

Master**2019****Public access**

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

La mise en œuvre en droit suisse de la protection des droits humains dans le cadre des contrats de service

Himpens, Adeline

How to cite

HIMPENS, Adeline. La mise en œuvre en droit suisse de la protection des droits humains dans le cadre des contrats de service. Master, 2019.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:132238>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last update in Archive ouverte UNIGE on 29.08.2023 11:49

La mise en œuvre en droit suisse de la protection des droits humains dans le cadre des contrats de service

Adeline DUPUIS

Mémoire réalisé dans le cadre du séminaire :
L'irruption des droits humains en droit des obligations

Sous la direction de la Professeure Christine CHAPPUIS et d'Inès DE OLIVERA
Maîtrise en droit générale, Université de Genève
Année académique 2018-2019 (27 mai 2019)



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Liste des abréviations

ACEDH :	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme
al. :	alinéa
AJP / PJA :	Pratique juridique actuelle (revue)
art. :	article
aut. :	auteur, autrice
BK :	Berner Kommentar
c. :	considérant
c/ :	contre
cf. :	confère
CC :	Code civil suisse
CDI :	Commission du droit international (Nations Unies)
CEDH :	Convention européenne des droits de l'Homme
cf. :	confère
CIJ :	Cour internationale de justice
CourEDH :	Cour européenne des droits de l'Homme
CO / OR :	Code des obligations
CPJI :	Cour permanente de justice internationale
CR :	Commentaire romand
Cst. :	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (état le 23 septembre 2018, cité : Constitution), RS 101
DDHC/FR :	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 (France)
éd. :	éditeur, editrice
GACEDH :	Arrêt de la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme
JdT :	Journal des Tribunaux (revue)
LCD :	Loi fédérale contre la concurrence déloyale (état le 1 ^{er} janvier 2016, cité : Loi contre la concurrence déloyale), RS 241
LDét :	Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (état le 1 ^{er} avril 2017, cité : Loi sur les travailleurs détachés), RS 823.20
LEg :	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (état le 1 ^{er} janvier 2017, cité : Loi sur l'égalité), RS 151.1
let. :	lettre
LPD :	Loi fédérale sur la protection des données (état le 1 ^{er} mars 2019, cité : Loi sur la protection des données), RS 235.1
LPO :	Loi sur la poste (état le 1 ^{er} octobre 2012), RS 783.0
LPrD/VD :	Loi cantonale sur la protection des données personnelles du 11 septembre 2007 (état le 1 ^{er} octobre 2018), Canton de Vaud, BLV 172.65
LTr :	Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (état le 9 décembre 2018, cité : Loi sur le travail), RS 822.11
LGBTI :	Personnes homosexuelles, bisexuelles, transgenres, intersexes
N :	Note marginale
no :	numéro
OCIRT :	Office cantonal de l'inspection et des relations du travail (Genève)
OIT :	Organisation internationale du travail
Pacte I :	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (état le 30 juillet 2018), RS 0.103.1
Pacte II :	Pacte international relatif aux droits civils et politiques (état le 27 mars 2017), RS 103.2
p. :	page
para. :	paragraphe
pp. :	pages
RDC :	République démocratique du Congo
SJ :	Semaine judiciaire
ss :	suivants
TDG :	Tribune de Genève (périodique)
TF :	Tribunal fédéral
vol. :	volume
ZSR / RDS :	Revue de droit suisse (revue)

Table des matières

Liste des abréviations	II
Table des matières	III
Introduction	1
Première partie :	
Droits humains, liberté contractuelle et contrats de service en droit suisse : antagonistes ou complémentaires ?	2
I. Contrats de service et liberté contractuelle	2
A. Les contrats de service envisagés	2
1. La définition traditionnelle	2
2. La définition retenue : une approche inclusive	3
B. Les contours du principe élémentaire de la liberté contractuelle	4
1. La portée de la liberté contractuelle	4
2. Les limitations générales au principe de la liberté contractuelle	4
3. Le début et la fin des rapports contractuels	5
4. Le libre choix du cocontractant et de l'objet du contrat	6
II. Contrats de service et droits humains	6
A. Les droits humains limitant la liberté contractuelle	6
1. Les droits à la vie et à la liberté personnelle, et l'interdiction des traitements inhumains et dégradants	6
2. L'interdiction du travail forcé, de l'esclavage, de la servitude et de la traite d'êtres humains	7
3. Les droits au respect de la vie privée et familiale, du domicile, de la correspondance et contre l'emploi abusif de données	8
4. Les libertés de conscience, de croyance et de religion	9
5. Les libertés d'opinion et d'expression	10
6. L'interdiction des discriminations	11
7. Le droit à un procès équitable	12
B. La liberté économique, droit humain favorisant la liberté contractuelle	12
Seconde partie :	
Prévention et sanction contre la violation des droits humains dans les contrats de service	13
I. Les outils de prévention de la violation des droits humains dans les contrats de service	13
A. Les mécanismes d'origine internationale	13
1. L'influence de la jurisprudence de la Cour sur les obligations positives des États	13
2. Autres mécanismes internationaux : pactes onusiens, protection diplomatique et <i>soft law</i>	14

B. Les mécanismes de rang constitutionnel	15
1. L'effet horizontal des droits humains, ou <i>Drittwirkung</i>	15
2. L'interprétation conforme au droit supérieur des concepts juridiques indéterminés	16
C. Les règles impératives d'ordre législatif	17
1. Le droit pénal : un instrument indispensable mais insuffisant	17
2. Les droits de la personnalité	18
3. Les mécanismes de la partie générale du Code des obligations	19
4. Les dispositions topiques en droit des obligations, partie spéciale	20
5. Les dispositions issues du droit public	21
6. La protection des données	23
D. Les mécanismes d'ordre contractuel	24
1. Les clauses visant à combler les lacunes de la loi : avantages et inconvénients	24
2. Le cas des plateformes numériques d'échanges de service : un marché avec l'Etat ?	25

II. Les voies de droit en cas de violation des droits humains dans le cadre des contrats de service 25

A. Les moyens généraux issus du Code civil et du Code des obligations	25
1. La résiliation pour justes motifs (non contentieux)	25
2. Les moyens découlant du contrat	26
3. Les actions extra-contractuelles	27
4. Les actions relatives à la protection de la personnalité	28
B. Moyens et protections spécifiques	29
1. Les moyens issus du droit pénal	29
2. Les moyens issus du droit public	29
3. Les moyens issus de la Loi sur la protection des données	30
4. La problématique du <i>whistleblowing</i> , du point de vue du dénonciateur et du dénoncé	30

Conclusion 30

Bibliographie V

Autres sources VIII

Déclaration de non-plagiat VIII

Introduction

« *Ce n'est pas de l'État qu'on a dit qu'il était un loup pour l'Homme* »¹. Or, les droits humains et droits fondamentaux ont été conçus comme les droits des individus contre l'État. Historiquement, leur effet est principalement vertical. La question de savoir s'ils doivent également être appliqués entre les particuliers, c'est-à-dire s'ils doivent avoir un effet horizontal, est une question controversée, que certains motivent par un « *impératif de cohérence de l'ordre juridique* »².

En 2012, Charlie CRAIG et David MULLINS, deux personnes de sexe masculin, se sont dit oui à Denver (Colorado, États-Unis). Pour célébrer leur union comme il se doit, ils demandent à Jack PHILIPPS, célèbre pâtissier de la ville, de confectionner un gâteau, comme le veut la tradition. Ce dernier, chrétien évangélique fervent, refuse fermement, en invoquant sa liberté religieuse. Condamné par la Commission des droits civiques du Colorado pour la violation de l'interdiction de discriminer à raison de l'orientation sexuelle, Jack PHILIPPS se battra jusqu'à la Cour suprême, qui finira par lui donner raison en juin 2018³. La Cour suprême a donc dû trancher ce litige à l'aune de la mise en balance de plusieurs droits humains fondamentaux : les libertés religieuse et économique, d'une part, et l'interdiction des discriminations en raison de l'orientation sexuelle, d'autre part. Comment un tel litige pourrait-il être résolu en droit suisse ?

La liberté des uns s'arrêtant là où commence celle des autres⁴, les droits humains ne seraient pas, à eux seuls, suffisants pour résoudre des conflits dans lesquels une personne privée porte atteinte à un droit fondamental. En effet, admettre l'application d'un droit humain reviendrait nécessairement à admettre sa prévalence sur un autre, et donc à nuire à un autre droit fondamental⁵. Faut-il les départager selon des critères quantitatifs, ou qualitatifs ? D'autres éléments doivent-ils être pris en considération ? Qui doit les départager ?

L'homme étant un animal social⁶, ses interférences avec l'État libéral dans son quotidien sont désormais relativement limitées, au profit de ses relations personnelles, sociales et professionnelles. Or, les droits humains sont désormais profondément ancrés dans l'inconscient collectif. On ne saurait plus admettre qu'un employé ou même un entrepreneur abandonne ses droits fondamentaux à la porte du bureau⁷. Toutefois, ces droits accordés aux particuliers par les normes les plus fondamentales ne s'accompagnent que rarement de la possibilité de les invoquer directement à l'appui de leurs revendications. Les normes fondamentales sont-elles programmatoires pour autant ? Ne déploient-elles pas des effets dans l'ordre juridique interne ?

La question de l'applicabilité des droits fondamentaux en matière de contrats de service se pose tout particulièrement. En effet, si le droit du travail a assez tôt bénéficié de mécanismes de protection de la partie faible, il doit continuellement s'adapter face aux évolutions morales et technologiques. Aussi, de nouvelles formes de travail apparaissent aujourd'hui qui bouleversent les codes, auxquelles on ne parvient pas à rattacher un corps de règles spécifiques comme les articles 319 ss CO fondant le droit du travail. De même, beaucoup de travailleurs indépendants ou prestataires de service sont aujourd'hui poussés à bout par l'accélération des processus de travail, écrasés par une concurrence toujours plus nombreuse, et peinent ainsi à sauvegarder leurs intérêts personnels face à leur clientèle.

« *L'emprise de la partie forte sur la partie faible, de la publicité sur les motivations, du contrat d'adhésion sur le contrat résultant d'une négociation, parmi d'autres facteurs, agissent comme autant de contraintes qui*

¹ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, Vol. II, N 126 et référence citée.

² AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, Vol. II, N 124-125.

³ Voir à ce sujet l'article du Monde : PARIS Gilles, « Victoire judiciaire pour un pâtissier américain ayant refusé un gâteau à un couple homosexuel ».

⁴ Art. 4 DDHC/FR.

⁵ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, Vol. II, N 127-129.

⁶ Selon l'expression empruntée à ARISTOTE.

⁷ ACEDH SMITH et GRADY c/ Royaume-Uni, 27.09.1999, para. 71 ; BERSSET BIRCHER / MEIER, p. 606.

*réduisent notablement le champ d'action de l'autonomie privée réelle. Instrument de la liberté, le contrat peut dégénérer en levier de l'exploitation de l'homme par l'homme »*⁸, d'où la nécessité de mettre des bornes à la liberté contractuelle pour préserver les droits humains en matière de contrats de service. Or, si l'équilibre contractuel et les règles applicables au contrat peuvent parfois varier, les droits fondamentaux sont un repère solide et prévisible des comportements que la société décide d'admettre ou non dans l'ordre juridique. L'étude des droits humains permet aussi de dépasser les clivages entre le contrat de travail et les autres contrats dont la prestation caractéristique est la fourniture d'un service.

L'objectif de cette étude est donc d'identifier la mise en œuvre à travers l'ensemble de l'ordre juridique suisse des droits humains et droits fondamentaux⁹ qui peuvent trouver une application directe ou indirecte dans le cadre de la conclusion et de l'exécution des contrats de service. Notre étude s'attardera donc sur les mécanismes transversaux aux contrats de service dépendants et indépendants, excluant ainsi les dispositifs trop spécifiques au contrat de travail tels que la liberté syndicale, les conventions collectives de travail ou les contrats-type de travail. Dans une première partie, nous mettrons en lumière les interactions entre droits humains, liberté contractuelle et contrats de service, pour voir qu'ils s'enrichissent mutuellement ; dans un second temps, nous étudierons les mécanismes de prévention et de sanction des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique suisse.

Première partie :

Droits humains, liberté contractuelle et contrats de service en droit suisse : antagonistes ou complémentaires ?

La négociation et la conclusion des contrats de service est en grande partie déterminée par l'exercice de la liberté contractuelle, notion dont nous devons examiner les contours (I). La frontière entre liberté contractuelle et droits humains sont ténues, puisque la première est elle-même protégée par les seconds. Dans un deuxième temps, nous étudierons les droits humains qui peuvent trouver application dans la conclusion et l'exécution des contrats de service (II).

I. Contrats de service et liberté contractuelle

A. Les contrats de service envisagés

En droit des obligations, plusieurs typologies de contrats ont été envisagées selon les auteurs, notamment celle ayant trait à la prestation caractéristique, distinguant fourniture d'un travail et fourniture d'un service (1). Afin d'appréhender un large spectre de prestations de service, notre choix s'est ici porté sur une approche inclusive, comprenant la notion de contrats de service au sens large (2).

1. La définition traditionnelle

L'expression *contrats de service* ne fait référence à aucune classification établie par le Code des obligations ou dans la systématique de la loi. Toutefois, on peut observer une certaine proximité dans le traitement des contrats de service dans le Code des obligations. Par exemple, les titres onze, douze, treize traitent respectivement du contrat d'entreprise, du contrat d'édition et du contrat de mandat. Par ailleurs, si la doctrine suisse allemande partage couramment la terminologie de *Diensvertrag* ou *Diensleistungsvertrag*, les auteurs romands sont plus réservés quant à l'emploi de la notion de *contrats de service*. Par exemple, Pierre ENGEL

⁸ ENGEL, Traité des obligations, pp. 96-97.

⁹ Nous utiliserons indifféremment l'une ou l'autre expression à travers cette étude.

dans son traité sur les contrats se dérobe à définir cette notion, lui préférant celles de « *contrats de résultat* » et de « *contrat d'activité et de résultat lié* »¹⁰. Pierre Tercier quant à lui distingue les « *contrats de travail* » des « *contrats (de service) de résultat* » et des « *contrats (de service) de moyens* »¹¹.

Distinguer les contrats de service par rapport aux autres contrats vise à établir une distinction en fonction de la nature de la prestation caractéristique visée par le contrat.¹² Ainsi, la prestation caractéristique du contrat de service est la fourniture d'un service, c'est-à-dire que l'une des parties s'engage à « *fournir certains services dans l'intérêt de l'autre partie* »¹³, ou à « *exercer une activité déterminée au profit d'une autre* »¹⁴. À cet égard, le contrat de service s'oppose aux contrats d'aliénation (vente, échange, donation), d'usage (bail, prêt), de sûreté (cautionnement, garantie), d'assurance, d'entretien (viager), et de société, qui ne feront pas l'objet de notre présente étude.

Traditionnellement, le contrat de service s'oppose au contrat de travail car ce dernier serait le fruit d'une activité subordonnée alors que le service serait issu d'une activité indépendante¹⁵. En d'autres termes, la principale caractéristique distinctive entre ces deux types de contrats est la présence ou non d'un rapport de subordination entre les parties. Nous ne retiendrons pas cette approche, estimée trop restrictive pour notre étude.

2. La définition retenue : une approche inclusive

On observe ces dernières années une augmentation des contrats se situant à la frontière du contrat de travail, dont la qualification est souvent discutée¹⁶. Par exemple, un examen très approfondi est nécessaire pour déterminer si le contrat par lequel une personne s'engage à pratiquer la livraison d'une chose à une personne pour le compte d'un fabricant, moyennant rémunération, *via* une plateforme de type *Uber*, est un contrat de travail conclu avec la plateforme, ou un contrat de transport conclu avec le client.

Or, l'article 319 CO étant de droit impératif, le juge a le pouvoir de requalifier d'office un contrat en contrat de travail, quand bien même les parties en auraient convenu autrement, peu importe les déclarations de volonté des parties, l'intitulé du contrat, ou encore les versements aux assurances sociales, qui ne constituent que des indices¹⁷.

Avec l'évolution des modalités de la prestation de travail tendant vers une plus grande liberté du travailleur (horaires flexibles, travail à domicile, etc.)¹⁸, la différence entre les contrats de travail subordonnés et les contrats de service indépendants tient majoritairement aux aspects économiques. Parmi ceux-ci figurent la liberté économique de fixer le prix de la prestation ou de renoncer à s'y engager, la diversification des sources de revenus, la clause d'exclusivité ou de non-concurrence, et la répartition du risque économique¹⁹. Ces critères ne permettent pas toujours de trancher entre contrat de travail et contrat de service.

Les règles impératives du droit du travail se justifient par un besoin accru de protection de la partie faible, largement dépendante économiquement parlant. Mais rares ne sont pas les situations où le contrat de service est aussi soumis à un équilibre de forces précaire, rendant ainsi le prestataire de services économiquement vulnérable, prêt à accepter des conditions largement défavorables, lors même qu'il est impossible de

¹⁰ ENGEL, Traité des contrats, pp. 431 ss et 583 ss.

¹¹ TERCIER/BIERI/CARRON, N 2690 ss, N 3459 ss, N 4271 ss.

¹² TERCIER/BIERI/CARRON, N 414.

¹³ MÜLLER, BK 1-18 OR, Introduction, N 115 (traduction libre de l'autrice).

¹⁴ TERCIER/BIERI/CARRON, N 418.

¹⁵ TERCIER/BIERI/CARRON, N 417 et 418 ; MÜLLER, BK 1-18 OR, Introduction, N 114 et 115.

¹⁶ HARDER, pp. 984-986.

¹⁷ TF, 4C_226/2003, du 25 février 2004, c. 3.2.2 ; TF, 2C_714/2010, du 14 décembre 2010, c. 3.4.1 ; TF, 4A_194/2011 du 5 juillet 2011, c. 5.5 ; TF, 4A_10/2017, du 19 juillet 2017, c. 3.1.

¹⁸ HARDER, p. 984.

¹⁹ REHBINDER / STÖCKLI, BK Art. 319-362 OR, Art. 319 CO, N 69.

caractériser un lien de subordination. Or, c'est une composante caractéristique du contrat de travail emportant la protection juridique de la partie faible.

Pour ces raisons, nous utiliserons une définition inclusive du contrat de service, soit celle retenue par Marie-Noëlle ZEN-RUFFINEN. Cette autrice retient parmi la notion de contrats de services ceux dépendants, parmi lesquels figurent principalement les contrats de travail, d'apprentissage, d'engagement des voyageurs de commerce et de travail à domicile, et ceux indépendants, parmi lesquels on trouve les contrats d'entreprise, d'édition, de maintenance pour les contrats de service de résultat, et les contrats de mandat, d'agence, de dépôt, de transport et d'affacturage pour les contrats de service de moyens²⁰.

B. Les contours du principe élémentaire de la liberté contractuelle

Pierre ENGEL a su trouver les mots pour exprimer la portée du principe de la liberté contractuelle, qui traduit l'éthique libérale au fondement du droit des obligations : « *l'homme est libre, les règles qui le gouvernent émanent de sa liberté ; théoriquement, aucune opposition n'est concevable entre la liberté et le devoir, entre la volonté et la règle ; "je suis libre, je veux, je dois" sont des propositions absolument équivalentes. [...] Mais la liberté s'achève (c'est-à-dire se borne et s'accomplit) dans la loi morale qui est une loi universelle donnée à l'homme par la raison* »²¹. Partout là où la liberté contractuelle trouve sa place (1), elle trouve également ses limites (2). Cette tension est également très présente sur le plan du début et de la fin des rapports contractuels (3), et, dans une moindre mesure, sur le libre choix du cocontractant et de l'objet du contrat (4).

1. La portée de la liberté contractuelle

Si le tout premier article du Code des obligations suisse dispose que le contrat repose sur la volonté concordante et réciproque des parties, c'est l'article 19 CO qui précise que « *l'objet du contrat peut être librement déterminé, dans les limites de la loi* » et pose ainsi les bases du principe de la liberté contractuelle en droit suisse. En vertu de ce principe, la volonté individuelle devient une source du droit²² et « *tient lieu de loi* »²³ entre les parties. Le contrat donne une forme contraignante à des pratiques librement déterminées par les parties²⁴. L'autonomie de la volonté²⁵ laisse place au développement de techniques contractuelles très originales et intéressantes, y compris par exemple à la contractualisation des droits humains ou de droits sociaux, en marge du droit dispositif qui n'est que le « *prêt-à-porter* »²⁶ du contrat.

2. Les limitations générales au principe de la liberté contractuelle

Selon ENGEL, la première limitation à la liberté contractuelle réside en la volonté de l'autre partie. Cette limite fait écho à la philosophie des Lumières, retranscrite dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 en France. Son article 4 dispose certes que « *les bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* », mais aussi que « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* ».

Ce paradigme est en réalité l'expression d'une tension permanente en droit des contrats : l'existence de parties faibles d'une part, et la nécessité de les protéger d'autre part. Tel est le rôle des injonctions et interdictions véhiculées par le droit impératif, constituant une autre restriction à la liberté contractuelle, et qui sont limitées à « *la promotion des valeurs essentielles de la personne et au fonctionnement de l'État fondé*

²⁰ ZEN-RUFFINEN, N 115-139.

²¹ ENGEL, Traité des obligations, p. 94.

²² ENGEL, Traité des obligations, p. 97.

²³ MARCHAND, p. 3 ; Article 1103 du Code civil français.

²⁴ GUGGENHEIM, pp. 28-29.

²⁵ Tel est le terme utilisé en guise de synonyme à la liberté contractuelle par Pierre ENGEL (ENGEL, Traité des obligations, p. 94).

²⁶ MARCHAND, p. 1.

sur le droit »²⁷. Ces règles de droit impératif trouvent leur source dans le droit civil (personnes, famille, successions, droits réels), mais aussi dans le Code des obligations et dans les lois spéciales²⁸.

Parmi les principales, l'article 19 al. 2 CO exclut les contrats ou les clauses contraires au droit strict, aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité, tandis que l'article 20 al. 1 CO prévoit la nullité du contrat « *s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs* ». Quant aux droits attachés à la personnalité, régis par les articles 27 ss CC, ils prévoient que « *nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs* » (art. 27 al. 2 CC), et que toute personne ayant subi une atteinte illicite à sa personnalité a la faculté d'obtenir sa protection par voie d'action en justice (art. 28 al. 1 CC).

3. Le début et la fin des rapports contractuels

La liberté contractuelle se traduit par la liberté de contracter ou de s'en abstenir²⁹ chez les personnes privées, ce que le Tribunal fédéral a confirmé dans un arrêt de principe³⁰. Ainsi, en 1955, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de mentionner, concernant une affaire pour laquelle un cinéma avait refusé l'entrée à un critique de presse, que « *le droit suisse est fondé sur la liberté des contrats* », « *qu'aucune règle légale générale n'oblige à intervenir dans l'intérêt d'autres personnes* », pas même l'article 28 CC³¹, et qu'en refusant de conclure ce contrat, le cinéma n'avait pas outrepassé les limites des droits qui lui étaient conférés en vertu du principe de liberté contractuelle³².

Cette règle connaît toutefois quelques tempéraments, notamment en ce qui concerne les monopoles dans la fourniture de services publics. Dans ce même arrêt, le Tribunal fédéral a indiqué qu'il existait, dans des cas exceptionnels, une obligation de contracter lorsqu'un tel refus « *viole[rait] ou mettr[ait] en danger des intérêts vitaux de la personne qu'il atteint* »³³. Selon GUGGENHEIM, une telle obligation existerait par exemple en faveur d'un boulanger ou d'un médecin qui seraient seuls dans un large périmètre³⁴, en vertu de l'interdiction des comportements contraires aux bonnes mœurs³⁵. Ainsi, lorsque l'Etat, directement ou par le biais d'un exploitant privé ayant un droit exclusif d'exploitation, a le monopole dans la fourniture d'un service – on pense notamment à la fourniture d'énergie, de services de télécommunications, ou d'assurances sociales, alors l'acteur fournissant le service public est lié par une obligation de contracter, et ne peut déroger à cette obligation que dans les cas prévus par la loi³⁶. Ces obligations de contracter relèvent bien souvent d'une loi, comme à ce titre l'obligation de contracter en ce qui concerne le service postal (art. 1 al. 3 let. a LPO).

Toutefois, les juges fédéraux sont revenus en 2003 sur la portée de l'arrêt précédemment évoqué, en examinant si la Poste suisse, en tant que fournisseur d'un service libre (non soumis à la LPO), avait une obligation de contracter avec l'association ACUSA pour distribuer des tracts publicitaires. Ils élargissent ainsi le cercle des obligations de contracter, qui, si elles découlent de l'interdiction d'un comportement contraire aux mœurs et ne sont pas liées aux obligations prévues expressément par la loi, doivent rester exceptionnelles³⁷. Une telle obligation peut ainsi être admise si l'entrepreneur offre ses services de manière générale et publique, si le service relève d'un besoin normal, s'il ressort du contexte qu'il est en position dominante sur le marché du service en question ou si tous les autres entrepreneurs ont opposé leur refus, et

²⁷ ENGEL, Traité des obligations, p. 97.

²⁸ Cf. *infra* (2-I-C).

²⁹ GUGGENHEIM, pp. 27-28 ; KRAMER / PROBST, N 137.

³⁰ ATF 80 II 26, JdT 1955 I p. 136.

³¹ Avant l'entrée en vigueur du nouveau droit de la personnalité.

³² ATF 80 II 26, c. 5.a, JdT 1955 I 136, p. 144.

³³ ATF 80 II 26, c. 4.c, JdT 1955 I 136, p. 142.

³⁴ GUGGENHEIM, pp. 33-34.

³⁵ Art. 2 CC ; ATF 129 III 35, c. 6.2.2, JdT 2003 I 127 et références citées.

³⁶ ENGEL, Traité des obligations, p. 101.

³⁷ ATF 129 III 35, c. 6.3, JdT 2003 I 127.

enfin, si cet entrepreneur n'a pas avancé de motifs objectivement justifiés au refus³⁸. Cette décision reste pour l'heure isolée, mais fait jurisprudence.

Enfin, la liberté contractuelle implique de pouvoir mettre un terme au contrat puisque « *ce que l'accord des volontés a fait, l'accord des volontés doit pouvoir le défaire* »³⁹. Or, la plupart des contrats de service sont des contrats de durée, c'est-à-dire des contrats dans lesquels la « *prestation caractéristique est durable* » ou continue⁴⁰, impliquant des règles spécifiques permettant de s'en délier⁴¹.

4. Le libre choix du cocontractant et de l'objet du contrat

L'autonomie de la volonté recouvre bien évidemment la liberté de choisir la personne de son cocontractant ; ainsi, « *vous n'empêcherez jamais un employeur de choisir qui il veut* »⁴² ! Le refus de contracter est donc en principe licite, sauf s'il fait intervenir des propos injurieux, blessants, attentatoires à l'honneur ou aux droits de la personnalité, sanctionnés par les actions civiles et le droit pénal sur plainte. Une sanction par le biais de la Loi sur l'égalité est également envisageable pour une discrimination à l'embauche fondée sur le sexe, mais pas sur l'orientation sexuelle⁴³. Cette sanction reste théorique étant donné la difficulté d'apporter la preuve.

La liberté contractuelle repose aussi sur la liberté de déterminer tant l'objet que la forme du contrat. Hormis quelques exceptions ayant notamment trait à certains domaines du droit civil (mariage, successions, droit réels), il n'y a pas de *numerus clausus* des contrats en droit suisse. Beaucoup de contrats de service sont des contrats innommés (contrats de licence et de distribution par exemple). L'exigence de forme contractuelle particulières reste l'exception (art. 11 al. 1 CO). Les parties ont ainsi la possibilité de définir entre autres le type de prestations, leur structure, leur genre, leur nombre, leur étendue, leur quantité, leur durée, leur fréquence, et leurs modalités⁴⁴, dans la limite de la licéité de l'objet du contrat (art. 20 al. 1 CO) et de la conformité aux mœurs⁴⁵.

II. Contrats de service et droits humains

Il ne s'agit pas là d'établir un catalogue des droits humains et droits fondamentaux qui existent dans l'ordre juridique suisse, mais plutôt d'étudier une sélection de droits humains trouvant une application pertinente dans le cadre des contrats de travail et des contrats de service indépendants les plus courants, et d'examiner si ceux-ci s'érigent plutôt en limitation de la liberté contractuelle (1), ou s'ils la favorisent (2).

A. Les droits humains limitant la liberté contractuelle

1. Les droits à la vie et à la liberté personnelle, et l'interdiction des traitements inhumains et dégradants

Le droit, d'une part, à la vie, et d'autre part, à la liberté personnelle, sont protégés par les articles 10 al. 1 et 2 Cst., 2 CEDH, et 6 Pacte II. Le droit à la liberté personnelle recouvre le droit à l'intégrité physique, c'est-à-dire « *l'intangibilité du corps humain en tant qu'élément central de la dignité humaine* »⁴⁶, le droit à l'intégrité psychique, en tant que « *faculté d'apprécier une situation donnée et de se déterminer d'après cette*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ GUGGENHEIM, p. 31.

⁴⁰ ZEN-RUFFINEN, N 26-28.

⁴¹ Cf. *infra* (2-II-A-1).

⁴² DAVARIS, Propos du Professeur Gabriel AUBERT recueillis pour la TDG.

⁴³ TF, 8C_594/2018, 05.04.2019, c. 4.

⁴⁴ ENGEL, Traité des obligations, p. 104.

⁴⁵ Cf. *infra* (2-I-C-3).

⁴⁶ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, Vol. II, N 327.

appréciation »⁴⁷, dont l'atteinte doit être constituée par une certaine intensité⁴⁸, ainsi que la liberté de mouvement, c'est-à-dire celle d'aller et venir. Selon le Tribunal fédéral, la liberté personnelle « *contient aussi la protection de la dignité humaine et toutes les libertés nécessaires à son épanouissement personnel* »⁴⁹.

Le droit à la vie est le droit humain le plus absolu ; à ce titre, il ne peut faire l'objet d'aucune restriction, sans toucher à son essence. Quant au droit à la liberté personnelle, il couvre un champ très large d'actions⁵⁰, surtout en matière médicale. Ses restrictions doivent être largement motivées et circonstanciées.

La protection de ces biens juridiques met à la charge de l'État d'importantes obligations positives, sans lesquelles ils ne pourraient être respectées. « *La vie, l'intégrité corporelle, la liberté de mouvement et l'intégrité physique sont des biens trop précieux pour que l'ordre juridique puisse confier au seul droit constitutionnel le soin d'en assurer la protection* »⁵¹, de sorte que leur protection se déploie dans l'ensemble de l'ordre juridique, dont le Code pénal⁵², le Code civil⁵³, le Code des obligations⁵⁴, mais aussi le droit public⁵⁵.

Ces aspects revêtent toute leur importance en droit médical, lequel repose essentiellement sur l'institution du contrat de mandat et sur le droit public. En 1987, le Tribunal fédéral avait également déduit du droit à la liberté personnelle un droit à la protection des données, en l'occurrence détenues par les autorités⁵⁶ ; ce droit est désormais visé par l'article 13 al. 2 Cst. et par les garanties générales de procédure (art. 29 à 32 Cst.).

Quant à l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, elle est prévue par les articles 10 al. 3 Cst., 3 CEDH et 7 Pacte II. En matière de contrats de service, cette interdiction est surtout pertinente dans le cadre des relations de mandat unissant le médecin à son patient, lequel doit recueillir son consentement libre et éclairé⁵⁷. En cas de violation de cette exigence résultant en un traitement inhumain ou dégradant pour le ou la patient(e), la violation de l'article 3 CEDH pourra être retenue. Subsidiairement⁵⁸, si cette même exigence est violée mais a pour conséquence le non-respect des choix de vie d'un(e) patient(e) pour son entourage, c'est la violation de l'article 8 CEDH, protégeant la vie privée et familiale, qui sera retenue⁵⁹. Tant la Cour EDH que le Tribunal fédéral ont consacré l'obligation pour le médecin de recueillir le consentement libre et éclairé du patient avant tout acte médical⁶⁰, quand bien même sa décision serait « *contraire à l'intérêt thérapeutique et risqu[e]rait de porter gravement atteinte à la santé ou à la vie du patient* »⁶¹.

2. L'interdiction du travail forcé, de l'esclavage, de la servitude et de la traite d'êtres humains

L'interdiction du travail forcé ou obligatoire⁶², de l'esclavage, de la servitude et de la traite d'êtres humains⁶³ est prévue aux articles 4 CEDH et 8 Pacte II ; elle n'est pas mentionnée dans la Constitution, mais elle est

⁴⁷ ATF 90 I 29, p. 36 ; AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, Vol. II, N 340.

⁴⁸ MAHON, Vol. II, N 58 *ad* Partie II, Chapitre 6.

⁴⁹ ATF 124 I 40, JdT 1999 I 60.

⁵⁰ MAHON, Vol. II, N 57 *ad* Partie II, Chapitre 6.

⁵¹ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, Vol. II, N 323.

⁵² Voir à cet effet les titres 1, 4, 7, 8, 12^{bis} du Livre 2 (dispositions spéciales) ; cf. *infra* (2-I-C-1).

⁵³ Voir à ce titre notamment les articles 27 et 28 CC.

⁵⁴ Voir à cet effet les articles 19, 20, 41 CO pour la partie générale ; 328 CO pour la matière qui nous concerne.

⁵⁵ Voir à cet effet la LTr et la LPD entre autres.

⁵⁶ ATF 113 Ia 257, c. 4.b.

⁵⁷ ATF 124 IV 258, SJ 1999 I 247 ; ACEDH Lops de Sousa Fernandes c. Portugal du 15 déc. 2015 para. 143 ; MANAÏ, p. 662.

⁵⁸ GACEDH JALLOH c/ Allemagne, 11.07.2006.

⁵⁹ ACEDH PRETTY c/ Royaume-Uni, 29.02.2002 ; ACEDH GLASS c/ Royaume-Uni, 9.03.2004.

⁶⁰ ACEDH PRETTY c/ Royaume-Uni, 29.02.2002, para. 62 ; ATF 133 III 121 c. 4.1.1 ; ATF 134 II 235, c. 4.1.

⁶¹ MANAÏ, p. 662.

⁶² Défini par la Cour à la lumière de la Convention de l'OIT no 29 comme « *tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque* » (ACEDH MEIER c/ Suisse, 9.02.2016, para. 64).

⁶³ La traite d'êtres humains, bien que non explicitement mentionné à l'art. 4 CEDH, fait partie de son champ d'application, tel que souligné par la Cour (ACEDH RANTSEV c/ Chypre et Russie, 7.01.2010, para. 282).

consacrée dans l'ordre juridique, puisqu'elle ressort des multiples engagements internationaux de la Suisse⁶⁴, et qu'elle est en partie punie par plusieurs dispositions du Code pénal⁶⁵. En vertu de l'article 4 CEDH, les États se doivent d'adopter des sanctions pénales appliquées concrètement, et de prendre des mesures visant à prévenir ces atteintes et protéger les éventuelles victimes⁶⁶.

Cette interdiction s'applique à tout « *travail ou service pour le compte d'un tiers* »⁶⁷, qu'il y ait ou non présence d'un contrat de travail. À ce titre, la CourEDH a eu l'occasion d'examiner l'obligation pour un médecin exerçant dans le secteur privé d'assurer un service d'urgence mis en place par un dispositif public⁶⁸, l'obligation pour un avocat stagiaire de défendre des prévenus⁶⁹, l'absence de rémunération pour un avocat commis d'office qui avait dû assister à une audience⁷⁰, ou d'un huissier de justice libéral dans le cadre de l'exécution d'une décision judiciaire⁷¹, ou encore l'obligation pour des notaires et des avocats d'agir en tant que curateurs d'office⁷². Pour chacune de ces situations, la CEDH a refusé d'admettre la violation de l'article 4 CEDH, faisant valoir qu'il existait pour certaines professions libérales des obligations découlant des usages de la profession, déjà connus lors du choix de ladite profession⁷³. Enfin, le consentement n'est pas suffisant pour écarter le travail forcé⁷⁴, ce qui fait écho à l'article 27 al. 2 CC. Cette disposition excluant les engagements excessifs, on peut déduire par analogie qu'il en est de même pour l'esclavage, la servitude et la traite d'êtres humains.

3. Les droits au respect de la vie privée et familiale, du domicile, de la correspondance et contre l'emploi abusif de données

Les droits au respect de la vie privée et familiale, du domicile, de la correspondance et contre l'emploi abusif de données protègent « *la sphère privée* »⁷⁵. Ils sont garantis aux articles 13 Cst., 8 CEDH, et 17 Pacte II, et sont définis comme le droit pour toute personne « *d'organiser sa vie et d'entretenir des rapports avec autrui, sans intervention des pouvoirs publics* »⁷⁶. Le droit au respect de la vie familiale au sens de la CEDH ne confère pas un droit subjectif de fonder une famille⁷⁷, et d'obtenir des aménagements à cette fin⁷⁸.

La protection de la sphère privée, dans le cadre des contrats de service, se rapporte donc principalement au respect de la correspondance⁷⁹ et des données personnelles. Ainsi, dans un arrêt récent, la Grande chambre de la CourEDH a dû traiter d'un litige relatif au licenciement d'un employé qui avait utilisé la messagerie interne de l'entreprise à des fins personnelles. La Grande chambre a statué que les juridictions roumaines auraient dû vérifier que l'employé avait été préalablement averti que les communications pouvaient être

⁶⁴ Voir à ce titre la Convention relative à l'esclavage (1927), la Convention de l'OIT no 29 concernant le travail forcé ou obligatoire (1930), la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions ou pratique analogues à l'esclavage (1956), la Convention de l'OIT no 105 concernant l'abolition du travail forcé (1957), la Convention de l'OIT no 182 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination (1999), le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (2000, Palerme), la Convention sur la lutte contre la traite d'êtres humains (2005), le Protocole relatif à la convention sur le travail forcé (2014, Varsovie).

⁶⁵ Cf. *infra* 2-I-C-1).

⁶⁶ BIGLER, Commentaire CEDH, art. 4 CEDH, N 54.

⁶⁷ BIGLER, Commentaire CEDH, art. 4 CEDH, III.1.a.

⁶⁸ ACEDH STEINDEL c/ Allemagne, 14.09.2010.

⁶⁹ ACEDH VAN DER MUSSELE c/ Belgique, 23.11.1983.

⁷⁰ ACEDH BUCHA c/ Slovaquie, 20.09.2011.

⁷¹ ACEDH MIHAL c/ Slovaquie, 28.06.2011.

⁷² ACEDH GRAZIANI-WEISS c/ Autriche, 18.10.2011.

⁷³ BIGLER, Commentaire CEDH, art. 4 CEDH, N 30, et les arrêts précités.

⁷⁴ ACEDH VAN DER MUSSELE c/ Belgique, 23.11.1983, para. 36.

⁷⁵ MAHON, Vol. II, N 62 *ad* Partie II, Chapitre 6 ; AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, Vol. II, N 381.

⁷⁶ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, Vol. II, N 381.

⁷⁷ GONIN / BIGLER, Commentaire CEDH, art. 8 CEDH, N 80.

⁷⁸ Seul l'article 12 CEDH prévient toute atteinte étatique portée à la faculté des couples mariés d'avoir des enfants (MAHON, Vol. II, N 72 *ad* Partie II, Chapitre 6), déployant leurs effets principalement en droit de la famille.

⁷⁹ « La notion de « *correspondance* » au sens de l'art. 8 CEDH comprend non seulement la correspondance traditionnelle, mais également les emails, les conversations téléphoniques et l'usage d'internet: BERSSET BIRCHER / MEIER, p. 608, et références citées

enregistrées⁸⁰, mais également tenir compte dans l'évaluation du dommage du fait qu'il n'avait pas été informé de la nature et de l'étendue de la surveillance, ni du fait que l'employeur avait eu accès au contenu de ces messages⁸¹. Elle met ainsi à la charge des États de véritables obligations positives, notamment celle « *d'assurer le respect de la vie privée et de la correspondance dans le cadre des relations de travail* »⁸².

De même, la vidéosurveillance d'une employée à son insu, alors qu'existaient des soupçons fondés d'infraction de la part de son employeur à son encontre, et l'utilisation par les tribunaux de ces vidéos ont été jugés comme constitutifs d'une atteinte à l'article 8 CEDH ; l'atteinte a été en l'espèce jugée comme proportionnée par les juges de Strasbourg⁸³, qui ont toutefois laissé entendre dans un *obiter dictum* que la mise en balance des intérêts en présence pourrait s'opérer différemment dans le futur⁸⁴.

4. Les libertés de conscience, de croyance et de religion

La liberté de conscience, de croyance et de religion est protégée par les articles 15 Cst., 9 CEDH et 18 Pacte II. Son champ d'application est large, puisqu'il comprend « *toutes les convictions et les conceptions spirituelles ou intellectuelles relatives aux rapports entre l'être humain et la divinité ou transcendance* »⁸⁵. Elle présente deux dimensions, à savoir intérieure⁸⁶ ou individuelle⁸⁷ — soit la liberté de se forger une conviction — et extérieure⁸⁸ ou institutionnelle⁸⁹ — soit la liberté d'exprimer et manifester cette conviction. Elle est une *lex specialis* de la liberté d'opinion et d'expression. La dimension intérieure implique d'avoir la liberté de croire ou de ne pas croire en Dieu ou en une religion spécifique⁹⁰, alors que la dimension extérieure a trait aux actes de culte, le prosélytisme et le respect de rites divers. Seule la dimension extérieure ou institutionnelle peut faire l'objet de restrictions⁹¹. S'agissant de l'examen de rapports de travail de droit privé, la CourEDH s'en tient à vérifier la pesée des intérêts effectuée par le juge national⁹². Elle reste très prudente quant à toute éventuelle remise en question des législations adoptées par les États en matière religieuse.

En ce qui concerne la possibilité de porter des symboles religieux au travail, la CourEDH a eu l'occasion d'examiner les pratiques en vigueur dans les pays du Conseil de l'Europe. Par exemple, elle a dû trancher le cas d'une employée de la compagnie aérienne British Airways licenciée sans versement du salaire suite à son refus de cacher sa croix chrétienne autour du cou sous son uniforme, lorsque les juridictions du Royaume-Uni ont refusé à ce titre d'accorder une indemnité à Madame EWEIDA⁹³. La CourEDH a reproché aux juridictions britanniques d'avoir donné trop d'importance à l'argument de l'employeur selon lequel la compagnie souhaitait « *projeter une certaine image commerciale* »⁹⁴, et de n'avoir pas démontré une atteinte effective aux intérêts commerciaux lorsque le port des signes religieux était encore autorisé. Enfin, une « *société démocratique saine devait tolérer et soutenir le pluralisme et la diversité* » selon la CourEDH⁹⁵, ce qui constituait un intérêt public prépondérant au stade de l'examen de la proportionnalité de la mesure.

⁸⁰ La Grande chambre a étendu en ce sens l'arrêt concernant un employeur public (ACEDH COPLAND c/ Royaume-Uni, 03.04.2007) aux employeurs privés. La CourEDH avait alors statué que « *les courriers électroniques envoyés depuis le lieu de travail doivent bénéficier d'une protection analogue à celle des correspondances privées* » (SUDRE, N 26 ad Chap. 4, Sect. 1).

⁸¹ GACEDH BARBULESCU c/ Roumanie, 05.09.2017, para. 121.

⁸² GACEDH BARBULESCU c/ Roumanie, 05.09.2017, para. 113.

⁸³ ACEDH, KÖPKE c/ Allemagne, 05.10.2010.

⁸⁴ BERSSET BIRCHER / MEIER, p. 611.

⁸⁵ MAHON, Vol. II, N 75 ad Partie II, Chapitre 6.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, N 438.

⁸⁸ MAHON, Vol. II, N 75 ad Partie II, Chapitre 6.

⁸⁹ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, N 438.

⁹⁰ ACEDH EWEIDA et autres c/ Royaume-Uni, 15.01.2013, para. 79.

⁹¹ Art. 9 al. 2 CEDH ; BERSSET BIRCHER / MEIER, p. 615.

⁹² BERSSET BIRCHER / MEIER, p. 622.

⁹³ ACEDH EWEIDA et autres c/ Royaume-Uni, 15.01.2013.

⁹⁴ BERSSET BIRCHER / MEIER, p. 619.

⁹⁵ *Ibid.*

La CourEDH a rendu un autre arrêt dans ce domaine, dans lequel il s'agissait d'une employée qui exerçait la fonction d'assistante sociale dans un hôpital public en France, qui portait le voile et dont le contrat de travail à durée déterminée n'avait pas été renouvelé⁹⁶. Elle a conclu à la non-violation de l'article 9 CEDH en raison d'intérêts publics et privés prépondérants, à savoir la garantie de neutralité et d'impartialité de l'État qui s'étend à toutes ses missions de service public, telle que prévue par le droit français, mais aussi le droit à la liberté de conscience des patients de l'hôpital public. La CourEDH a également conclu à l'absence de violation de l'article 9 CEDH dans le cas d'un licenciement d'employés dans le secteur médical d'un hôpital public qui portaient, pour l'un, une croix et pour l'autre, le bracelet sikh et le *kirpan*. Ce licenciement était motivé par l'hôpital pour des raisons d'hygiène et de sécurité des patients⁹⁷. Dès lors, on peut lire ces décisions *a contrario* en admettant que le licenciement lié au port d'un signe religieux au travail n'est pas justifié dans tous les cas où la personne n'est pas en contact avec la clientèle, et où des règles d'hygiène ou de sécurité particulières ne sont pas à respecter. Toutefois, on ne saurait admettre des généralités ; il convient de procéder à un examen concret, au cas par cas⁹⁸.

Concernant d'éventuels aménagements des conditions de travail en rapport avec des pratiques religieuses, les juges de Strasbourg ont généralement rejeté les requêtes tendant à démontrer la violation de l'article 9 CEDH, au motif que les fonctionnaires ou employés avaient, de leur plein gré, accepté des obligations en vertu de leur contrat de travail qui étaient dès lors prévisibles (ce qui constitue un indice dans la pesée des intérêts), et/ou que les services publics ou entreprises auxquels elles appartenaient avaient des besoins avérés liés à leur organisation⁹⁹. On voit bien ici la tension entre droits fondamentaux et liberté contractuelle.

Enfin, la question se pose également au sein des entreprises dites de tendance, telles que les partis politiques ou les paroisses par exemple. C'est ainsi que face à une discrimination à l'embauche ou un licenciement, le juge national doit se poser la question concrète de savoir si le travail est ou aurait été correctement effectué même en l'absence de partage des convictions¹⁰⁰.

Notons que cette problématique semble relativement peu présente en Suisse, puisqu'il n'existe pas, à notre connaissance, d'arrêt de principe du Tribunal fédéral sur les pratiques religieuses ou le port de signes religieux au travail. Par ailleurs, les juges de Strasbourg sont plus réservés quant au fait d'imposer des obligations positives à la charge de l'Etat en ce qui concerne les relations de travail¹⁰¹. La CourEDH est d'ailleurs peu encline à admettre la violation de l'article 9 CEDH dans ce cadre¹⁰². Pour ces raisons, il est hautement improbable que ces règles puissent trouver application en matière de contrats de service indépendants.

5. Les libertés d'opinion et d'expression

La liberté d'opinion et d'expression est protégée par les articles 16 Cst., 10 CEDH et 16 Pacte I. Elle est subsidiaire à toutes les autres libertés de communication, comme les libertés d'association ou de manifestation¹⁰³. La liberté d'expression recouvre la libre formation, expression et réception d'opinions et d'informations¹⁰⁴, y compris les opinions ou informations pouvant être choquantes ou heurter une fraction de

⁹⁶ ACEDH EBRAHIMIAN c/ France, 26.11.2015.

⁹⁷ ACEDH EWEIDA et autres c/ Royaume-Uni, 15.01.2013, para. 99.

⁹⁸ BERSSET BIRCHER / MEIER, p. 624.

⁹⁹ Voir à ce titre les arrêts de la Commission européenne des droits de l'Homme (supprimée le 1^{er} novembre 1998) : X. c/ Royaume-Uni, 12.03.1981, sur un employé d'une école publique britannique ; KONTTINEN c/ Finlande, 03.12.1996, sur un fonctionnaire des chemins de fer finlandais ; STEDMAN c/ Royaume-Uni, 09.04.1997, sur une employée d'une agence de voyage du secteur privé. Voir à ce titre également l'issue de la requête de Monsieur McFARLANE, jointe à celle de Madame EWEIDA : ACEDH EWEIDA et autres c/ Royaume-Uni, 15.01.2013, para. 109.

¹⁰⁰ ACEDH SIEBENHAAR c/ Allemagne, 03.02.2011.

¹⁰¹ GONIN, Commentaire CEDH, art. 9 CEDH, N 99.

¹⁰² ACEDH PITKEVICH c/ Russie, 11.12.2007 ; ACEDH KOSTESKI c/ l'ex-République yougoslave de Macédoine, 13.04.2006.

¹⁰³ ATF 127 I 145, c. 4.b.

¹⁰⁴ MAHON, Vol. II, N 99 *ad* Partie II, Chapitre 7.

la population¹⁰⁵. Seule la libre expression des opinions peut faire l'objet de restrictions, leur libre formation relevant du for intérieur et donc, du noyau intangible¹⁰⁶. La CourEDH a eu l'occasion de préciser que l'article 10 CEDH s'applique également aux relations de travail de droit privé¹⁰⁷, l'État ayant ainsi l'obligation positive de protéger la liberté d'expression contre les atteintes commises par des personnes privées¹⁰⁸. Au sein du service public, cette liberté est limitée par le « *double devoir de loyauté* »¹⁰⁹, qui implique un devoir de réserve spécifique des agents de l'État, limitant leur liberté d'expression et ce même en dehors du travail.

Dans les contrats de service, la liberté d'expression est limitée par la protection de la réputation du cocontractant, concrétisée à travers l'obligation de respecter les devoirs accessoires au contrat tels que le devoir de fidélité. À ce titre, la pratique du *whistleblowing*, soit « *l'acte par lequel un membre d'une organisation (ancien ou actuel) révèle des pratiques illégales, immorales ou illégitimes dont l'employeur a la maîtrise, à une personne ou à un organisme susceptible de remédier à la situation* »¹¹⁰, est délicate à juger, de sorte que la CourEDH a développé une série de critères permettant d'admettre le lanceur d'alerte au bénéfice de la protection de l'article 10 CEDH. Il convient d'examiner : 1) « *l'authenticité de l'information révélée* » pour éviter que le lanceur d'alerte n'agisse à la légère ; 2) sa motivation à agir, et notamment s'il s'agit d'un motif égoïste ou altruiste ; 3) « *l'intérêt effectif du public à ce que l'information en question soit divulguée* » ; 4) le risque subi par l'employeur ; 5) la disponibilité de « *moyens plus discrets pour dénoncer les agissements en question* » ; 6) la sanction infligée par les juridictions nationales au lanceur d'alerte et ses conséquences¹¹¹. À cette fin, elle a pris en compte une résolution non contraignante du Conseil de l'Europe, mais aussi l'article 5 de la Convention no 158 de l'OIT, qui n'avait pourtant pas été ratifiée par l'Etat attaqué¹¹².

De même, la CourEDH a jugé qu'une critique émise à l'encontre d'un employeur privé, en l'occurrence relative à des revendications de travail concernant le directeur des ressources humaines, ne doit pas être formulée dans un langage insultant qui serait dommageable à la réputation de tiers¹¹³.

6. L'interdiction des discriminations

L'interdiction des discriminations, en d'autres termes l'égalité devant la loi, est protégée par les articles 8 Cst., 14 CEDH et 26-27 Pacte II. Cette interdiction vise « *notamment* » les discriminations basées sur « *le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions [...], l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* », au sens de tout autre droit protégé par la CEDH. À ce titre, l'article 14 CEDH ne peut être invoqué seul. La Suisse n'a d'ailleurs pas ratifié le Protocole 12 CEDH dont l'article 1^{er} prévoit l'interdiction de toute discrimination portant sur « *tout droit prévu par la loi* », étendant considérablement le champ de protection de l'article 14 CEDH.

Une mesure de discrimination se définit comme le fait d'opérer une différence de traitement entre deux personnes placées dans des situations analogues, en dehors de toute justification raisonnable et objective¹¹⁴, mais aussi d'appliquer un traitement identique à deux personnes placées dans des situations différentes sans justification¹¹⁵. Les discriminations directes comme indirectes sont visées, de sorte que les mesures en apparence neutres qui aboutissent à une discrimination effective entrent dans ce champ de protection.

¹⁰⁵ GACEDH HANDYSIDE c/ Royaume-Uni, 07.12.1976, para. 49.

¹⁰⁶ MAHON, Vol. II, N 99 *ad* Partie II, Chapitre 7.

¹⁰⁷ ACEDH HEINISCH c/ Allemagne, 21.07.2011, para. 43.

¹⁰⁸ ACEDH FUENTES BOBO c/ Espagne, 29.02.2000, para. 38.

¹⁰⁹ LEMPEN, Devoir de fidélité, pp. 25-26 et références citées.

¹¹⁰ BETTEX, Cadre légal, p. 157.

¹¹¹ GONIN, Commentaire CEDH, art. 10 CEDH, N 175.

¹¹² ACEDH HEINISCH c/ Allemagne, 21.07.2011, para. 37 et 39.

¹¹³ ACEDH PALOMO SANCHEZ et autres c/ Espagne, 12.09. 2011, para. 67-68.

¹¹⁴ GACEDH Burden c/ Royaume-Uni, 29.04.2008, para. 60.

¹¹⁵ GACEDH Thlimmenos c/ Grèce, 06.04.2000, para 44.

Concernant les discriminations à raison du genre (art. 8 *cum* 14 CEDH, 8 al. 3 Cst., 3 Pacte II), elles ne peuvent être justifiées que de manière très restrictive¹¹⁶, de même que les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle selon la CourEDH¹¹⁷. Il en est de même pour les discriminations relatives aux considérations de race, d'ethnie ou de nationalité¹¹⁸. La discrimination en matière religieuse est également prohibée, mais la marge de manœuvre accordée aux États sur « *le choix des formes de coopération avec les différentes communautés religieuses* »¹¹⁹ est plus importante. Toutefois, l'État a l'obligation positive de mettre en place des « *critères objectifs et non discriminatoires* »¹²⁰ afin que toute communauté religieuse puisse se prévaloir des mêmes prérogatives. Si les contrats de service dépendants font l'objet d'une protection spécifique grâce à la LEg¹²¹ notamment, ce n'est pas le cas des contrats de service indépendants, qui ne font l'objet d'aucune sauvegarde légale à moins que l'un des cocontractants soit l'Etat dans le cadre de ses activités de service public, qui doit respecter l'égalité de traitement de l'article 8 al. 1 et 2 Cst.

7. Le droit à un procès équitable

Le droit à un procès équitable est garanti par les articles 29, 29a et 30 Cst., 6 CEDH, et 14 Pacte II. Il est mis en œuvre par les codes de procédure civile et pénale, mais également par le titre 17 du Code pénal protégeant l'administration de la justice.

En ce qui nous concerne, il a trait à deux types de protection : d'une part, il limite la renonciation contractuelle à certaines garanties procédurales, notamment par le biais de l'article 27 al. 2 CC¹²² ; d'autre part, se pose la question, encore ouverte, de la portée de cette garantie lorsqu'un employeur mène de son propre chef une enquête interne au sein de l'entreprise, procédure parfois fort apparentée à une véritable procédure pénale. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs importé certaines garanties apportées par le Code de procédure pénale à ce type d'enquête¹²³, soit le droit pour l'employé de participer à l'enquête¹²⁴, l'obligation pour le travailleur faisant l'objet de l'enquête d'être préalablement informé de ses droits, le principe *in dubio pro reo*, ou encore le droit pour le travailleur de se faire assister par un avocat¹²⁵. Pour le surplus, le Code des obligations, la Loi sur la protection des données et la Loi sur le travail contiennent des dispositions pertinentes¹²⁶. Toutefois, il n'est reconnu au travailleur aucun droit d'être entendu avant son licenciement¹²⁷.

B. La liberté économique, droit humain favorisant la liberté contractuelle

L'ancêtre de la liberté économique, soit la liberté du commerce et de l'industrie, faisait déjà partie des garanties écrites sous l'empire de la Constitution helvétique de 1874 à l'article 31 aCst. Elle comprenait le « *droit de choisir et d'exercer librement une activité lucrative privée* »¹²⁸. Reconnue par le Tribunal fédéral dans un premier temps au bénéfice des indépendants, cette liberté a été étendue aux travailleurs dépendants

¹¹⁶ GONIN, Commentaire CEDH, art. 14 CEDH, N 39.

¹¹⁷ ACEDH SMITH and GRADY c/ Royaume-Uni, 23.02.1999, para. 89. Dans cette affaire, la CourEDH a admis la violation des articles 8 *cum* 14 CEDH du fait du licenciement d'un militaire britannique en raison de son orientation sexuelle. Dans la cause 8C_594/2018, le Tribunal fédéral a récemment pris le contrepied de cette jurisprudence en refusant, dans un cas relativement similaire, d'admettre la violation du droit positif (LEg en l'occurrence) pour ce qui concernait le refus d'embaucher un militaire suisse en raison de son orientation sexuelle. Il est probable que cette affaire soit portée devant la CourEDH prochainement.

¹¹⁸ ACEDH LUDZAK c/ Pologne, 27.11.2007, para. 48 ; GONIN, Commentaire CEDH, art. 14 CEDH, N 58.

¹¹⁹ GONIN, Commentaire CEDH, art. 14 CEDH, N 71.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Cf. *infra* (2-I-C-5).

¹²² MARCHAND, p. 23.

¹²³ TF 4A_694/2015, du 4 mai 2016, c. 2.4.

¹²⁴ RAEDLER, p. 351.

¹²⁵ BETTEX, Enquêtes internes, p. 3.

¹²⁶ RAEDLER, p. 350 ; cf. *infra* (2-II-B-4).

¹²⁷ TF 4C_174/2004, 05.08.2004, c. 2.4.

¹²⁸ AUBERT, p. 84 et références citées.

en 1958¹²⁹ via les articles 2 al. 2 CC, 20 et 41 CO¹³⁰, puis son effet direct a été consacré¹³¹, et retiré¹³². Aujourd'hui, la liberté économique est protégée par le biais de l'article 27 al. 1 Cst., en tant que liberté de choisir sa profession, d'accéder à une activité économique lucrative privée et de l'exercer¹³³, mais aussi de « *s'épanouir et prendre part à la concurrence économique* »¹³⁴. Elle est concrétisée par l'article 28 CC et bénéficie ainsi de la protection relative aux droits extra-patrimoniaux, en tant qu'« *élément propre à favoriser l'épanouissement de la personne* »¹³⁵. Le Tribunal fédéral l'a d'ailleurs invoquée pour limiter la portée d'une clause de concurrence dans un contrat de travail¹³⁶, ce qui est aujourd'hui résolu par les articles 340 ss CO, mais reste pertinent dans le cadre d'un contrat de service.

En 1976 et de jurisprudence constante, le Tribunal fédéral a estimé que la liberté contractuelle découlait du principe de liberté du commerce et de l'industrie, soit aujourd'hui la liberté économique¹³⁷. Certains auteurs la considèrent même comme le « *noyau intangible de la liberté économique* »¹³⁸.

Tantôt antagonistes en tant qu'ils se limitent, tantôt complémentaires en tant qu'ils se protègent mutuellement, droits fondamentaux, liberté contractuelle et contrats de service sont des notions étroitement imbriquées. Voyons désormais comment les droits humains sont mis en œuvre dans l'ordre juridique en ce qui concerne les contrats de service.

Seconde partie : **Prévention et sanctions** **contre la violation des droits humains dans les contrats de service**

Puisque les droits humains ne sont pas directement applicables ni invocables devant un juge, le législateur a déployé au sein de l'ordre juridique suisse un arsenal de règles visant, d'une part, à la prévention de la violation des droits fondamentaux dans le cadre des contrats de service (I), et d'autre part, à leur sanction (II).

I. Les outils de prévention de la violation des droits humains dans les contrats de service

On observe plusieurs phénomènes nous permettant d'affirmer que les droits humains imprègnent l'ordre juridique, en vertu desquels le législateur a instauré des garde-fous prévenant les potentielles violations. Ces phénomènes ont plusieurs origines : internationales (A), constitutionnelles (B), législatives (C), et même contractuelles (D).

A. Les mécanismes d'origine internationale

1. L'influence de la jurisprudence de la Cour sur les obligations positives des États

La ratification par la Suisse de la CEDH emporte la faculté pour la CourEDH de retenir la responsabilité de l'État suisse pour violation d'un droit humain contenu dans la CEDH. À ce titre, l'État peut violer une obligation

¹²⁹ ATF 84 I 21.

¹³⁰ AUBERT, p. 84.

¹³¹ ATF 86 II 365 ; BERSET BIRCHER, p. 586.

¹³² BERSET BIRCHER, p. 586 et références citées.

¹³³ MEIER, p. 95.

¹³⁴ WINIGER, CR CO I, Art. 19-20 CO, N 10 et références citées.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ ATF 102 II 211.

¹³⁷ ATF 102 Ia 533, c. 10, JdT 1978 I 647.

¹³⁸ WINIGER, CR CO I, Art. 19-20 CO, N 16 et références citées.

négalive découlant de ce droit, l'Etat ayant l'obligation de s'abstenir de porter atteinte à ces droits, ou il peut violer une obligation positive découlant de ces droits, soit une obligation d'agir pour rendre effectives ces libertés entre individus, correspondant ainsi à une vision plus horizontale de l'applicabilité des droits humains.

Par ailleurs, la CourEDH a eu l'occasion d'estimer que certaines dispositions de la Convention peuvent s'appliquer directement dans les relations entre personnes privées, notamment relativement à l'article 14 CEDH, disposition d'application transversale. En effet, elle a mentionné, dans une affaire ayant trait à une clause testamentaire excluant un enfant adoptif d'un héritage : « *Certes, la Cour n'est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés. Cela étant, dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, [ou] d'un contrat privé, [...] apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme en l'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention* »¹³⁹.

La CourEDH a saisi cette opportunité pour émettre cet *obiter dictum* dans lequel elle laisse place à l'applicabilité horizontale directe de la Convention lorsqu'est porté à sa connaissance une abstention d'un Etat qui aboutit à un résultat en flagrante contradiction avec les principes de la CEDH. Cette pratique conforte la doctrine suisse minoritaire de l'effet horizontal direct subsidiaire des droits humains¹⁴⁰, selon laquelle l'effet horizontal devrait s'appliquer en trois temps : tout d'abord, le législateur doit mettre en œuvre les droits fondamentaux dans l'ordre juridique suisse ; ensuite, il doit interpréter les notions juridiques indéterminées conformément aux droits fondamentaux ; enfin, si malgré cela ces derniers ne sont toujours pas réalisés entre les particuliers, il convient d'appliquer l'effet horizontal direct¹⁴¹. À ce titre, parmi les nombreux exemples recensés¹⁴², la CourEDH a eu l'occasion de retenir la responsabilité de l'État autrichien du fait que les adeptes d'une croyance avaient été privés par des particuliers privés de pouvoir exercer et exprimer leurs croyances religieuses¹⁴³. Toutefois, la CourEDH a eu l'occasion à de nombreuses reprises de préciser que les obligations positives ne doivent pas imposer un « *fardeau excessif* » à la charge de l'Etat¹⁴⁴, c'est-à-dire qu'elles doivent rester raisonnables et réalisables dans les faits.

2. Autres mécanismes internationaux : pactes onusiens, protection diplomatique et soft law

Nous nous contenterons ici de mentionner l'existence de mécanismes onusiens de protection liés aux Pactes I et II, le premier n'étant pas d'applicabilité directe. Dans la pratique, ils ont été rendus subsidiaires du fait de l'efficacité et de l'importance du système contraignant mis en place par le Conseil de l'Europe et la CEDH, offrant des garanties équivalentes au Pacte II. Il faut toutefois noter que le Pacte I relatif aux droits économiques, sociaux et culturels n'offre pas de garanties équivalentes en droit suisse ; toutefois, si ces droits ne sont pas justiciables, l'État suisse est tenu de les mettre en œuvre dans son ordre juridique.

Par ailleurs, il est important de souligner l'importance d'un phénomène certes ancien mais dont les récents développements intéressent notre sujet. En effet, la CIJ, dans la lignée de sa jurisprudence¹⁴⁵, a récemment admis la possibilité pour un État de faire valoir sa protection diplomatique¹⁴⁶ envers un ressortissant dont les droits fondamentaux avaient été violés par un autre État¹⁴⁷. Si protection diplomatique et droits humains se

¹³⁹ ACEDH PLA et PUNCERNAU c/ Andorre, 13.07.2004, para. 59 (nous soulignons).

¹⁴⁰ BERSER BIRCHER, p. 586 et références citées ; PETERMANN, p. 82.

¹⁴¹ BERSER BIRCHER, p. 587 et références citées ; *contra* : AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, pp. 58-64 ; ZIMMERMANN, pp. 52-53.

¹⁴² Voir à ce sujet le « *panorama des obligations positives matérielles* » : PETERMANN, pp. 205-369.

¹⁴³ ACEDH OTTO-PREMIER-INSTUT c/ Autriche, 20.09.1994, para. 47.

¹⁴⁴ Citons à titre d'exemple : GACEDH O'KEEFFE c/ Irlande, 28.01.2014, para. 144 ; ACEDH PALIC c/ Bosnie Herzégovine 15.02.2011, para. 70 ; ACEDH SALGIN c/ Turquie, du 20 février 2007, para. 84.

¹⁴⁵ CIJ, Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd, Belgique c/ Espagne, 5 février 1970, para. 78.

¹⁴⁶ CPJI, Concessions Mavrommatis en Palestine, Grèce c/ Royaume-Uni, 30 août 1924. Il s'agit de la faculté pour un État de prendre fait et cause pour son ressortissant aux fins d'agir sur le plan diplomatique.

¹⁴⁷ CIJ, AHMADOU SADIO DIALLO (recevabilité), Guinée c/ RDC, 24 mai 2007.

distinguent à première vue, l'un visant à protéger ses nationaux et l'autre à protéger tout individu sans égard à sa nationalité¹⁴⁸, la protection diplomatique a évolué, passant d'une prérogative relevant de la compétence personnelle de l'Etat à un « *système de protection plus élargi dont font partie les droits individuels et fondamentaux de l'individu* »¹⁴⁹. La Commission de droit international a précisé que « *l'exercice par un Etat de sa protection diplomatique au niveau interétatique demeure un instrument important pour protéger les personnes dont les droits de l'Homme ont été violés à l'étranger* »¹⁵⁰. Dans l'arrêt en question, la CIJ a admis la requête du gouvernement guinéen, visant à mettre en œuvre auprès de cette dernière la protection diplomatique envers son ressortissant¹⁵¹, dans la mesure où la RDC, Etat défendeur, n'avait pu démontrer l'existence de voies de recours ouvertes et accessibles pour que le ressortissant guinéen puisse faire constater l'illicéité de son renvoi, d'une part, et la violation de ses droits en tant qu'associé d'entreprises zaïroises, d'autre part, ce en violation des articles 13 Pacte II et 12 para. 4 de la Charte africaine des droits de l'Homme.

Enfin, il sied de remarquer l'émergence de règles de *soft law* liant les Etats, pas directement applicables en droit interne mais d'influence notoire¹⁵². Il faut noter à cet égard l'adoption en juin 2011 par le Conseil des droits de l'Homme des Nations unies des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, qui est un mécanisme original ayant vocation à s'appliquer à « *tous les Etats et à toutes les entreprises commerciales, transnationales ou autres, indépendamment de leur taille, de leur secteur, de leur lieu d'implantation, de leur régime de propriété et de leur structure* ». Ils imposent ainsi des obligations aux Etats en cas de violations commises sur leur territoire par les entreprises (art. 1 à 10, 25 à 31), en prévoyant l'obligation de collaborer étroitement avec elles (art. 3 let. c et d, 7 let. a et b, 10), mais aussi aux entreprises¹⁵³, qui « *devraient respecter les droits de l'Homme* »¹⁵⁴ (art. 11-24), avec une « *diligence raisonnable* » (art. 17).

B. Les mécanismes de rang constitutionnel

1. L'effet horizontal des droits humains, ou *Drittwirkung*

En vertu de l'article 35 al. 1 Cst., « *les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique* ». On pourrait penser que la Constitution consacre l'effet horizontal direct des droits fondamentaux dans l'ordre juridique national. Le constituant s'est toutefois empressé d'ajouter un alinéa 3, qui indique que « *les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux* ». L'application de l'article 35 al. 1 Cst. semble donc limitée aux effets horizontaux indirects, et s'interprète comme une norme programmatique à la discrétion du législateur, ce que le Tribunal a confirmé en révoquant, après l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, sa jurisprudence antérieure admettant l'effet horizontal direct pour certains droits humains,¹⁵⁵

L'effet horizontal direct subsidiaire n'étant pas admis¹⁵⁶, le législateur suisse tient un rôle essentiel en vue de définir les règles d'intégration des droits humains¹⁵⁷, soit en hiérarchisant lui-même les droits fondamentaux

¹⁴⁸ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd, Belgique c. Espagne*, 5 février 1970, para. 33. ; PALACO CABALLERO, pp. 150-151.

¹⁴⁹ PALACO CABALLERO, p. 148.

¹⁵⁰ Rapport de la CDI 2006 : Commentaires de l'article 1 du Projet d'articles sur la protection diplomatique, p. 26, para. 24.

¹⁵¹ Celui-ci était domicilié et détenait deux entreprises au Zaïre (ex-RDC) ; il avait réclamé à l'état zaïrois l'exécution d'un contrat de service et avait par conséquent été expulsé.

¹⁵² Toutefois, les tribunaux parviennent parfois à en retenir l'application. Cf. *infra* (II-2-A-2 et 3).

¹⁵³ Notons à cet égard que les entreprises ne sont pas parties à cet accord ; en vertu des règles de droit international public, on ne saurait admettre l'applicabilité directe de ces normes. Toutefois, le juge national peut rendre ces normes applicables en procédant par renvoi, notamment lorsqu'il est confronté à des concepts juridiquement indéterminés dans son droit interne.

¹⁵⁴ Art. 11 des Principes directeurs (nous soulignons).

¹⁵⁵ Cet effet avait été reconnu pour la liberté religieuse entre époux, la liberté du commerce et de l'industrie, et la liberté d'expression : BERSER BIRCHER Valérie, p. 586, et références citées.

¹⁵⁶ Cf. *supra* (2-I-A-1).

¹⁵⁷ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, Vol. II, N 129.

concrétisés, soit en confiant la pesée des intérêts aux juges, notamment par l'adoption de normes juridiques indéterminées laissant place à l'interprétation par les juges¹⁵⁸. Toutefois, il s'agit avant tout d'un organe animé par des considérations politiques.

Par ailleurs, le juge est rapidement venu refermer la boîte de Pandore ouverte par le constituant en limitant la portée de l'effet horizontal direct prévue à l'article 8 al. 3 Cst, qui prévoit : « *L'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale.* » Ainsi, la seule norme constitutionnelle dotée par le constituant de l'effet horizontal direct ne parvient pas à produire tous ses effets dans l'ordre juridique, d'une part parce que le Tribunal fédéral a estimé que l'effet horizontal direct ne s'appliquait qu'aux salaires¹⁵⁹, et d'autre part, parce qu'il revient au Parlement de légiférer en la matière ; or, il est avant tout un organe politique.

A contrario, il sied de remarquer que le Tribunal fédéral a reconnu que l'Etat et les autorités avaient une obligation positive d'intervenir lorsque l'exercice de la liberté religieuse était rendu impossible par des tiers¹⁶⁰.

2. L'interprétation conforme au droit supérieur des concepts juridiques indéterminés

L'interprétation conforme au droit supérieur est un corollaire de l'article 35 al. 3 Cst. Elle vise à « *tirer de normes au contenu indéterminé un véritable corps de règles dans des matières que le parlement a négligées* »¹⁶¹, volontairement ou involontairement. Le texte de la loi doit être interprété conformément au droit supérieur, soit lorsqu'il contient des normes juridiques indéterminées, soit parce qu'il présente de potentielles contradictions avec le droit supérieur¹⁶². Cela permet à tout juge d'opérer un contrôle diffus de constitutionnalité et de conventionalité des lois.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de trancher que les droits fondamentaux exposés dans la Constitution s'adressent non seulement à l'Etat, mais également aux autorités, notamment aux tribunaux, qui doivent faire en sorte que ces droits soient également réalisés dans les relations entre acteurs privés¹⁶³. Les juges ont ainsi estimé que « *certes, les droits fondamentaux servent en premier lieu à défendre les individus contre les atteintes des pouvoirs publics, mais leur portée peut se révéler utile dans la détermination de ce qui est tolérable dans les relations entre particuliers* »¹⁶⁴. Dans cet arrêt, les juges ont dû examiner si la condition de « *justes motifs* » requise par l'article 337 CO pour mettre fin au contrat de travail avec effet immédiat était remplie. En l'espèce, un employé avait dupliqué, sans en informer son supérieur hiérarchique, l'envoi et la réception des messages électroniques professionnels et personnels de ce dernier, en incapacité de travail. Le Tribunal a alors rappelé qu'en vertu de l'article 337 al. 3 CO, « *le juge apprécie librement s'il existe des justes motifs* »¹⁶⁵. Il a convoqué à cette fin l'application de l'article 13 Cst., qui protège la correspondance, et a donc interprété la notion de « *justes motifs* » de l'article 337 CO conformément au droit supérieur.

On retrouve ces notions juridiques indéterminées dans plusieurs dispositions transversales du droit des personnes et de la partie générale du Code des obligations relevant de notre étude, laissant au juge une grande marge d'appréciation et aux avocats la place d'argumenter dans les prétoires. Tel est le cas des notions de « *liberté* » et « *contraire aux mœurs* » à l'article 27 al. 2 CC, d'« *atteinte illicite à sa personnalité* » à l'article 28 al. 1 CC, de « *contraire aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité* » à

¹⁵⁸ ZIMMERMANN, pp. 42-43.

¹⁵⁹ ATF 133 III 167, c. 4.2.

¹⁶⁰ ATF 97 I 221, c. 4d.

¹⁶¹ AUBERT, p. 84.

¹⁶² Voir à ce sujet les controverses liées à l'adoption de l'article 121a Cst. : FF 2013 279.

¹⁶³ ATF 130 III 353, c. 2.1.1, JdT 2005 I 12.

¹⁶⁴ ATF 130 III 28, c. 4.2.

¹⁶⁵ ATF 130 III 28, c. 4.1.

l'article 19 al. 2 CO, ou encore de « *chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs* » à l'article 20 al. 1 CO. En ce qui concerne la partie spéciale du code des obligations, nous relèverons tout particulièrement le « *maintien de la moralité* » et les « *mesures commandées par l'expérience* » à l'article 328 CO, les « *justes motifs* » définis comme « *circonstances [...] ne permett[ai]nt pas d'exiger [...] la continuation des rapports de travail* » de l'article 337 CO, la « *bonne et fidèle exécution du mandat* » de l'article 298 al. 2 CO, et la « *diligence requise d'un bon commerçant* » pour l'agent à l'article 418c CO.

C. Les règles impératives d'ordre législatif

1. Le droit pénal : un instrument indispensable mais insuffisant

Les dispositions du Code pénal sont une conséquence directe des obligations positives de l'État en matière de droits humains. Pourtant, toutes les obligations positives n'aboutissent pas systématiquement à l'adoption d'une règle pénale. Il faut relever à ce titre que le droit pénal serait finalement le miroir de l'essence des droits fondamentaux, soit la protection du minimum intangible auquel il ne doit pas être porté atteinte, comme la vie, dont la protection fait l'objet du tout premier article de la partie spéciale du Code pénal. S'il faut le rappeler, ces dispositions s'appliquent en toutes circonstances, en présence ou non d'un contrat de service, dépendant ou indépendant.

Concernant les droits à la vie et à la liberté personnelle, ils sont protégées par les infractions définies sous le titre 1 du Code pénal, incriminant les infractions portant atteinte à la vie et à l'intégrité corporelle et, dans une moindre mesure, psychique (appréhendées par les infractions de lésions corporelles), mais aussi sous son titre 4, interdisant les crimes ou délits contre la liberté, sous ses titres 7 et 8, prohibant les crimes ou délits créant un danger collectif pour la vie (7) et contre la santé publique (8), et enfin sous son titre 12bis, qui interdit le génocide et les crimes contre l'humanité.

L'article 4 CEDH, interdisant le travail forcé ou obligatoire, l'esclavage, la servitude et la traite d'êtres humains, oblige l'État à criminaliser « *tout acte tendant à réduire ou à maintenir une personne dans une conditions sociale prohibée par l'art. 4 CEDH* »¹⁶⁶. Or, il sied de relever que le Code pénal suisse n'appréhende pas explicitement l'ensemble de ces comportements¹⁶⁷. Alors qu'il punit la réduction en esclavage en cas d'attaque généralisée ou systématique contre la population civile à l'article 264a al. 1 let. c CP, il n'incrimine pas l'esclavage en temps normal. Il faut en effet créer un cocktail d'infractions pour appréhender ces comportements, ce qui augmente les risques que l'un des éléments objectifs fasse défaut. Tantôt on utilisera l'usure (art. 157 CP)¹⁶⁸, infraction protégeant le patrimoine, pour laquelle il faudra éprouver la difficulté de démontrer « *la gêne, la dépendance, l'inexpérience ou la faiblesse de la capacité de jugement* » de la victime, éventuellement couplée avec des lésions corporelles (121 et 122 CP) ; tantôt on utilisera la contrainte (art 181 CP), qui n'est qu'un délit passible d'une peine maximale de trois ans ; ou encore, on convoquera l'infraction de traite d'êtres humains (art. 182 CP), protégeant également la liberté, mais qui implique préalablement de devoir démontrer un déplacement, ce qui n'est pas souvent le cas, notamment pour le cas fréquent où une personne qui vient en Suisse de son plein gré et se soumet volontairement à l'exploitation de son travail¹⁶⁹. Enfin, le degré de gravité supplémentaire qui caractérise la servitude, soit le fait de vivre dans la demeure de l'exploitant et d'avoir le sentiment qu'aucune amélioration de sa condition ne sera jamais envisageable¹⁷⁰, ne fait l'objet d'aucun comportement appréhendé par la loi pénale suisse. Il nous semble

¹⁶⁶ BIGLER, Commentaire CEDH, art. 4 CEDH, N 58, et références citées.

¹⁶⁷ PETERMANN, pp. 429-431.

¹⁶⁸ Voir à ce sujet les critiques développées d'une part par Bernard BERTOSSA, ancien juge pénal fédéral, et d'autre part par Ursula CASSANI, Professeure à l'Université de Genève, dans l'ouvrage *Le contrat dans tous ses états*.

¹⁶⁹ Rappelons à ce stade que le consentement n'est pas un motif justificatif du travail forcé, de l'esclavage, de la servitude ou de la traite d'êtres humains selon la CourEDH.

¹⁷⁰ ACEDH CHOWDURY et autres c/ Grèce, 30.03.2017, para. 99.

qu'en l'absence d'infraction spécifique réprimant ces comportements visés par l'article 4 CEDH, le droit pénal suisse n'est pas suffisamment adapté aux exigences posées par la CourEDH¹⁷¹.

Les droits au respect de la vie privée et familiale, du domicile, de la correspondance et contre l'emploi abusif de données, sont protégés par les infractions définies sous titre 3 du Code pénal, soit les infractions contre l'honneur et contre le domaine secret ou privé, dont les articles 179 à 179^{novies} protègent tout particulièrement le caractère privé de la correspondance. De même, ces droits sont protégés par le titre 6 du Code pénal, soit les infractions contre la famille. Notons encore la punition de la soustraction de données à l'article 143 CP et de la violation de domicile à l'article 186 CP, mais aussi de certains comportements prévus par la LPD¹⁷².

L'article 261 CP punit les atteintes à la liberté de croyance et des cultes, tandis que l'article 261^{bis} CP punit l'incitation à la haine ou à la discrimination envers certains groupes de personnes, sous plusieurs formes, mais ne protège pas les discriminations en raison de l'orientation sexuelle.

2. Les droits de la personnalité

Certains droits garantis par la CEDH et la Constitution entrent dans le cercle des droits de la personnalité, comme par exemple le droit à la vie, le droit à la liberté personnelle, le droit au respect de la vie privée et le droit à la liberté d'expression. Les articles 28 à 28I CC mettent ainsi en œuvre les droits à la liberté personnelle et à la sphère privée contenus dans la Constitution¹⁷³. Le Tribunal fédéral a admis, dès 1987, que les droits de la personnalité tels que prévus aux articles 27 et 28 CC constituent « *dans une mesure importante une mise en œuvre du droit constitutionnel à la liberté personnelle dans les rapports entre particuliers* »¹⁷⁴.

Ce sont des droits absolus au même titre que la propriété ; à ce titre, ils sont donc opposables *erga omnes*¹⁷⁵. D'ordre extra-patrimonial, ils ne peuvent être invoqués pour faire cesser ou alléguer un dommage d'origine patrimoniale¹⁷⁶. Ils sont inaliénables, incessibles¹⁷⁷, intransmissibles, inamissibles et imprescriptibles¹⁷⁸. Ce sont des droits strictement personnels. Toute atteinte à ces droits est illicite, « *à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi* » (art. 28 CC).

Le législateur a pris soin d'utiliser des concepts juridiques indéterminés, puisque la notion de droits de la personnalité est amenée à évoluer avec le temps et avec les mœurs ; il a donc laissé le soin au juge de définir et éventuellement étendre ou restreindre son champ d'application. Grâce à l'influence de la doctrine et à la jurisprudence désormais abondante, il est toutefois possible de dresser un catalogue des droits entrant dans ce champ ; mais il faut garder à l'esprit que ce catalogue est amené à évoluer, notamment à s'enrichir. Nous nous limiterons ici à énumérer les droits trouvant application dans le champ de notre étude.

Les articles 27 ss CO protègent le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique et psychique¹⁷⁹. Pour ces aspects, on ne saurait admettre trop aisément la justification par le consentement de l'intéressé(e) prévu à l'article 28 al. 2 CC, et ce en vertu de l'article 27 al. 2 CC ; seul un motif prépondérant de droit privé ne peut être admis qu'à des conditions restrictives ou pour des atteintes minimales¹⁸⁰. Toute atteinte à l'intégrité

¹⁷¹ Cf. *supra* (1-II-A-2) ; PÉTERMANN, pp. 429-431.

¹⁷² Art. 34 ss LPD.

¹⁷³ STEINAUER / FONTOULAKIS, N 495 et 497.

¹⁷⁴ ATF 113 Ia 257, c. 4.c.

¹⁷⁵ STEINAUER / FONTOULAKIS, N 500.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ Les prétentions pécuniaires en étant issues sont toutefois cessibles (ATF 95 II 481, c. 13).

¹⁷⁸ Les droits de la personnalité sont imprescriptibles de même que les droits défensifs y relatifs ; mais les créances pécuniaires et les actions attachées sont prescriptibles en vertu des règles ordinaires (ATF 123 III 204, c. 2.c et d, JdT 1999 I 9, pp. 12-13).

¹⁷⁹ Constituent des atteintes à l'intégrité corporelle notamment « *les lésions corporelles, les voies de fait, les altérations de l'apparence, la contamination par une maladie grave, la mise en danger de l'équilibre psychique ou de la santé mentale* » (STEINAUER / FONTOULAKIS, N 519 et références citées).

¹⁸⁰ TERCIER, N 380.

physique ou psychique représentant une atteinte illicite à la personnalité, voire même la commission d'une infraction pénale, le recueil du consentement libre et éclairé du patient est ainsi impératif en droit médical¹⁸¹.

Font également partie du cercle des droits protégés le droit à la liberté de mouvement, la liberté sexuelle, le droit à la vie privée, soit le fait de pouvoir conserver la libre « *maîtrise des informations qui concerne [l'intéressé(e)]* »¹⁸², mais aussi le droit à la liberté économique, c'est-à-dire la possibilité « *d'exercer librement, dans les limites de l'ordre public, une activité économique qui lui permette d'acquérir des moyens d'existence pour elle et les siens* »¹⁸³. Les articles 27 ss CC permettent de protéger la vie privée au sens des articles 8 CEDH et 13 Cst. pour les contrats de services indépendants, là où elle est protégée spécifiquement via l'article 328 CO pour le contrat de travail¹⁸⁴.

La violation peut survenir de deux façons¹⁸⁵ : soit elle tient directement au contenu de l'obligation, dans le cas d'une obligation portant sur un domaine strictement personnel¹⁸⁶ ; soit elle vise la protection contre les engagements excessif¹⁸⁷, auquel cas il convient d'invoquer l'article 27 CC¹⁸⁸.

3. Les mécanismes de la partie générale du Code des obligations

En vertu de l'article 19 al. 2 CO, la validité d'un contrat ou d'une clause contractuelle est exclue si ces derniers contreviennent à une règle de droit strict (ou droit impératif), mais aussi s'ils dérogent à la loi de façon contraire aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité. Selon l'article 20 al. 1 CO, « *le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs* ». Ces deux articles forment une « *unité* »¹⁸⁹, mais ces catégories ne sont pas imperméables. Nous nous attacherons principalement ici à traiter des problématiques de l'illicéité, d'ordre public et de la contrariété aux bonnes mœurs.

Le contrat est nul lorsque son objet, le résultat auquel il conduit ou son but sont illicites¹⁹⁰, c'est-à-dire lorsqu'ils contreviennent à une norme de droit positif suisse, d'ordre international, fédéral, cantonal ou intercantonal¹⁹¹. La question de l'invocabilité des droits fondamentaux à ce titre n'a pas été expressément tranchée par les tribunaux. Toutefois, il ressort de la jurisprudence constante que cette sanction doit être « *expressément prévue par la loi concernée ou [ressortir] du sens et du but de la norme violée* »¹⁹². Or, les droits fondamentaux n'ayant pas vocation à s'appliquer directement entre les particuliers en dehors du cadre prévu par l'article 35 al. 3 Cst., cette condition ne semble pas réalisée. Mais tant le concept d'illicéité de l'article 20 CO que ceux énoncés à l'article 35 al. 3 Cst. étant des notions juridiques indéterminées, il ne paraît pas exclu que le juge puisse en décider autrement dans le futur.

Certains auteurs confondent les exigences de conformité à l'ordre public et d'illicéité¹⁹³. Selon ENGEL toutefois, un contrat ou une clause seraient contraires à l'ordre public s'ils venaient à violer des principes généraux du droit, tels que la « *prohibition de l'abus de droit, le principe de la bonne foi, la prohibition de l'expropriation*

¹⁸¹ ATF 114 Ia 350, c. 6 ; ATF 124 IV 258, SJ 1999 I 247.

¹⁸² TERCIER, N 460 ; selon la doctrine validée par le Tribunal fédéral, ce droit comporterait trois sphères faisant l'objet de trois degrés de protection, du plus fort vers le plus faible : la vie intime, la vie privée, et la vie publique. (TERCIER, N 466 ; STEINAUER / FONTOULAKIS, N 537).

¹⁸³ STEINAUER / FONTOULAKIS, N 541 et références citées ; rappelons que la réparation d'un dommage exclusivement patrimonial par ce biais n'est pas admise.

¹⁸⁴ BERSSET BIRCHER, p. 598.

¹⁸⁵ GUGGENHEIM, p. 38.

¹⁸⁶ Tel serait le cas d'une obligation contractuelle de se prostituer par exemple.

¹⁸⁷ On pense dans ce cas au contrat conclu pour l'éternité (ATF 93 II 290).

¹⁸⁸ MARCHAND, p. 20.

¹⁸⁹ WINIGER, CR CO I, Art. 19-20 CO, N 1 et références citées.

¹⁹⁰ WINIGER, CR CO I, Art. 19-20 CO, N 61.

¹⁹¹ WINIGER, CR CO I, Art. 19-20 CO, N 62.

¹⁹² ATF 119 II 222, c. 2, JdT 1994 I 598, p. 600 ; ATF 134 III 52, c. 1.1.

¹⁹³ WINIGER, CR CO I, Art. 19-20 CO, N 66, et références citées.

sans compensation, la prohibition des mesures discriminatoires et la protection des personnes civilement incapables ». L'ordre public doit être entendu au sens restrictif, incluant uniquement les principes auxquels « la collectivité a un intérêt majeur à la conservation et à la promotion des fins éthiques du droit »¹⁹⁴. On peut se demander si ce concept juridique n'est justement pas une voie privilégiée pour intégrer les droits humains comme limite à la liberté contractuelle.

Par ailleurs, de jurisprudence constante¹⁹⁵, les bonnes mœurs s'entendent comme les conceptions morales locales dominantes, entendues comme « l'échelle de valeurs inhérent[e] à notre ordre juridique »¹⁹⁶ ; elles nécessitent un examen concret des circonstances de l'espèce¹⁹⁷, et dépendent « du temps et du lieu considérés »¹⁹⁸. Un contrat ou une clause qui violeraient la morale sans toutefois être illicites peuvent donc être totalement ou partiellement nuls. Sont notamment concernés le but, les prestations promises dans le contrat, ou le résultat visé¹⁹⁹, mais pas les volontés des cocontractants²⁰⁰. Sont inclus à ce titre les rapports de concurrence, notamment avant l'adoption de l'article 340 CO dans les rapports de travail, mais aussi tous accords de concurrence concernant d'autres contrats de service par exemple. Est également incluse la non-équivalence des prestations, n'impliquant pas l'élément subjectif de l'article 21 CO (exploitation consciente de la faiblesse de l'autre).

4. Les dispositions topiques en droit des obligations, partie spéciale

Ces dispositions ont principalement trait au droit du travail, pour lequel ont été développés des mécanismes intéressants tissant des parallèles directs avec les droits humains.

Modifié en 1971, l'article 328 CO vise à protéger la personnalité du travailleur, et notamment sa vie, sa santé et son intégrité corporelle ; puis, depuis 1995, la protection couvre également les situations de harcèlement sexuel qui ne doivent pas désavantager les travailleurs. Dès lors, selon DUNAND, entrent dans ce cercle la préservation de « l'intégrité physique, la santé physique et psychique, l'intégrité morale et la considération sociale, les libertés individuelles, ainsi que la sphère privée [...], le droit de ne pas être traité de manière discriminatoire, le droit à l'information, le droit à l'image »²⁰¹, soit autant d'éléments qui font écho aux droits fondamentaux. Il s'agit d'une *lex specialis* aux articles 27 ss CC, puisque l'article 328 incorpore et matérialise les principes généraux de la protection de la personnalité en droit du travail²⁰². À ce titre, il faut donc souligner que ces principes s'appliquent également aux contrats de service, par le biais des articles 27 ss CC. Jusque dans les années nonante, cet article a donné lieu à relativement peu de contentieux, mais il a gagné en popularité et donné lieu à une jurisprudence très abondante ces dernières années²⁰³, montrant ainsi l'intérêt croissant des travailleurs envers la justiciabilité des droits humains, mais également l'efficacité de cette protection.

On pourrait se questionner sur l'intérêt de cet article, qui reprend finalement les principes des articles 27 ss CO. À ce titre, l'article 328 CO a une importante fonction préventive : il oblige l'employeur à prévenir les atteintes visées, par la mise en place d'une organisation adéquate, si besoin au moyen d'un cadre juridique interne (directives, règlement de l'entreprise, etc.) ; il emporte l'obligation pour l'employeur d'identifier et de désamorcer les situations conflictuelles, propices à la survenance d'atteintes à la personnalité²⁰⁴. Ainsi,

¹⁹⁴ ENGEL, Traité des obligations, pp. 111-114.

¹⁹⁵ ATF 94 II 5, JdT 1969 I p. 61, n'ayant jamais fait l'objet d'un revirement de jurisprudence.

¹⁹⁶ WINIGER, CR CO I, Art. 19-20 CO, N 68 et références citées.

¹⁹⁷ GUGGENHEIM, p. 35.

¹⁹⁸ ENGEL, Traité des obligations, p. 115.

¹⁹⁹ ATF 115 II 232 c. 4a ; ATF 129 III 604 ; MARCHAND, Clauses contractuelles, p. 19.

²⁰⁰ ATF 42 II 492.

²⁰¹ DUNAND, Protection de la personnalité, p. 49 et références citées.

²⁰² DUNAND, Protection de la personnalité, p. 48.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ ATF 127 III 351 c. 4b à 4dd ; DUNAND, Protection de la personnalité, p. 56.

l'employeur doit non seulement s'abstenir de porter atteinte lui-même à la personnalité de l'employé, mais il endosse également la responsabilité pour toute atteinte portée au travailleur au sein de son entreprise s'il n'a pas pris les mesures adaptées pour protéger le travailleur qui fait l'objet d'une atteinte²⁰⁵ (mise en place de séances de médiation, de modifications organisationnelles, d'une enquête interne, désignation d'une personne de confiance, etc.) ; ce mécanisme va donc au-delà de celui prévu aux articles 27 ss CC.

L'article 336 CO, en vigueur depuis 1989 quant à lui, protège le travailleur contre le congé donné abusivement par l'employeur. L'alinéa 1 fait ainsi une énumération non exhaustive²⁰⁶ des motifs pour lesquels le congé est abusif ; nous nous intéresserons principalement aux motifs exposés aux articles 336 al. 1 let. a et b CO, qui ont directement trait à la « *personnalité* » du travailleur d'une part, et à « *l'exercice [...] d'un droit constitutionnel* » par ce dernier, d'autre part. Il existe donc des liens étroits entre la protection de la personnalité, qui fait référence entre autres à la religion, l'orientation sexuelle, la nationalité, ou encore l'âge ou le sexe (en raison de la maternité par exemple), et le congé donné abusivement²⁰⁷. Par ailleurs, l'incursion de l'invocabilité d'un droit constitutionnel en tant que droit défense contre un congé abusif (art. 328 al. 1 let. b CO) est une spécificité que l'on ne retrouve nulle part ailleurs en droit suisse. Notons toutefois que sa portée est largement diminuée, puisque le travailleur ne peut l'invoquer si l'exercice de ce droit « *viole une obligation résultant du contrat de travail ou porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise* » ; or, ces cas de figure peuvent être fréquents. À cet égard, le *congé-représailles* de la lettre c vise également le cas où l'employé s'est plaint de bonne foi d'une atteinte à sa personnalité²⁰⁸, ayant eu pour conséquence un congé donné par l'employeur. La jurisprudence est aussi très abondante concernant l'article 336 CO, montrant le besoin de protection lié à ces aspects²⁰⁹.

5. Les dispositions issues du droit public

La Loi sur l'égalité entre femmes et hommes s'applique à tous les rapports de travail, qu'ils soient de droit privé ou de droit public (art. 2 LEg), tandis que la Loi sur le travail s'applique seulement aux entreprises privées qui comprennent au moins un employé (art. 1 al. 2 LTr), à de nombreuses exceptions prévues aux articles 2 à 5 et 27 LTr et 4 à 12 OLT, parmi lesquelles les ménages privés ; des contre-exceptions concernant la protection de la santé sont aménagées à l'article 3a LTr. Ce sont des lois de droit public, mettant en œuvre des mécanismes bien spécifiques, dont nous étudierons ceux qui font écho aux droits fondamentaux.

La **Loi sur le travail**, ainsi que ses trois ordonnances d'application, visent à protéger la santé des travailleurs, donc leur intégrité physique et psychique, en mettant en place des mesures de prévention relatives à la sécurité dans l'entreprise (art. 6 à 8 LTr), au temps maximal de travail (art. 9, 11 à 13 LTr) et à l'aménagement du travail de jour, du soir, de nuit et le dimanche (art. 10, 16 à 20 LTr), et du repos et des jours fériés (art. 15, 20a et 22 LTr). Des mesures spéciales sont prévues pour les jeunes travailleurs mineurs (art. 29 à 32 LTr), pour les femmes enceintes et les mères qui allaitent (art. 35 à 35b LTr) et pour les travailleurs ayant des obligations familiales (art. 36 LTr). Relevons tout particulièrement l'article 20a al. 2 et 3 LTr, qui permet, à certaines conditions, aux employés de prendre congé pour célébrer les fêtes religieuses. Les articles 35 ss et 36 LTr visent notamment à éviter toute discrimination envers les femmes et les personnes assumant des responsabilités familiales, prévenant ainsi toute atteinte aux droits à la vie privée et familiale. Notons enfin la protection offerte par l'article 26 OLT3 concernant la surveillance des travailleurs, limitant à la stricte nécessité le recours aux systèmes de vidéosurveillance ou de contrôle, à condition que ceux-ci soient « *conçus et disposés de façon à ne pas porter atteinte à la santé et à la liberté de mouvement des travailleurs* ». Le critère

²⁰⁵ TF 8C_18/2011, 07.02.2012, c. 6.2.

²⁰⁶ DUNAND, Protection de la personnalité, p. 53.

²⁰⁷ DUNAND, Protection de la personnalité, p. 54.

²⁰⁸ TF 4C_343/2003, 13.10.2003, c. 7 ; DUNAND in : Commentaire, N 44 ad 328 CO.

²⁰⁹ DUNAND, Protection des travailleurs, p. 54.

de nécessité a été précisé par le Tribunal fédéral²¹⁰ : il exclut la surveillance du comportement des salariés à leur poste de travail, mais peut toutefois inclure les buts de « *prévention des accidents, la protection des personnes et des biens ou le contrôle de la qualité des prestations* »²¹¹, à condition que le système choisi soit proportionné et que les employés soient préalablement avisés²¹².

Quant à la **Loi sur l'égalité entre femmes et hommes**, entrée en vigueur en 1996, elle rappelle le principe d'interdiction de la discrimination entre femmes et hommes ; elle est en ce sens une mise en œuvre directe de l'article 8 Cst. al. 3 Cst., bien que la Constitution soit entrée en vigueur après celle-ci. Cet article étant d'applicabilité directe pour ce qui concerne l'égalité salariale, il ne nous semble pas exclu de pouvoir toutefois l'invoquer directement devant le juge si la LEg s'avérait être insuffisante pour protéger cet aspect. L'interdiction de la discrimination couvre en ce sens les « *différences de traitement injustifiées entre travailleuses et travailleurs* »²¹³, reposant sur des conceptions stéréotypées²¹⁴. Elle inclut les discriminations directes²¹⁵ ou indirectes²¹⁶ à raison du sexe, ce qui comprend les personnes transgenres mais ne couvre pas l'orientation sexuelle²¹⁷ (art. 3 LEg). Cette protection couvre également le recrutement, l'attribution des tâches, l'aménagement des conditions de travail, la formation professionnelle, les promotions, la résiliation des rapports de travail²¹⁸, mais bien entendu également le salaire²¹⁹. Enfin, l'article 4 LEg condamne 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 [...]* », et fonde, en lien avec l'article 328 CO, les obligations pour l'employeur de prévenir et de mettre fin à toute atteinte de ce type. Ainsi, l'employeur doit « *créer un climat de travail qui ne favorise par la survenance du harcèlement sexuel* »²²⁰.

En ce qui concerne la **Loi contre la concurrence déloyale**, qui semble *a priori* déconnectée de la problématique du droit du travail, son article 7 place au rang de comportement déloyal le fait pour une personne physique ou morale de ne pas observer les « *conditions de travail légales ou contractuelles qui sont également imposées à la concurrence ou qui sont conformes aux usages professionnels ou locaux* », soit les dispositions du Code des obligations, de conventions collectives de travail, la LTr et ses ordonnances d'application, la LEg ou encore la LDét. Rappelons à ce stade qu'un juge est compétent pour requalifier un contrat de services en contrat de travail, dans le cas où une entreprise tente d'échapper à l'application de la législation protectrice du droit du travail. Le comportement visé est ainsi celui « *déployé par un acteur du marché qui augmente son attractivité et sa compétitivité en agissant sur le coût de revient par une réduction du coût de la main d'œuvre* »²²¹. Cette pratique est souvent liée à celle de la violation d'un droit humain tel que la liberté économique, ou encore l'interdiction du travail forcé, ou la violation de l'intégrité physique et psychique des travailleurs. Cette disposition ouvre considérablement le cercle des personnes ayant qualité à contester ce qui peut parfois constituer une atteinte aux droits humains. Tout concurrent réel ou potentiel également soumis à ces règles a ainsi qualité pour agir (art. 9 LCD), de même que tout client dont les intérêts économiques sont menacés ou lésés par cet acte de concurrence déloyale (art. 10 al. 1 LCD), ainsi que les associations patronales et syndicales pour autant que cela figure dans leurs statuts²²² (al. 2), voire même,

²¹⁰ ATF 130 II 425, c. 3.3.

²¹¹ AUBRY GIRARDIN, Protection des salaires, p. 33.

²¹² ATF 130 II 425, c. 4.2 à 4.4 ; AUBRY GIRARDIN, Protection des salariés, pp. 33-34 et références citées.

²¹³ LEMPEN, Commentaire LEg, art. 3 LEg, N 2.

²¹⁴ LEMPEN, Commentaire LEg, art. 3 LEg, N 3.

²¹⁵ Les discriminations directes visent toute différence de traitement se basant explicitement sur le sexe (LEMPEN *in* : Commentaire LEg, N 6 *ad* art. 3 LEg).

²¹⁶ Les discriminations indirectes visent toute différence de traitement fondé sur un critère apparemment neutre mais qui a pour conséquence de désavantager les personnes d'un sexe par rapport à l'autre (LEMPEN *in* : Commentaire LEg, N 8 *ad* art. 3 LEg).

²¹⁷ LEMPEN, Commentaire LEg, art. 3 LEg, N 4.

²¹⁸ Pour des exemples et les modalités détaillées, voir à ce sujet LEMPEN, Commentaire LEg, art. 3 LEg, N 14-37.

²¹⁹ Voir à ce sujet : AUBRY GIRARDIN, Commentaire LEg, art. 3 LEg, N 19-48.

²²⁰ LEMPEN, Commentaire LEg, art. 4 Leg, N 28.

²²¹ DUPUIS, p. 4.

²²² DUPUIS, p. 5.

dans certaines conditions, par la Confédération si elle le juge nécessaire à la protection de l'intérêt public (al. 3) ; sont toutefois exclus les travailleurs, directement concernés.

6. La protection des données

Reconnue très tôt²²³, la protection du droit fondamental à la protection des données (art. 13 al. 2 Cst et 8 CEDH) a été mise en œuvre par la loi fédérale sur la protection des données, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1993, visant à « *protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données* » (art. 1 LPD). Les données personnelles potentiellement recueillies²²⁴ dans le cadre d'une relation de travail ou d'un contrat de service indépendant peuvent avoir trait à toute information sur la personne, telle que son parcours professionnel, mais aussi sa nationalité, son appartenance à une ethnie, son sexe, son aspect physique, son orientation sexuelle, sa religion, ses opinions politiques, son appartenance à un syndicat, sa sphère intime, soit autant de données qui pourraient être qualifiées de « *sensibles* »²²⁵.

L'article 12 LPD prévoit l'interdiction pour une personne traitant de données personnelles de « *porter une atteinte illicite à la personnalité des personnes concernées* », notamment en violant les principes énoncés aux articles 4, 5 al. 1 ou 7 al. 1 LPD, ou alors, en l'absence de motifs justificatifs, en traitant de données contre le consentement de la personne concernée, ou en communiquant aux tiers des données sensibles²²⁶ ou des profils de la personnalité²²⁷. L'atteinte à la personnalité fait l'objet d'une présomption réfragable d'illicéité. Elle peut être justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi (art. 13 al. 1 LPD). Cette construction fait ainsi écho à l'article 28 CC. Six motifs justificatifs sont prévus par la loi, mais quatre seulement intéressent notre étude : il s'agit des cas où le traitement des données intervient 1) directement en vue de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, 2) dans un rapport de concurrence économique actuel ou futur, 3) en vue d'établir le crédit d'une autre personne, 4) en vue d'une publication dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère périodique. Des restrictions supplémentaires sont apportées (art. 13 al. 2 LPD). Ces motifs justificatifs sont mentionnés en termes très larges ; toutefois, ils doivent représenter un intérêt prépondérant.

La personne concernée « *ne consent valablement que si elle exprime sa volonté librement et après avoir été dûment informée. Lorsqu'il s'agit de données sensibles et de profils de la personnalité, son consentement doit au surplus être explicite* » (art. 4 al. 5 LPD). Toutefois, le Conseil fédéral dans son message a précisé qu'un « *travailleur contraint de donner son consentement, sous la menace d'un licenciement, à un traitement de données qui n'est pas nécessaire à l'exécution du contrat de travail n'est pas en mesure de donner son consentement librement* »²²⁸. Cela pourrait d'ailleurs également être valable dans le cadre d'un contrat de service indépendant dans lequel figurerait une partie nettement plus faible. C'est pourquoi le consentement du travailleur ne devrait être admis que restrictivement selon certains auteurs²²⁹. Par exemple, le fait de *googler* une personne en vue de l'employer n'est pas justifiable par le consentement de la personne intéressée, puisque cette pratique excède le principe de proportionnalité et de finalité – l'article 328b CO admettant seulement le recueil de données portant sur « *les aptitudes du travailleur à remplir son emploi* ». Il

²²³ ATF 113 Ia 257, c. 4.c.

²²⁴ Cela n'implique pas qu'elles soient toutes légalement reconnues. Rappelons à cet égard l'article 328b al. 1 CO relatif au contrat de travail, qui interdit à l'employeur de recueillir d'autres données que celles « nécessaires à l'exécution du travail ».

²²⁵ Art. 3 let. c LPD ; voir aussi au sujet du sexe et de l'orientation sexuelle : LEMPEN, Protection des données, p. 277.

²²⁶ Il s'agit des données personnelles relatives aux opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales, à la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race, aux mesures d'aide sociale, et aux poursuites ou sanctions pénales et administratives (art. 3 let. c LPD).

²²⁷ « *Assemblage de données qui permet d'apprécier les caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne physique* » (art. 3 let. d LPD).

²²⁸ FF 2003 1915, p. 1940 ; LEMPEN, Protection des données, p. 277.

²²⁹ LEMPEN, Protection des données, p. 277 et références citées.

s'agit donc d'une atteinte illicite. Par contre, en matière de contrats de service, cela pourrait représenter une opération de *due diligence* justifiée par l'art. 13 al. 2 let. a LPD.

La LPD, malgré le fait qu'elle présente des difficultés d'application du fait de son étendue à des problématiques privées comme publiques²³⁰, a l'intérêt de ne pas se limiter pas au seul cadre de la relation de travail, mais de s'étendre à l'ensemble des relations privées et publiques²³¹.

D. Les mécanismes d'ordre contractuel

Deux genres très différents de mécanismes contractuels seront présentés ci-après : le premier, d'ordre classique, met en lumière les dynamiques entre liberté contractuelle et respect des droits humains, révélant ainsi ses forces et ses lacunes (1) ; le second est original, puisqu'il s'agit de saisir l'opportunité de faire incursion dans un pays voisin pour étudier un projet de loi visant à institutionnaliser un marché entre l'État et certaines entreprises (2).

1. Les clauses visant à combler les lacunes de la loi : avantages et inconvénients

Même s'il revient d'ordinaire à l'État de faire respecter les droits humains en vertu de ses obligations positives découlant de la CEDH et de l'article 35 al. 3 Cst., les parties à un contrat peuvent parfois vouloir s'obliger à davantage que ce qui est prévu par l'ordre juridique, notamment en termes de droits sociaux, dont les objectifs convergent avec les droits humains²³². Toutefois, cette pratique contractuelle peut constituer un indice sérieux des lacunes entourant la garantie de certains droits fondamentaux, particulièrement ceux qui ne sont pas directement applicables mais auxquels l'État est lié.

L'absence de dispositions légales est parfois un moyen de laisser libre cours à la liberté contractuelle, qui peut conférer plus d'avantages que *via* la loi, comme, par exemple, accorder à un employé des aménagements d'horaires en rapport avec sa liberté religieuse. Le fait de légiférer, par exemple en ce qui concerne les droits sociaux, dévoile parfois des inconvénients, comme par exemple à l'instauration légale de salaires minimum qui présente le désavantage de maintenir les salaires à de bas niveaux. Ces pratiques contractuelles présentent ainsi l'atout de laisser davantage de souplesse aux cocontractants ; cela est certes avantageux lorsque ladite partie faible (le prestataire de services, le travailleur) présente de nombreux atouts, notamment dans des domaines très spécialisés ou à de hautes fonctions. Mais l'insuffisance de dispositions légales peut fragiliser d'autant plus les individus qui se trouvent dans des situations déjà incertaines.

Par exemple, alors que l'article 8 al. 3 Cst. s'applique directement dans l'ordre juridique et rend obligatoire l'égalité salariale de fait entre femmes et hommes, que les sociologues s'accordent à dire que la parentalité mène à une inégalité factuelle entre femme et homme, y compris en termes de salaire²³³, la question de savoir s'il faut accorder aux hommes un congé paternité et sa durée sont toujours débattues. Certains membres du Parlement ont estimé que l'absence de congé paternité était, de manière satisfaisante, comblée par des clauses contractuelles. Or, seulement 3% des pères salariés avaient un congé maternité de dix jours ou plus en 2014 ; pour 30%, il était de trois jours et 39% en avaient un seul²³⁴. Mais se plaindre de l'absence d'un congé paternité n'est pas justiciable. De même, que dire du faible taux de femmes indépendantes²³⁵ au regard de la garantie constitutionnelle de la liberté économique, dans la mesure où les assurances privées

²³⁰ LEMPEN, Protection des données, p. 278.

²³¹ Dans la limite des autorités fédérales.

²³² On retrouve les droits sociaux à travers le Pacte I ; bien qu'ils ne soient pas justiciables, l'Etat est tenu de les respecter.

²³³ Voir à ce sujet l'article du Temps : LEVY René, « La parentalité provoque l'inégalité au sein du couple ».

²³⁴ Voir à ce sujet l'infographie <https://files.newsnetz.ch/upload//1/5/155511.jpg>, résultat d'une étude de Travail.Suisse, publiée dans l'article de la TDG : QUIQUEREZ Florent, « Le mariage à la rescousse du congé paternité ».

²³⁵ Dans le canton de Genève, plus de la moitié des avocat-e-s collaborateur-ices sont des femmes, alors que seulement 24% des avocat-e-s indépendant-e-s sont des femmes (Rapport d'activité de l'ordre des avocats de Genève, 2016-2017, p. 10).

n'acceptent qu'à des taux démesurés par rapport à l'assurance publique, de contracter une assurance perte de gain pour couvrir le "risque" maternité ? Dans tous ces cas, le législateur doit intervenir.

2. Le cas des plateformes numériques d'échanges de service : un marché avec l'Etat ?

Quittons un instant la Suisse pour nous pencher brièvement sur un mécanisme original en cours de développement en France voisine, permettant notamment de contourner l'impasse relative à l'insécurité juridique liée aux plateformes numériques d'échanges de service. D'une part, les individus fournissant la prestation de service apprécient la flexibilité du système mais déplorent l'absence de couverture des droits liés aux assurances sociales. D'autre part, les plateformes elles-mêmes tremblent à l'idée d'une requalification du contrat de travail, tant et si bien qu'elles préfèrent monnayer toute résolution de litige avant qu'un juge ne s'en empare, sans parler du risque de subir une sanction pour concurrence déloyale²³⁶. A l'article 20 de son Projet de loi d'orientation des mobilités²³⁷, le gouvernement français a proposé la mise en place d'un système facultatif garantissant aux plateformes que les contrats passés avec les prestataires ne seraient pas requalifiés en contrat de travail par la justice. En contrepartie, la plateforme devra adopter une charte interne conférant aux prestataires des droits sociaux dont le *minima* est défini dans cet article, parmi lesquels : « *permettre aux travailleurs d'obtenir un prix décent pour leur prestation de services* », « *prévenir les risques professionnels auxquels les travailleurs peuvent être exposés* », et assurer « *la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, des risques d'inaptitude, ainsi que la constitution d'avantages sous forme de pensions de retraite, d'indemnités ou de primes de départ en retraite ou de fin de carrière* ». Ce système met tous les intérêts en présence en balance, et présente l'avantage de mettre en œuvre les droits humains dans l'ordre juridique.

II. Les voies de droit en cas de violation des droits humains dans le cadre des contrats de service

Le but ici n'est pas d'examiner en détail les voies de droit, qui sont pour la plupart bien connues des juristes, mais plutôt d'opérer une sélection et établir un catalogue des moyens à disposition de l'individu ayant subi une violation de ses droits humains dans le cadre de la conclusion, de l'exécution ou de la fin du contrat de service. Nous étudierons dans un premier temps les moyens assez classiques, issus du Code civil et du Code des obligations (A), avant de s'aventurer vers le terrain des dispositions plus spécifiques (B).

A. Les moyens généraux issus du Code civil et du Code des obligations

1. La résiliation pour justes motifs (non contentieux)

La résiliation du contrat pour justes motifs, c'est-à-dire celle qui « *interrompt prématurément le déroulement normal du contrat* »²³⁸ est parfois le meilleur moyen pour mettre fin à une atteinte, notamment lorsque le rapport de dépendance économique est peu déterminant. Le fondement de cette faculté réside dans l'article 27 al. 2 CC, protégeant l'individu contre les atteintes excessives²³⁹. Le contrat de mandat étant résiliable en tout temps, l'intérêt réside surtout en matière de contrats de travail (art. 337c et 337d CP), d'agence (art. 418r CO), de distribution exclusive²⁴⁰, de licence²⁴¹ et d'entreprise (art. 377 CO).

²³⁶ MEIER, pp. 113-117.

²³⁷ Projet de loi d'orientation des mobilités (Texte soumis à la délibération du Conseil des ministres), République française, Ministère de la transition écologique et solidaire.

²³⁸ ZEN-RUFFINEN, N 169.

²³⁹ ZEN-RUFFINEN, N 348 ; cf. *infra* (2-I-C-2).

²⁴⁰ ZEN-RUFFINEN, N 335 et références citées.

²⁴¹ ZEN-RUFFINEN, N 336 et références citées.

2. Les moyens découlant du contrat

a. *En vertu de la partie générale du Code des obligations*

La **nullité** d'une clause ou d'un contrat en vertu des articles 19 et 20 CO est constatée d'office par le juge²⁴², à l'exception de la nullité par renvoi aux droits de la personnalité, dont seule la victime peut se prévaloir²⁴³.

Les **actions prévues par les articles 97 ss CO** peuvent sanctionner l'inexécution de la prestation caractéristique, mais il est également possible de les invoquer lorsqu'une prestation accessoire au contrat n'a pas été exécutée, de même que toute obligation découlant des règles impératives liées au contrat, ou des règles non impératives si elles n'ont pas été exclues par le contrat. L'article 97 CO recouvre l'action en exécution d'une obligation contractuelle et l'action en dommages et intérêts pour cause d'inexécution ou d'exécution imparfaite, et l'article 107 CO appréhende l'action en dommages et intérêts suite à la renonciation à l'exécution ou à la résolution du contrat bilatéral.

La violation des obligations accessoires des contrats de service peut aboutir à une atteinte aux droits humains ; à l'inverse, cette violation peut être le résultat de l'exercice d'un droit fondamental. Parmi les obligations accessoires concernées figure le devoir de fidélité selon lequel le travailleur doit sauvegarder les intérêts de l'employeur et s'abstenir de divulguer des secrets, ou selon lequel l'entrepreneur doit sauvegarder les secrets d'affaires, ou encore selon lequel le mandant doit informer, conseiller, rendre compte et est tenu au secret, et enfin selon lequel l'agent doit s'abstenir de faire concurrence après la fin du contrat. Le devoir de diligence est aussi une obligation accessoire, selon laquelle travailleur et entrepreneur doivent rendre compte et restituer. La définition de l'obligation de diligence chez le mandataire est très intéressante : elle se définit d'une part en fonction des circonstances concrètes dans lesquelles le mandataire agit, mais surtout selon des critères objectifs, notamment lorsqu'il existe pour une profession des usages, qualifiés souvent de « *règles de l'art* »²⁴⁴. La violation de ces usages, qui émanent de directives coercitives²⁴⁵ ou non coercitives²⁴⁶, emportent une violation du devoir de diligence du mandataire qui actionne sa responsabilité.

L'article 101 CO vise à engager la responsabilité d'une personne en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle par l'un de ses auxiliaires. Cette disposition, bien que limitée aux obligations prévues par le contrat et aux normes impératives du Code des obligations ou qui n'ont pas été exclues par le contrat, intéresse particulièrement notre étude. En effet, elle ne se limite pas aux actes commis par des employés, mais à ceux commis par tous les tiers auxquels une personne a délégué ses tâches, même en l'absence de lien de subordination²⁴⁷, y compris donc par exemple *via* un contrat de service²⁴⁸. Il s'agit d'une responsabilité objective, permettant d'imputer le comportement violant les droits fondamentaux²⁴⁹ à la personne qui commande l'exécution du service comme si elle s'était personnellement acquittée de ses tâches, et ce même si l'auxiliaire excède le champ des instructions reçues²⁵⁰. Rappelons que le contrat doit être valable, donc non contraire aux mœurs²⁵¹, à défaut d'être inexistant et d'exclure l'application de l'article 101 CO.

²⁴² MARCHAND, *Clauses contractuelles*, p. 20.

²⁴³ ATF 129 III 209.

²⁴⁴ MÜLLER, N 1980.

²⁴⁵ Par exemple, le serment d'Hippocrate auquel les médecins sont tenus, ou encore la Loi genevoise sur la profession d'avocat.

²⁴⁶ ATF 126 III 14 c. 1.b : « *à défaut de dispositions légales ou réglementaires, on peut aussi se référer à des règles analogues qui émanent d'associations privées ou semi-publiques, lorsqu'elles sont généralement reconnues* » ; ATF 131 III 115 c. 2.2 : à cette occasion, le TF a fait usage des règles émises par le « *Centre consultatif pour la prévention des accidents dans l'agriculture* ».

²⁴⁷ DUNAND, *Commentaire*, N 89 ss *ad art.* 328 CO.

²⁴⁸ ATF 125 III 70 c. 3.a ; TF 4A_578/2011, 12.01.2012, c. 6.4.

²⁴⁹ En ce qui concerne notre présente étude.

²⁵⁰ DUNAND, *Personnalité des travailleurs*, pp. 62-63.

²⁵¹ Conformément aux art. 19 al. 2 et / ou 20 al. 1 CO.

b. *En vertu de la partie spéciale du Code des obligations*

La partie spéciale du Code des obligations prévoit plusieurs actions à disposition des parties contractantes²⁵², qui peuvent être utilisées en réponse à une violation des droits humains.

Les travailleurs peuvent faire valoir toute atteinte à leur personnalité devant les tribunaux, en vertu de l'article 328 CO et selon les modalités prévues aux articles 97 CO (réparation du dommage matériel) et 49 CO (réparation du tort moral), y compris la perte de capacité de gain pour le futur²⁵³. De même, ils peuvent se défendre contre un congé abusif (art. 336 CO), ou un licenciement immédiat injustifié (art. 337 CO), en vue d'obtenir une indemnité équivalant au maximum à six mois de salaire (et le salaire du congé irrégulièrement tronqué). Il faut noter qu'il s'agit d'une indemnité *sui generis* visant à punir et à réparer, et qu'elle inclut le tort moral à ce titre. Dans des cas particulièrement graves toutefois, il est possible de cumuler l'action de l'article 49 CO pour demander la réparation du tort moral²⁵⁴. Une demande en paiement du salaire peut également intervenir suite à une discrimination salariale entre femme et homme (321c CO et 5 al. 1 let. d LEg). Enfin, l'employeur peut lui aussi introduire une demande en paiement visant à la réparation d'un dommage qu'il aurait subi (art. 321e CO), par exemple intervenu suite à une dénonciation par un employé, ou à la violation d'une clause de prohibition de concurrence (art. 340b CO) ; il devra démontrer le dommage subi, la violation d'une obligation contractuelle, un rapport de causalité adéquat et une faute intentionnelle ou négligente.

Parmi les actions à disposition des cocontractants d'un contrat de service indépendant en réaction à la violation d'un droit fondamental, figurent la réparation du dommage causé par la violation de la prohibition de faire concurrence²⁵⁵, la contestation d'une résiliation immédiate injustifiée²⁵⁶, de même que l'action en responsabilité du mandataire en cas de violation de la bonne et fidèle exécution du mandat soit du devoir de diligence et de fidélité (art. 398 al. 2 et 97 CO), et enfin, l'action en cas de violation des obligations de l'agent s'il venait à violer ses devoirs de diligence et de fidélité (art. 418c CO), impliquant notamment le devoir de garder le secret et l'obligation de communiquer toute information. Ces actions visant à obtenir un intérêt positif, c'est-à-dire remettre le lésé dans la situation patrimoniale qui était la sienne en l'absence de violation, peuvent être complétées avec les actions réparatrices protégeant les atteintes aux droits de la personnalité.

3. Les actions extra-contractuelles

Préalablement, il convient de noter que l'existence d'une relation contractuelle n'exclut pas l'introduction d'une action délictuelle en vertu des articles 41 ss CO²⁵⁷. Ceux-ci visent à obtenir la réparation d'un préjudice causé par un acte illicite²⁵⁸ ou contraire aux mœurs²⁵⁹, sous la forme d'une action en dommages et intérêts, lorsque le demandeur subit un dommage, c'est-à-dire une diminution involontaire de sa fortune nette²⁶⁰, et / ou sous la forme d'une action en réparation du tort moral, permettant de recevoir une somme d'argent pour « *compenser le préjudice que représente une atteinte au bien-être moral, par l'augmentation de ce bien-être ou en rendant plus supportable sa diminution* »²⁶¹. Plusieurs éléments devront être prouvés à l'appui de

²⁵² A cette fin, nous avons sélectionné les actions civiles pertinentes, parmi celles présentées dans l'ouvrage : BOHNET, pp. 1013-1242.

²⁵³ ATF 127 III 403 c. 4.A, JdT 2001 I 482, SJ 2001 I 605.

²⁵⁴ ATF 135 III 405 c. 3.1.

²⁵⁵ Pour le contrat d'agence, par renvoi au contrat de travail : art. 418d al. 2 et art. 340b CO.

²⁵⁶ Pour le contrat d'agence, par renvoi au contrat de travail : 418r CO et 337 CO.

²⁵⁷ ATF 113 II 247, c. 3 et 7, JdT 1988 I 3.

²⁵⁸ Art. 41 al. 1 CO : notons que sous cette forme, le préjudice pourra avoir été infligé intentionnellement ou par négligence.

²⁵⁹ Art. 41 al. 2 CO ; notons que sous cette forme, le préjudice devra être infligé intentionnellement.

²⁶⁰ ATF 133 III 462, c. 4.4.2.

²⁶¹ ATF 123 III 10, c. 4.c.bb, SJ 1997 402.

l'action, à savoir un préjudice, sous la forme d'un dommage ou d'un tort moral, puis, un acte illicite²⁶², sous la forme d'une violation d'un droit absolu (illicéité de résultat) ou d'une règle de comportement (illicéité de comportement). Enfin, un lien de causalité naturel et adéquat et une faute²⁶³ devront être prouvés.

Notons que la notion d'*acte illicite* est un concept général du droit, laissant au juge une grande liberté d'interprétation²⁶⁴, et aux justiciables la place d'argumenter. Toutefois, la plupart des atteintes aux droits fondamentaux fondent la violation d'un droit absolu, de sorte qu'une atteinte à la vie, à l'intégrité physique, ou aux autres droits de la personnalité par exemple, constituent systématiquement un acte illicite²⁶⁵, sous la forme de l'illicéité de résultat. Pour le reste, le Tribunal fédéral apprécie *in casu* l'illicéité de comportement. Elle renvoie à la violation de toute prescription de l'ordre juridique dont la portée « *peut se révéler utile dans la détermination de ce qui est tolérable dans les relations entre particuliers* »²⁶⁶, par exemple à des normes internationales de *soft law*²⁶⁷, ou à des usages professionnels généralement reconnus²⁶⁸, qui ne déploient d'ordinaire pas d'effets directement contraignants dans l'ordre juridique. Dans tous les cas, l'action des articles 41 ss CO nous paraît être bien appropriée pour obtenir réparation du fait de la violation d'un droit fondamental.

4. Les actions relatives à la protection de la personnalité

Deux grands types d'actions permettent de remédier à une atteinte à la personnalité : les actions défensives, d'une part, et les actions réparatrices, d'autre part. Ces actions sont surtout intéressantes lorsque la violation a eu lieu dans le cadre de l'exécution d'un contrat de service, puisque le contrat de travail fait l'objet d'une protection plus étendue, prévue à l'article 328 CO²⁶⁹.

Les actions défensives sont prévues aux articles 28a ss CC. Elles interviennent soit en prévention de l'atteinte (art. 28 al. 1 ch. 1 CC), avec éventuellement l'assortiment de mesures provisionnelles ou superprovisionnelles soit en cessation de l'atteinte (ch. 2), soit en constatation de son caractère illicite si le trouble a cessé (ch. 3). Le demandeur devra démontrer l'existence d'un bien de la personnalité à protéger, une atteinte, et le caractère illicite de celle-ci. Toute atteinte à un droit de la personnalité est présumée illicite (art. 28 al. 2 CC), facilitant ainsi le fardeau de la preuve ; le défendeur devra donc produire à l'appui de sa réponse l'un des moyens de preuve libérateurs prévus à l'article 28 al. 2 CC. Notons que l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'une personne bénéficie d'une protection spéciale, prévue à l'article 28b CC.

Ces actions ne donnent pas droit à une indemnité, raison pour laquelle l'article 28a al. 3 prévoit que les actions réparatrices sont réservées. Parmi elles figure l'action en dommages et intérêts en vertu des articles 41 ss CO, et également celle pour réparation du tort moral de l'article 49 CO, étant noté que l'atteinte aux droits de la personnalité constitue un acte illicite en soi. De même, l'action en remise de gain (art. 423 al. 1 CO) est possible, notamment lorsque le défendeur a pu réaliser un gain grâce à l'atteinte commise.

²⁶² Ou également un acte contraire aux mœurs, qui est entendu ici comme tout comportement chicanier (ATF 124 II 297, c. 5.e, JdT 1999 I 268 : « *L'art. 41, al. 2 CO vise en première ligne les actes accomplis par esprit de chicane, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas pour but de sauvegarder les intérêts de l'auteur, mais exclusivement ou principalement de causer un dommage à autrui* »).

²⁶³ Pour certains auteurs, l'aspect objectif de la faute se confond avec l'illicéité (WERRO *in* : CR CO I, N 59 *ad* art. 41, et références citées), mais ce n'est pas ce que retient le Tribunal fédéral : il s'agit donc de démontrer que l'auteur du dommage n'a pas agi avec la diligence requise (WERRO *in* : CR CO I, N 61 *ad* art. 41 ; HAHN, p. 15, et références citées, donc comme l'ordre juridique lui commandait de faire compte tenu du caractère prévisible de l'événement causal, de la gravité et de la probabilité de survenance du risque causé, et des moyens à disposition de l'auteur pour prévenir le risque (WERRO *in* : CR CO I, N 61 *ad* art. 41). L'aspect subjectif reste également à déterminer, à savoir si l'auteur a agi intentionnellement ou par négligence.

²⁶⁴ AUBERT, p. 83 ; cf. *supra* (2-I-B-2).

²⁶⁵ HAHN, p. 15.

²⁶⁶ ATF 130 III 28, c. 4.2.

²⁶⁷ ATF 140 I 125, c. 3.2 ; ATF 141 I 141, c. 6.3.3.

²⁶⁸ ATF 126 III 14 c. 1.b : « *à défaut de dispositions légales ou réglementaires, on peut aussi se référer à des règles analogues qui émanent d'associations privées ou semi-publiques, lorsqu'elles sont généralement reconnues* » ; ATF 131 III 115 c. 2.2 : à cette occasion, le TF a fait usage des règles émises par le « *Centre consultatif pour la prévention des accidents dans l'agriculture* ».

²⁶⁹ Cf. *supra* (2-I-C-4).

B. Moyens et protections spécifiques

1. Les moyens issus du droit pénal

Notons simplement ici que la violation d'un droit fondamental constitutive d'une infraction pénale peut faire l'objet d'une dénonciation pénale si elle est poursuivie d'office, ou d'une plainte pénale lorsqu'elle est poursuivie sur plainte (art. 30 al. 1 et 31 CP et dispositions spéciales). Par ailleurs, l'article 29 CP étend la responsabilité pénale aux auteurs d'actes commis dans un rapport de représentation, pour autant qu'ils émanent, en ce qui nous concerne, du collaborateur d'une personne morale, d'une société ou d'une entreprise individuelle disposant d'un pouvoir de décision indépendant dans le secteur d'activité dont il est chargé, violant un devoir particulier fondant ou aggravant la punissabilité de la personne morale (art. 29 let c CP).

2. Les moyens issus du droit public

Bien que s'appliquant aux rapports de droit privé, la **Loi sur le travail** relève du droit public. Les autorités compétentes sont les offices cantonaux, tels que l'OCIRT à Genève. En vertu de l'article 54 LTr, l'OCIRT est tenu d'examiner toute dénonciation d'une violation de la LTr ou des décisions fondées sur celles-ci. Si l'Office estime cette dénonciation fondée, elle peut prononcer une invitation à respecter la disposition légale enfreinte (art. 51 al. 1 LTr), une interdiction de l'utilisation de locaux (art. 52 al. 2 LTr), voire une fermeture de l'entreprise. Ces décisions administratives peuvent faire l'objet de recours (art. 56 LTr). La difficulté de la dénonciation tient au fait qu'un auteur employé se place ainsi en position de lanceur d'alerte, avec toutes les implications que cela comprend en termes de violation du devoir de fidélité et de procédure applicable.

Sur le plan procédural, la **Loi sur l'égalité entre femmes et hommes** présente de nombreux avantages par rapport aux actions classiques prévues par le Code des obligations. Elle reprend le modèle des actions défensives relatives aux droits de la personnalité (art. 5 al. 1 LEg). Au surplus, elle ouvre le droit à une action en paiement du salaire dû en cas de discrimination salariale fondée sur le sexe (art. 5 al. 1 let. d LEg), et d'une indemnité en cas de discrimination à l'embauche (art. 5 al. 2 et 4 LEg) ou de harcèlement sexuel (art. 5 al. 3 LEg). Ces actions n'excluent pas l'action en réparation du tort moral de l'article 49 CO ni les actions contractuelles plus favorables (art. 5 al. 5 LEg). Étant donné la difficulté à prouver une discrimination fondée sur le sexe, notamment indirecte, toutes ces actions sont accompagnées d'un allègement du fardeau de la preuve : la personne concernée doit rendre la discrimination vraisemblable, à charge pour l'employeur de prouver le contraire. Les juges sont pourtant réticents à l'appliquer d'office, particulièrement parce que le système de preuve inversée prévu à l'article 6 LEg n'est pas commun²⁷⁰, mais aussi à cause des expertises requises quasi-systématiquement dans les affaires de discrimination salariale²⁷¹.

En vertu de la **Loi sur la concurrence déloyale**, le seul fait pour un concurrent de ne pas respecter les conditions de travail légales et contractuelles auquel il est normalement soumis est constitutif d'une violation de l'article 7 LCD, peu importe si cette pratique a eu une réelle influence sur la sphère économique²⁷². Ainsi, tout concurrent soumis aux mêmes règles a qualité pour agir sur le plan civil par le biais des actions défensives et réparatrices. L'article 9 LCD est à ce titre une copie conforme de l'article 28a CC. Avant l'entrée en vigueur de la LCD, la concurrence était protégée par le biais des articles 27 ss CC. Sur le plan administratif, les autorités cantonales ont seulement la possibilité de requérir des renseignements en vertu de l'art. 19 LCD ; mais gardons à l'esprit que les renseignements obtenus peuvent faire l'objet d'une dénonciation à l'OCIRT ou auprès des autorités pénales. D'ailleurs, le volet pénal de la LCD ne crée pas d'infraction spécifique pour la violation de l'article 7 LCD (art. 23 al. 1 LCD). Il faudra s'en tenir aux dispositions du droit pénal ordinaire.

²⁷⁰ AUBRY GIRARDIN, Application de la LEg, p. 101-108.

²⁷¹ AUBRY GIRARDIN, Application de la LEg, pp. 109-111.

²⁷² DUPUIS, p. 4.

3. Les moyens issus de la Loi sur la protection des données

L'article 8 LPD prévoit pour les personnes un droit d'accès (non contentieux) aux fichiers les concernant, auquel elles ne peuvent renoncer par avance. En cas de refus du maître du fichier, les actions défensives des articles 28a ss CC sont ouvertes, par renvoi de l'article 15 al. 1 LPD. En parallèle, la LPD instaure un autre moyen défensif, qu'est l'action en mention du caractère litigieux sur ladite donnée (art. 15 al. 2 LPD). Notons que le champ matériel de ces actions est relativement limité puisqu'il se borne aux données ; toutefois, une violation de la LPD peut permettre de fonder l'illicéité requise à l'article 41 CO.

4. La problématique du *whistleblowing*, du point de vue du dénonciateur et du dénoncé

Un projet de loi relatif à la pratique du *whistleblowing* est actuellement à l'étude. Il reprend la jurisprudence bien établie du Tribunal fédéral²⁷³, opérant une pesée d'intérêts entre la liberté d'expression du travailleur et son devoir de fidélité. Les futurs articles 321a^{bis} à 321a^{septies} CO²⁷⁴ confirment le système en cascade mis en place par le Tribunal fédéral. Le travailleur ne violerait pas son devoir de fidélité dès lors qu'il signalerait des irrégularités fondées sur un soupçon raisonnable directement à l'employeur ou au service désigné par ce dernier. Si l'employeur n'adopte pas les mesures suffisantes pour traiter le signalement dans un délai raisonnable, ou si l'employé a subi des représailles de la part de l'employeur, ou encore si l'employé a de bonnes raisons de croire que le signalement aurait été sans effets ou entravé, ou enfin s'il existe un risque sérieux ou imminent pour la vie, la santé ou l'environnement, l'employé pourra alors signaler l'irrégularité à une autorité compétente pour contrôler l'application des normes violées dans le cas d'espèce, comme le ministère public ou une autorité administrative. Puis, en l'absence de réaction de l'autorité compétente ou si l'employé a subi des représailles de l'employeur, et si le travailleur a de sérieuses raisons de tenir de bonne foi le fait signalé pour vrai, il peut dévoiler l'information au public, en dernier ressort. Une dénonciation aboutit souvent à la conduite d'une enquête interne. Rappelons simplement que le Tribunal fédéral a reconnu au bénéfice du dénoncé des droits similaires à ceux du prévenu dans la procédure pénale²⁷⁵.

Conclusion

Notre étude reflète un système complexe de mise en œuvre des droits humains au sein de l'ordre juridique suisse, qui offre, en globalité, de bonnes garanties aux cocontractants, à quelques exceptions près.

Résoudre un problème de droit privé à l'aune des droits humains ne peut se résumer à réaliser une simple pesée des intérêts entre deux droits fondamentaux. L'examen de l'ensemble de l'ordre juridique suisse nous permet d'affirmer que le législateur a déjà tranché certains conflits, et en a confié d'autres au juge. Les droits humains ont largement imprégné le droit suisse en mettant en œuvre des sanctions en cas de violation. On ne saurait toutefois cautionner une action en pure constatation de la violation d'un droit fondamental, qui aurait pour effet de monnayer les droits humains et contreviendrait ainsi à leur idéologie et à leur but sans améliorer sur la situation concrète de la personne. On remarque également l'importance du rôle joué par les juridictions pour faire évoluer le droit, quand la loi ne protégeait pas encore la partie faible du contrat de travail, dont elles peuvent aujourd'hui s'inspirer pour protéger les parties faibles au contrat de service indépendant.

Toutefois, il reste encore des lacunes dans la mise en œuvre des droits humains en droit suisse, notamment liées à l'injusticiabilité de certaines situations, et notamment autour de l'égalité salariale de fait promise par le constituant suisse, qui soulève les problématiques plus générales de l'étendue de la couverture des assurances sociales et de l'organisation du travail au sein des entreprises.

²⁷³ Voir à ce sujet : ATF 127 III 310 ; BETTEX, Cadre légal, pp. 159-162.

²⁷⁴ FF 2018 pp. 6183 ss ; FF 2013 pp. 8615 ss.

²⁷⁵ TF 4A_694/2015, du 4 mai 2016 ; cf. *supra* (1-II-A-7).

Bibliographie

AUBERT Gabriel, La protection de l'exercice des droits constitutionnels dans le cadre des rapports de travail, *in* : Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique, Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève, Faculté de droit de Genève, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 1991.

AUBERT Gabriel / LEMPEN Karine (éd.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, Éditions Slatkine, Genève, 2011 (cité : Commentaire LEg).

AUBRY GIRARDIN Florence, La protection du salarié en droit public : incidences sur le droit privé du travail, *in* : WYLER Rémy / MEIER Anne / MARCHAND Sylvain, Regards croisés sur le droit du travail, *Liber amicorum* pour Gabriel AUBERT, Schulthess, Genève / Zurich / Bâle, 2015 (cité : Protection du salarié).

AUBRY GIRARDIN Florence, Les problèmes qui se posent aux juges lors de l'application de la LEg, *in* : DUNAND Jean-Philippe, LEMPEN Karine, MAHON Pascal (éd.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail, 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg, Centre d'étude des relations de travail, Schulthess éditions romandes, Genève / Zurich / Bâle, 2016, pp. 95-117 (cité : Application de la LEg).

AUER Andreas / MALINVERNI Giorgio / HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse – Volume II : Les droits fondamentaux, 3^e édition, Stämpfli Verlag, Berne, 2013.

BERSET BIRCHER Valérie / MEIER Anne, L'impact du droit international en droit suisse du travail, *in* : WYLER Rémy (éd.), Panorama III en droit du travail, Stämpfli, Berne, 2017.

BERSET BIRCHER Valérie, L'impact de l'article 8 CEDH sur le droit du travail – Analyse comparée des droits suisse et français, *in* : BESSON Samantha / HOTTELIER Michel / WERRO Franz (éd.), Les Droits de l'Homme au centre, Schulthess, Genève / Zurich / Bâle, 2006.

BERTOSSA Bernard, Lésion et usure : un couple bien étrange, Quelques réflexions sur les relations entre les articles 21 CO et 157 CP, *in* : BELLANGER François / CHAIX François / CHAPPUIS Christine (éd.), Le contrat dans tous ses états: publication de la Société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125^e anniversaire de la Semaine Judiciaire, Stämpfli, Berne, 2004, pp. 125-134.

BETTEX Christian, Enquêtes internes, droits du dénoncé ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_694/2015, Newsletter DroitDuTravail.ch, Université de Neuchâtel, Centre d'étude des relations de travail, juin 2016 (https://www.publications-droit.ch/files/analyses/droitdutravail/4_16_juillet_4A_694_2015_Analyse.pdf) (cité : Enquêtes internes).

BETTEX Christian, Le cadre légal des enquêtes internes dans les banques et autres grandes entreprises en droit du travail, SJ 2013 II pp. 157-175 (cité : Cadre légal).

BOHNET François, Actions civiles – conditions et conclusions, Commentaire pratique, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2014.

CASSANI Ursula, Liberté contractuelle et protection pénale de la partie faible : l'usure, une infraction en quête de sens, *in* : BELLANGER François / CHAIX François / CHAPPUIS Christine (éd.), Le contrat dans tous ses états: publication de la Société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125^e anniversaire de la Semaine Judiciaire, Stämpfli, Berne, 2004, pp. 135-153.

DUNAND Jean Philippe / MAHON Pascal (éd.), Commentaire du contrat de travail, Stämpfli Verlag, Berne, 2013 (cité : Commentaire).

DUNAND Jean Philippe, La protection de la personnalité des travailleurs (art. 328 CO) : norme flexible et cardinale du droit suisse du travail, *in* : BADDELEY Margareta / FOËX Bénédict / LEUBA Audrey / PAPAUX VAN DELDEN Marie-Laure, Facettes du droit de la personnalité, Journée de droit civil 2013 en l'honneur de la Professeure Dominique MANAI, Genève / Zurich / Bâle, pp. 47-71 (cité : Personnalité des travailleurs).

DUPUIS Jimmy, Concurrence déloyale : l'inobservation des conditions de travail, Questions de droit, no 115, janvier-février 2019.

ENGEL Pierre, Traité des obligations en droit suisse : dispositions générales du CO, 2^e édition, Stämpfli, Berne, 1997 (cité : Traité des obligations).

ENGEL Pierre, Contrats de droit suisse : Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, Stämpfli, Berne, 2000 (cité : Traité des contrats).

GONIN Luc / BIGLER Olivier (éd.), Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire des articles 1 à 18 CEDH, Stämpfli / LexisNexis, Berne / Paris, 2018 (cité : Commentaire CEDH).

GUGGENHEIM Daniel, Le droit suisse des contrats : Principes généraux, Tome I : La conclusion des contrats, Georg Éditeur, Genève, 1995.

HAHN Anne-Catherine, La responsabilité civile : une introduction générale, *in* : Institut pour le droit suisse et international (éd.), Journées suisses du droit de la construction 2009, Fribourg, 2008, pp. 1-28.

HARDER Wolfgang, Abgestufter Beschäftigungsschutz für Freie Mitarbeiter, *in* : AJP / PJA 2001, pp. 984-992.

KRAMER Ernst A. / PROBST Thomas, Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 3^e édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2018.

LEMPEN Karine, Le devoir de fidélité de la personne salariée à l'ère numérique, *in* : ZSR / RDS 2019 I, pp. 11-36 (cité : Devoir de fidélité).

LEMPEN Karine, Protection des données et discrimination lors de la procédure de recrutement, *in* : DUNAND Jean-Philippe / MAHON Pascal (éd.), La protection des données dans les relations de travail, Schulthess, Genève / Zurich / Bâle, 2017, pp. 269-286 (cité : Protection des données).

MAHON Pascal, Droits constitutionnels, Volume II – Droits fondamentaux, 3^e édition, Collection neuchâteloise, Helbing Lichtenhan, Bâle, 2015.

MANAI Dominique, Droits de l'Homme et bioéthique, Chapitre 5, *in* : HERTIG RANDALL Maya, HOTTELIER Michel (éd.), Introduction aux droits de l'Homme, Schulthess éditions romandes, Genève, 2014, pp. 658-674.

MARCHAND Sylvain, Clauses contractuelles – Du bon usage de la liberté contractuelle, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2008.

MEIER Anne, Droit collectif du travail et droit de la concurrence, SJ 2017 II, pp. 93-121.

MÜLLER Christoph, Contrats de droit suisse, Stämpfli Verlag, Berne, 2012.

MÜLLER Christoph, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR, Berner Kommentar, Stämpfli, Berne, 2018 (cite : BK 1-18 OR).

PALACO CABALLERO Flor de Maria, La Cour internationale de justice et la protection de l'individu, Thèse Genève, Schulthess éditions romandes / LGDJ Lextenso Editions, Genève / Bâle / Zürich, 2015.

PETERMANN Nathanaël, Les obligations positives de l'Etat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme – Théorie générale, incidences législatives et mise en œuvre en droit suisse, Thèse Lausanne, Stämpfli, Berne, 2014.

RAEDLER David, L'employé comme partie faible dans l'enquête interne, *in* : HARI Olivier (éd.), Protection de certains groupements de personnes ou de parties faibles *versus* libéralisme économique : *quo vadis* ?, Programme doctoral romand de droit, Collection CUSO, Schulthess éditions romandes, Genève / Zurich, 2016, pp. 345-370.

REHBINDER Manfred / STÖCKLI Jean-Fritz (éd.), Berner Kommentar, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, 2^e édition, Stämpfli Verlag, Berne, 2010 (cité : BK 319-330b OR).

STEINAUER Paul-Henri / FOUNTOLAKIS Christiana, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Stämpfli, Berne, 2014.

SUDRE Frédéric, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, 8^e édition, Presses universitaires de France, Paris, 2017.

TERCIER Pierre, Le nouveau droit de la personnalité, Schulthess, Zurich, 1984.

TERCIER Pierre / BIERI Laurent / CARRON Blaise, Les contrats spéciaux, 5^e édition, Schulthess Verlag, Zurich, 2016.

THEVENOZ Luc / WERRO Franz (éd.), Commentaire Romand, Code des obligations I, 2^e édition, Helbing Lichtenhahn, Genève / Bâle / Munich, 2012 (cité : CR CO I).

ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, Thèse, Travaux de la faculté de droit de Fribourg, Schulthess Verlag, Zurich, 2007.

ZIMMERMANN Tristan, L'effet horizontal des droits fondamentaux ou le garant de la dignité humaine, *in* : DUNAND Jean Philippe / MAHON Pascal (éd.), « Le droit décroisé », interférences et interdépendances entre droit privé et droit public, Schulthess, Genève / Zurich / Bâle, 2009.

Autres sources

Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, Mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer », adoptés par la résolution 17/4 du 16 juin 2011, Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies, Genève.

Projet de loi d'orientation des mobilités (Texte soumis à la délibération du Conseil des ministres), République française, Ministère de la transition écologique et solidaire, Transports, TRET1821032L/Bleue-2, https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/2018.11.26_projet_loi_orientation.pdf, consulté le 21.04.2019.

Rapport d'activité de l'ordre des avocats de Genève, 2016-2017, https://www.odageneve.ch/medias/documents/Actualit%C3%A9s/ODA_Rapport_5-page-a-page.pdf, consulté le 25.04.2019.

DAVARIS Sophie, « Gabriel AUBERT : “Discriminer les frontaliers viole l'Accord sur la libre circulation” », Article publié dans le périodique la Tribune de Genève, <https://www.tdg.ch/geneve/actu-genevoise/gabriel-aubert-discriminer-frontaliers-viole-accord-libre-circulation/story/31251753>, du 22.02.2012, consulté le 21.04.2019.

LEVY René, « La parentalité provoque l'inégalité au sein du couple », Article publié dans le périodique Le Temps, <https://www.letemps.ch/opinions/parentalite-provoque-linegalite-sein-couple>, du 23.05.2018, consulté le 21.04.2019.

PARIS Gilles, « Victoire judiciaire pour un pâtissier américain ayant refusé un gâteau à un couple homosexuel », Article publié dans le périodique Le Monde, <https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2018/06/04/victoire-judiciaire-pour-un-patissier-americain-ayant-refuse-un-gateau-a-un-couple-homosexuel>, du 04.06.2018, consulté le 21.04.2019.

QUIQUEREZ Florent, « Le mariage à la rescousse du congé paternité », Article publié dans le périodique la Tribune de Genève, <https://www.tdg.ch/suisse/mariage-rescousse-conge-paternite/story/25907560>, du 04.01.2018, et notamment l'infographie contenue : <https://files.newsnetz.ch/upload//1/5/155511.jpg>, consultés le 21.04.2019.

Déclaration de non-plagiat

Je déclare que je suis bien l'autrice de ce texte et atteste que toute affirmation qu'il contient et qui n'est pas le fruit de ma réflexion personnelle est attribuée à sa source et que tout passage recopié d'une autre source est en outre placé entre guillemets.

Adeline DUPUIS