

GROUPE DE CONFIANCE

**LETTRE D'INFORMATION N°27**

**FEVRIER 2020**



Le Groupe de confiance propose, dans sa première lettre d'information 2020, une interview de Madame Karine Lempen, professeure ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Genève, sur le thème du harcèlement sexuel dans le contexte professionnel.

En vous souhaitant une bonne lecture.

# REGARD JURIDIQUE ET PRATIQUE

## Interview de Madame Karine Lempen



**Le Groupe de confiance a interviewé Madame Karine Lempen, professeure à la Faculté de droit de l'Université de Genève, sur le thème du harcèlement sexuel dans le contexte professionnel. Voici ce qui ressort de cet entretien, riche de l'expertise de Mme Lempen.**

### 1) Pourriez-vous nous présenter votre parcours professionnel?

J'ai effectué des études de droit, suivies d'un assistantat auprès de l'Université de Genève au cours duquel j'ai commencé ma thèse de doctorat sur le thème de la responsabilité civile de l'employeur en cas de harcèlement sexuel. Cette thèse, débutée à Genève, je l'ai poursuivie aux Etats-Unis, ce qui m'a permis de me familiariser avec les mesures de protection contre les violences au travail mises en place dans ce pays. De retour en Suisse, j'ai mis sur pied des dispositifs de prévention du harcèlement en qualité de collaboratrice au 2e Observatoire.

Après mon doctorat, j'ai travaillé à Berne comme juriste au Bureau fédéral de l'égalité pendant neuf ans. Dans ce contexte aussi, j'ai eu l'occasion d'approfondir le thème du harcèlement dans les relations de travail et de conseiller des responsables RH sur des questions liées aux règlements d'entreprise, par exemple. En tant que professeure de droit du travail, je continue à mettre l'accent sur les questions d'égalité entre femmes et hommes dans le domaine de l'emploi, et sur la protection de la personnalité.

### 2) Quelle est en droit suisse la définition du harcèlement sexuel et quels sont les éléments à retenir?

La définition du harcèlement sexuel est posée par la Loi fédérale sur l'égalité (LEg)<sup>1</sup>. Cette loi est applicable tant dans le cadre des rapports de droit privé que dans la fonction publique. Un élément décisif de cette définition est le critère "importun", qui permet de faire la différence entre un comportement qui serait bienvenu de part et d'autre, et des actes harcelants, humiliants (qui sont interdits). La loi mentionne aussi des comportements "de caractère sexuel ou fondés sur l'appartenance sexuelle". Quelle signification donner à cette 2e partie de la phrase? La définition couvre-t-elle

<sup>1</sup> Article 4 LEg : « Par comportement discriminatoire, on entend 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 ». Cette définition correspond à celle du harcèlement sexuel donnée à l'article 3 al. 3 du Règlement relatif à la protection de la personnalité à l'Etat de Genève (RPPers).

tous les actes sexistes qui portent atteinte à la dignité au travail, y compris ceux liés à l'identité de genre ou l'orientation sexuelle? Le Tribunal fédéral n'a pas clairement tranché la question de savoir si l'art. 4 LEg interdit les comportements transphobes ou homophobes. Toutefois, les remarques sur l'orientation sexuelle sont citées par la doctrine, ainsi que dans les directives du SECO relatives à la Loi fédérale sur le travail (LTr), comme une des formes du harcèlement sexuel.

Un autre aspect de la définition du harcèlement sexuel sur lequel je souhaite mettre l'accent concerne l'indication "sur le lieu de travail". Il est généralement admis que cette notion englobe les lieux de pause ainsi que les locaux externes où sont organisés par exemple des séminaires ou des fêtes du personnel. L'art. 4 LEg a été rédigé à une époque où les nouvelles technologies et moyens de communication n'avaient pas encore véritablement transformé notre manière de travailler. A mon sens, vu le but de la loi, qui est de réaliser l'égalité des chances dans le monde du travail, il ne se justifie pas d'interpréter ce critère de façon restrictive. Bien plus que sur le lieu géographique où va se produire l'événement, il faut mettre l'accent sur son impact professionnel. Ainsi les messages échangés sur les réseaux sociaux, via WhatsApp par exemple, doivent être pris en considération. Si votre responsable hiérarchique vous harcèle par message alors que vous êtes chez vous, la responsabilité de l'entreprise pour ce type de comportement est susceptible d'être engagée.

Par exemple, le 29 août 2019, le Tribunal fédéral a confirmé un arrêt cantonal condamnant une société employeuse à verser à une de ses salariées une indemnité en raison du harcèlement sexuel commis par son directeur notamment via SMS et Internet<sup>2</sup>. A ce sujet, il faut mentionner aussi la nouvelle Convention 190 sur la violence et le harcèlement adoptée en juin 2019 par l'Organisation internationale du travail (OIT) et non encore entrée en vigueur<sup>3</sup>. Avant une éventuelle ratification, la Suisse doit encore examiner la conformité de son droit national avec cette convention. Son champ d'application (art. 3 Convention OIT 190) est large, puisqu'il interdit le harcèlement sexuel dans le travail ou à l'occasion des rapports de travail, y compris sur les réseaux sociaux et pendant les trajets entre le domicile et sur le lieu de travail.

### 3) Pouvez-vous préciser, par des exemples concrets en lien avec le contexte de travail, la distinction entre le "harcèlement sexuel-chantage", qui vient plus facilement à l'esprit et la "création d'un environnement de travail hostile"?

Le second cas de figure consiste, par exemple, à faire circuler des calendriers à caractère pornographique, des gags sexistes, des courriels à caractère sexuel. De telles pratiques contribuent à pourrir l'atmosphère de travail (environnement de travail dit hostile) et justifient que le personnel d'encadrement agisse pour changer la norme. A noter que les commentaires du SECO relatifs à l'art. 6 LTr mentionnent les images « pornographiques » et non « érotiques ». Toutefois, les images « érotiques » peuvent aussi contribuer à créer un environnement de travail sexiste. Autre illustration : il arrive que des femmes enceintes dérangent à cause de leur grossesse et se fassent mobber en raison de leur genre : il ne s'agit pas de "coucher" avec elles mais de leur faire sentir qu'elles n'ont plus leur place dans la vie professionnelle. De tels comportements tombent sous le coup de l'art. 4 LEg, qui interdit le harcèlement sexiste, notamment en raison de la maternité. Au demeurant, les actes n'ont pas besoin d'être dirigés contre une personne en particulier. De plus, leur répétition n'est pas forcément nécessaire pour qu'un comportement soit qualifié de harcèlement sexuel. En général, s'il s'agit de plaisanteries "en dessous de la ceinture", une seule ne suffit pas à réaliser un harcèlement sexuel. Suivant les circonstances, toutefois, une seule remarque pourrait suffire, par exemple un gag sur les sous-vêtements d'une directrice en sa présence et devant des tiers lors d'une réunion professionnelle décisive. A ma connaissance, il n'y a toutefois aucune jurisprudence du Tribunal fédéral admettant un harcèlement sexuel sur la base d'une unique remarque de caractère sexuel ou sexiste. Dans un arrêt du 21 novembre 2018<sup>4</sup>, le Tribunal fédéral nie le caractère harcelant de l'appellation « Mistinguett ». Cet arrêt a fait l'objet de vives critiques<sup>5</sup>, à juste titre selon moi. En effet, le tribunal ne s'est pas demandé comment la travailleuse ainsi surnommée en présence de tiers avait ressenti ce comportement, ni comment une personne du même sexe placée dans les mêmes circonstances aurait ressenti cette appellation, mais s'est basé sur son propre ressenti *a posteriori*, après recherche biographique approfondie sur le personnage de Mistinguett.

<sup>2</sup> TF, 4A\_544/2018, résumé sur [www.leg.ch/jurisprudence](http://www.leg.ch/jurisprudence) (TF VD 29.08.2019). Pour d'autres jurisprudences traitant du harcèlement sexuel en lien avec les réseaux sociaux, voir LEMPEN K., *Le devoir de fidélité de la personne salariée à l'ère numérique*, in Revue de droit suisse, 138 (2019) I, pp. 11 et ss.

<sup>3</sup> Un panel de discussion autour de cette convention se tiendra à l'Université de Genève le 19 mars à 18h15. Entrée libre, sur inscription : <https://www.unige.ch/droit/berenstein/>

<sup>4</sup> 4A\_18/2018 du 21 novembre 2018, résumé sur [www.leg.ch/jurisprudence](http://www.leg.ch/jurisprudence) (TF VD 21.11.2018).

<sup>5</sup> SATTIVA SPRING C., Mistinguett ne fait pas fantasmer le TF ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_18/2018, Newsletter DroitDuTravail.ch avril 2019.

**4) La victime d'un harcèlement sexuel a-t-elle l'obligation légale de tenter de mettre fin (dire non, dire stop etc.) au comportement attentatoire pour qu'il soit qualifié de harcèlement sexuel?**

Non, ni la loi ni la jurisprudence fédérale ne mettent à charge des personnes harcelées un tel devoir, ce qu'il faut saluer eu égard aux études psycho-sociales mettant en évidence les diverses raisons (difficultés à identifier le comportement, crainte de représailles ou de perdre son emploi, etc.) qui empêchent souvent les personnes salariées de se plaindre d'un harcèlement sexuel tant que durent les rapports de travail. A mon avis, un règlement d'entreprise doit se limiter à encourager la personne harcelée à poser des limites, « dans la mesure du possible », compte tenu du lien de subordination caractéristique de la relation salariée.

En revanche, l'entreprise doit interdire fermement tout type de harcèlement et le sanctionner comme une violation grave du devoir de fidélité de la personne salariée à l'égard de l'entité employeuse. En effet, la personne qui harcèle ses collègues gaspille les ressources humaines de l'entreprise et agit de façon « déloyale » vis-à-vis de cette dernière.

**5) Existe-t-il malgré tout dans la pratique des attentes envers la personne harcelée avant qu'elle ne puisse s'en plaindre en justice?**

Il faut distinguer selon que l'entreprise a mis sur pied un dispositif de protection de la personnalité, ou non. Si l'entreprise n'a rien mis sur pied, n'a pas informé, n'a pas désigné de personne de confiance, je vois mal que l'on s'étonne d'une absence de plainte avant la fin des rapports de travail. En présence d'un dispositif de protection, les responsables RH et les tribunaux s'attendent généralement à ce qu'il soit utilisé. Il faut toutefois garder à l'esprit que ce n'est pas le dispositif lui-même qui prévient le harcèlement sexuel mais la façon dont il est mis en œuvre. Si le personnel d'encadrement ne réagit pas lorsqu'il entend parler de comportements harcelants, le système mis en place apparaîtra inefficace et l'entreprise pourra difficilement s'en prévaloir pour prouver avoir accompli son devoir de protection.

**6) Avez-vous constaté ces dernières années une baisse du seuil à partir duquel les personnes dénoncent ce qu'elles considèrent comme un harcèlement sexuel?**

Sur les réseaux sociaux sans doute. En revanche, le nombre de procès pour harcèlement sexuel dans le contexte professionnel ne me paraît pas avoir augmenté. Le fait que l'action en justice soit le plus souvent dirigée contre l'employeur ou l'employeuse a pour conséquence que la partie demanderesse n'agit généralement que lorsqu'elle n'a plus rien à perdre sur

le plan professionnel. De plus, les chances de succès devant les tribunaux sont faibles.

Quant aux signalements internes à l'entreprise, je n'ai pas connaissance d'une augmentation significative du nombre de plaintes.

**7) Observez-vous une évolution de la façon dont les tribunaux interprètent la notion de harcèlement sexuel?**

Une étape importante a été franchie en 2000, lorsque le Tribunal fédéral a reconnu que les propos sexistes entrent dans la définition du harcèlement sexuel. Comme déjà mentionné, la portée de certains éléments de la définition (« fondé sur l'appartenance sexuelle », « sur le lieu de travail ») pourrait être davantage précisée. Sur mandat du Bureau fédéral de l'égalité, le Pôle Berenstein de l'Université de Genève est en train d'analyser la jurisprudence fédérale, sur une période de quinze ans (2004-2019). Une des questions à laquelle nous souhaitons répondre est celle de savoir si les critères posés à l'art. 4 LEg sont interprétés différemment selon que les rapports de travail relèvent du droit privé ou public. Les résultats seront vraisemblablement publiés début 2021, à l'occasion des vingt-cinq ans de la loi sur l'égalité.

**8) Quel regard portez-vous sur la jurisprudence qui fait parfois des distinctions quant à la tolérance aux propos sexistes selon les milieux professionnels?**

L'approche consistant à distinguer selon le milieu professionnel ne prend pas assez en considération le but de la LEg, à savoir la réalisation de l'égalité "dans les faits". Il s'agit de transformer les mentalités, d'agir sur les habitudes. Ainsi, le raisonnement qui consiste à dire "plus c'est normal, moins on punit" est erroné. Au contraire, plus un comportement discriminant représente la norme, plus il faut agir pour y remédier. C'est précisément la logique qui sous-tend le droit antidiscriminatoire: l'intention de harceler ou discriminer n'est pas une condition *sine qua non*, l'accent est mis sur le résultat. Par exemple, un atelier de mécanique où sont exposées des images de femmes nues n'encourage pas les femmes à investir la profession traditionnellement masculine de mécanicien. Ce type de pratiques cimenterait la ségrégation horizontale du marché du travail.

On peut faire le lien avec une étude menée par la Docteure Klea Faniko à l'Université de Genève<sup>6</sup>. L'étude visait à comprendre pourquoi si peu de femmes font carrière au sein de l'Université et met en évidence l'impact du sexisme dit « bienveillant » (propos

<sup>6</sup> FANIKO K., *Carrière académique à l'Université de Genève: le facteur humain*, Etude psycho-sociale, novembre 2016.

paternalistes, ou maternalistes, maintenant les femmes doctorantes dans un statut d'étudiantes).

**9) De votre expérience, la sensibilité des cadres et leur connaissance de la notion de harcèlement sexuel est-elle en général adéquate pour gérer les situations de harcèlement sexuel? Que préconiserez-vous à cet égard?**

On ne peut pas faire de généralités, cela dépend des cas. Il faut continuer avec l'effort de formation actuellement entrepris. Par exemple, le SECO a récemment mené plusieurs actions en lien avec la prévention des risques psycho-sociaux (RPS) au travail, et on a vu à Genève que l'OCIRT a organisé des journées sur les RPS, ce qui inscrit les actions de prévention du harcèlement sexuel dans le cadre plus large de la prévention de la santé au travail. Et c'est une bonne chose que ce ne soient pas que les seuls Bureaux de l'égalité qui portent ces politiques de prévention. L'effort de formation continue est indispensable, et l'existence d'un GDC doté de moyens corrects et qui met aussi un accent sur la prévention doit être saluée.

**10) Parfois, l'employeur, pour gérer une situation de harcèlement sexuel, décide de déplacer la victime dans un autre service/département. Que pensez-vous de cette mesure?**

Il s'agit de faire attention, au vu de l'interdiction de représailles envers une personne qui porte plainte, et en premier lieu de s'assurer qu'il n'y a pas de meilleures solutions que le déplacement de la personne plaignante. Il faut aussi s'assurer de l'accord de cette dernière. Enfin, il y a lieu de faire des efforts en termes de communication pour ne pas donner l'impression que c'est la collaboratrice signalant un harcèlement qui est punie ou éloignée. Il n'est donc pas exclu de déplacer la personne qui invoque un harcèlement mais la prudence est de mise avec ce type de décision.

Ces questions de communication sont délicates au regard de la protection de la personnalité de toutes les parties (plaignante et mise en cause). Faut-il informer le reste du personnel en évoquant un conflit, des mesures organisationnelles? L'entité employeuse pragmatique décidera en fonction des particularités du cas concret. Elle veillera à ce que ce que la mesure ne soit ressentie comme une sanction ni par la personne concernée ni par son entourage professionnel.

**11) Quels aménagements préconisez-vous lors d'un retour au travail d'une personne absente du fait d'un harcèlement sexuel dont elle a été victime, et qui revient après un arrêt maladie?**

Si la personne s'en est ouverte à sa hiérarchie, cette dernière doit prendre des mesures et préparer le retour au poste. Si la personne accusée de harcèlement n'a pas quitté ses fonctions (par exemple parce que l'enquête visant à éclaircir la réalité du harcèlement sexuel n'est pas encore achevée), il est conseillé d'aménager le travail de manière à éviter le plus possible les contacts entre les deux personnes concernées, notamment en adaptant les horaires.

Dans les situations où la hiérarchie reste inactive suite à une plainte ou que la personne concernée ne souhaite pas initier une demande d'investigation, le GDC est habilité – avec l'accord de la personne – à enjoindre les responsables hiérarchiques à se saisir de la problématique, à entendre la personne qui se dit victime, à procéder à une brève enquête interne, voire à requérir une investigation si les faits ne sont pas clairs.

**12) Pensez-vous que des mesures informelles (comme la médiation par exemple) peuvent être adaptées à des situations de harcèlement sexuel?**

Je n'y suis pas très favorable. Les différentes formes de harcèlement – que ce soit des propos dénigrants répétés, ou des attouchements, ou des courriels obscènes – requièrent avant tout un message vertical de la hiérarchie, qui recadre et dit ce qui n'est pas admissible, ce qui est interdit par la loi et dans l'entreprise; l'avertissement me semble à première vue plus efficace que la médiation. Dans certains cas toutefois, une médiation pourrait permettre à une personne harcelée de dire ce qui l'a vraiment dérangée, de demander des excuses à l'auteur par exemple. A mon avis, la médiation ne devrait être envisagée que pour des actes de moindre gravité, non punissables sur le plan pénal.

\*\*\*