zurich le 30 septembre 1998 mérite une fois encore d'être cité à titre d'illustration. Le Tribunal a alloué une indemnité de trois mois de salaire moyen suisse sur la base de l'art. 5 al. 3 LEg à chacune des deux stagiaires qui avaient intenté action. Les demanderessees se sont en outre vues allouer une indemnité de six mois de salaire en raison du licenciement immédiat dont elles avaient fait l'objet, ainsi qu'une indemnité pour tort moral d'un montant de fr. 7000.-. Le Tribunal explique que l'indemnité due par l'employeur en raison de la violation de son obligation de diligence n'a ni le caractère de dommages-intérêts, ni celui de réparation morale. Elle ne dépend pas de l'existence d'un préjudice matériel ou moral⁶⁷. Son montant ne doit dès lors pas être pris en considération lors de la fixation de l'indemnité pour tort moral due en raison du harcèlement sexuel subi⁶⁸.

Conforme à l'avis de la doctrine majoritaire⁶⁹, cette solution est toutefois contraire à celle retenue par le Tribunal et la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève qui, à plusieurs reprises, ont jugé que l'indemnité prévue à l'art. 5 al. 3 LEg ne pouvait être cumulée avec celle pour tort moral⁷⁰. Les juges genevois renvoient à un arrêt du Tribunal fédéral du 4 juillet 2000 qui ne se prononce toutefois pas véritablement sur cette question⁷¹. Se référant notamment à

COSSALI SAUVIN, l'arrêt relève que "dans la mesure où la LEg constitue une loi spéciale par rapport aux dispositions du Code des obligations et où la réparation du même préjudice est prévue dans les deux lois, le travailleur n'aura droit qu'à une seule indemnité pour la même atteinte"⁷². Or, si COSSALI SAUVIN écarte la possibilité d'un cumul entre l'indemnité pour résiliation abusive prévue par l'art. 336a CO et l'indemnité pour résiliation discriminatoire basée sur l'art. 5 al. 2 LEg, au motif que les deux sanctions ont une fonction identique, elle considère, en revanche, que des dommages-intérêts et une indemnité pour tort moral peuvent s'ajouter à l'indemnité prévue à l'art. 5 al. 3 LEg, chaque sanction ayant une fonction différente⁷³. Le Tribunal fédéral poursuit du reste en expliquant que la "LEg introduit à l'art. 5 al. 3 LEg un droit supplémentaire, lequel permet au juge de condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité, indépendamment du préjudice subi"⁷⁴. C'est donc à tort que la juridiction genevoise se fonde sur l'arrêt fédéral du 4 juillet 2000 pour écarter un cumul entre l'indemnité due

65 Tribunal fédéral, 6 avril 2005, 4C.473/2004, cons. 8, qui se réfère à un ATF 125 III 70 relatif à un cas de harcèlement psychologique, selon lequel l'employeur répond, sur la base de l'art. 101 CO, des atteintes à la personnalité émanant de collaborateurs.

66 Tribunal du district d'Arlesheim, 21 janvier 1999 (n. 13), cons. 6 c.

67 Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998 (n. 8), 295, qui cite CLAUDIA KAUFMANN, Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, in: IVO SCHWANDER, RENÉ SCHAFFHAUSER (n. 46), 59 ss, 72.

68 Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998 (n. 8), 299: "Die Entschädigung wegen mangelnder Prävention im Sinne von Art. 5 Abs. 3 GIG stellt eine Bestrafung der Arbeitgeberin dar und ist unabhängig davon zuzusprechen, ob dem Opfer immaterielle Unbill widerfahren ist. Deren Höhe hat demzufolge bei der Bemessung der Genugtuung gleichfalls unberücksichtigt zu bleiben."

69 Voir, par exemple, VÖGELI (n. 30), 46; KLETT (n. 18), 58–59; BIGLER-EGGENBERGER (n. 50), art. 5 n. 21, 43, 64, 74, 78; FELIX DASSER, Punitive damages: Vom "fremden Fötzel" zum "Miteidgenoss"?, RSJ 96 (2000) 106–107.

70 Chambre d'appel des prud'hommes de Genève, 19 juin 2006, C/28777/2003, cons. 4; Tribunal des prud'hommes, 19 août 2005, C/28777/2003 – 1, cons. 3; Tribunal des prud'hommes, 24 septembre 2002, C/12999/2001 – 3, cons. 5; Tribunal des prud'hommes, 23 janvier 2001, C/3803/2000 – 4, cons. 2.

71 Tribunal fédéral, 4 juillet 2000 (n. 25). Pour un commentaire de cet arrêt: KARINE LEMPEN, PJA 2001 1108–1111; FRANZ WERRO, MARIOLAINE VIRET, Egalité entre femmes et hommes: La responsabilité civile de l'employeur, in: ASTRID EPINEY, IRA VON DANCKELMANN (éd.), L'égalité entre femmes et hommes en Suisse et dans l'UE, Fribourg 2004, 89 ss, 106–108.

72 Tribunal fédéral, 4 juillet 2000 (n. 25), 397, cons. 7 b.aa., qui se réfère à COSSALI SAUVIN (n. 26), 75.

73 COSSALI SAUVIN (n. 26), 75.

74 Tribunal fédéral, 4 juillet 2000 (n. 25), 398, cons. 7b.cc.

en raison de la violation par l'employeur de son obligation de diligence (art. 5 al. 3 LEg) et celle due en raison du tort moral causé par le harcèlement sexuel (art. 49 CO), expressément réservé par l'art. 5 al. 5 LEg.

Le Tribunal fédéral aurait récemment eu l'occasion de se prononcer clairement sur la possibilité d'un tel cumul, si la recourante, qui intentait action contre l'Etat du Valais en raison du harcèlement sexuel et psychologique émanant du directeur de l'école dans laquelle elle travaillait, n'avait pas omis de prendre des conclusions en paiement d'une indemnité sur la base de l'art 5 al. 3 LEg. L'enseignante ne s'étant du reste prévalué d'aucun autre droit pouvant être déduit de l'art. 5 LEg, le Tribunal fédéral a jugé que ses moyens devaient être examinés uniquement sur la base de l'art. 5 al. 5 LEg, qui réserve les droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral⁷⁵.

IV. Synthèse

Alors que la loi sur l'égalité introduit la possibilité pour les personnes harcelées d'obtenir, en sus de la réparation du préjudice matériel et moral subi (art. 5 al. 5), le versement d'une indemnité spéciale sanctionnant l'employeur pour la violation de son obligation de diligence (art. 5 al. 3), les jugements qui fournissent un exemple d'un tel cumul demeurent encore rares. Les difficultés à établir la survenance d'un harcèlement sexuel ainsi que l'existence d'un préjudice en résultant expliquent en partie le nombre peu élevé de jugements condamnant l'employeur au versement d'une indemnité pour harcèlement sexuel et à la réparation du tort moral subi par son employée. Le fait que les diverses prétentions pouvant être déduites de l'art. 5 LEg soient encore trop peu connues de certaines juridictions cantonales peut également être avancé à titre d'explication.

E. Conclusion

A l'exception de la discrimination salariale, le harcèlement sexuel est devenu le type de discrimination à raison du sexe le plus fréquemment invoqué devant les tribunaux suisses⁷⁶. Dans le canton de Genève, en particulier, de plus en plus de femmes allèguent avoir subi sur le lieu de travail un harcèlement de type non seulement psychologique, mais également sexuel. Alors que plusieurs arrêts rappellent que les remarques sexistes ou embarrassantes qui portent atteinte à la dignité d'un sexe sur son lieu de travail doivent être qualifiées de harcèlement sexuel au sens de la loi sur l'égalité, aucun ne semble encore avoir véritablement examiné les liens existants entre cette notion et celle de harcèlement psychologique. Par ailleurs, lorsque la preuve difficile du harcèlement sexuel a pu être apportée, les tribunaux se posent généralement la question de savoir si l'employeur a pris les mesures qui pouvaient raisonnablement être attendues de lui pour remédier au cas d'espèce. La question de savoir si ce dernier avait, de manière générale, pris les mesures préventives qui auraient permis d'éviter la survenance de com-

portements harcelants au sein de l'entreprise est en revanche rarement posée. Enfin, la question du cumul des différentes indemnités pouvant être déduite de l'art. 5 LEg en cas de harcèlement sexuel continue à être tranchée différemment selon les cantons.

⁷⁵ Tribunal fédéral, 9 mai 2006, 2P.165/2005, 2A.419/2005, cons. 4.

⁷⁶ STUTZ/SCHÄR MOSER/FREIVOGEL (n. 1), 33.