UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Article scientifique | Article | 2019

Published version | Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le devoir de fidélité de la personne salariée à l'ère numérique

Lempen, Karine

How to cite

LEMPEN, Karine. Le devoir de fidélité de la personne salariée à l'ère numérique. In: Revue de droit suisse, 2019, n° 1, p. 11–36.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:115354

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

Le devoir de fidélité de la personne salariée à l'ère numérique

Karine Lempen*

Mots-clés: droit du travail, devoir de fidélité, numérisation, harcèlement, réseaux sociaux, liberté d'expression, *whistleblowing*, procédures internes, surveillance, corruption privée

A. Introduction

Dans un récent rapport, le Conseil fédéral met en évidence différentes conséquences de la numérisation sur l'emploi et les conditions de travail[1]. D'une part, il relève que ce processus contribue à l'apparition de «nouvelles formes d'emploi» liées, en particulier, à l'avènement des plateformes numériques[2]. D'autre part, de façon générale, la mise en réseau des postes de travail via Internet a pour conséquence que les travaux informatisés sont de plus en plus exécutés de manière décentralisée et sans contrainte horaire. Selon le rapport, cette «souplesse géographique et horaire» concourt à accroître le degré d'autonomie dont disposent les personnes salariées dans la réalisation des tâches administratives ou analytiques[3], quelle que soit leur fonction au sein de l'entreprise.

La présente contribution vise à examiner, à la lumière des arrêts rendus ces dernières années par les tribunaux suisses, dans quelle mesure ce degré accru d'autonomie – dans un contexte de flexibilisation géographique et temporelle du travail salarié – a pour effet d'étendre, au-delà de la sphère strictement

---

* Professeure ordinaire à l'Université de Genève. La présente contribution est une version raccourcie et actualisée d'un exposé présenté le 17 avril 2018 lors de la 29e Journée de droit du travail organisée à Genève par le professeur honoraire Gabriel Aubert. L'auteure remercie Mmes Elsa Perdaems et Roxane Taleb, assistantes-doctorantes à la Faculté de droit, pour le soutien apporté dans la préparation de ce texte.

1 Rapport du Conseil fédéral du 8 novembre 2017 donnant suite aux postulats 15.3854 Reynard du 16 septembre 2015 et 17.3222 Derder du 17 mars 2017 – Conséquences de la numérisation sur l'emploi et les conditions de travail: opportunités et risques.

2 Conseil fédéral (note 1), ch. 5.1.2.

3 Conseil fédéral (note 1), ch. 5.1.1., 5.2.2. Voir aussi: Rapport du Conseil fédéral du 11 janvier 2017 sur les principales conditions-cadres pour l'économie numérique, ch. 3.3.1.

professionnelle, le champ d'application du devoir de fidélité de la personne salariée.

Par ailleurs, l'analyse de jurisprudence proposée dans cet article cherche à illustrer une évolution décrite par Thomas Geiser en 1983 déjà, dans sa thèse sur le devoir de fidélité, à savoir que plus le degré d'autonomie est important, plus l'obligation de fidélité va au-delà d'un simple devoir d'obéissance et plus les exigences en termes de loyauté sont élevées. En effet, plus la personne salariée dispose d'une certaine marge de manœuvre dans l'exécution du travail, plus elle se trouve dans des situations où elle va devoir procéder à la pesée des intérêts en présence et plus l'employeur va attendre d'elle qu'elle sauvegarde activement les intérêts de l'entreprise[4]. Afin de s'assurer de «l'allégeance»[5] de son personnel, l'entité employeuse met en place des dispositifs de détection des abus, appelés à se développer dans un futur proche[6].

Lorsqu'on parcourt la jurisprudence relative au devoir de fidélité dans le cadre des rapports de travail salariés, on rencontre toutes sortes de protagonistes: des tricheurs (C), des harceleurs (D), des amateurs de pornographie (E), des personnes qui diffusent une idéologie antisémite sur les réseaux sociaux (F), lancent l'alerte à l'interne (G) ou à l'externe de l'entreprise (H) ou se laissent corrompre (I). Avant de se pencher sur ces différents cas, il convient de mentionner quelques généralités (B).

B. Généralités

Rappelons que l'obligation principale de la personne salariée consiste à travailler. Accessoire à cette obligation de prester, le devoir de fidélité n'existe en principe que dans la mesure où il est nécessaire pour réaliser la prestation de travail[7]. Sa portée dépend donc de l'activité et de la fonction exercée[8].

Du devoir général de fidélité prévu à l'art. 321*a* al. 1 *in fine* CO découlent différents devoirs spécifiques prévus par la loi, notamment l'interdiction du tra-

4 Thomas Geiser, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Berne 1983, p. 8–9, 50.

5 Voir Alain Supiot, Le droit du travail, 6e éd., Paris 2016, p. 72.

6 Selon le Conseil fédéral (note 1), ch. 5.1.1., la souplesse géographique et horaire peut se traduire, pour les entreprises, par une augmentation des activités de contrôle destinées à vérifier l'accomplissement du travail.

7 Geiser (note 4), p. 57. Du même avis: Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertag, 7e éd., Zurich 2012, N 2 *ad* art. 321*a*; Aurélien Witzig, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, N 1203.

8 Geiser (note 4), p. 61–64. Sur le devoir de fidélité particulier que les entreprises de conviction (par exemple de conviction religieuse ou syndicale) imposent à leurs cadres, voir l'ATF 130 III 699. Dans un arrêt 4A_105/2018 du 10 octobre 2018, c. 3.2.1, le Tribunal fédéral rappelle que la «position de l'employé, sa fonction et les responsabilités qui lui sont confiées peuvent entraîner un accroissement des exigences quant à sa rigueur et à sa loyauté […]».

vail rémunéré concurrent, ancrée à l'art. 321*a* al. 3 CO ainsi que le devoir de discrétion prévu à l'art. 321*a* al. 4 CO[9].

En principe, le devoir de fidélité déploie ses effets dès la conclusion du contrat[10] (déjà durant le temps d'essai) et dure jusqu'au terme du contrat (y compris pendant l'écoulement du délai de congé[11]). Toutefois, le devoir de garder le secret peut subsister même après la fin du contrat, en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur (art. 321*a* al. 4 CO)[12]. Par ailleurs, une clause de prohibition de concurrence peut aussi prolonger la portée de l'obligation de fidélité[13].

Le devoir de fidélité comprend le devoir d'exécuter le travail avec diligence (art. 321*a* al. 1 CO) et de prendre soin du matériel mis à disposition par l'employeur (art. 321*a* al. 2 CO)[14]. Une violation du devoir de diligence peut donner lieu à une action en responsabilité de la personne salariée (art. 321*e* CO). Nous verrons que la sanction la plus fréquente est le licenciement, ordinaire ou immédiat, avec ou sans avertissement préalable. Selon les cas, une violation du devoir de fidélité peut aussi être sanctionnée sur le plan pénal[15].

C. Tricheries au détriment de la partie employeuse

Le devoir de fidélité signifie, en premier lieu[16], que la personne salariée «doit *s'abstenir* de tout comportement susceptible de léser l'employeur dans ses intérêts légitimes et éviter, en particulier, tout ce qui pourrait lui causer un dommage économique»[17]. Afin d'illustrer cet aspect, la présente section évoque divers cas de tricheries lors de la saisie du temps de travail (I) ou pendant le temps libre (II).

---

9 Gabriel Aubert, CR CO I, N 1 *ad* art. 321*a* CO, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (éd.), Commentaire romand, Code des Obligations I, Art. 1–529, 2e éd., Bâle 2012.

10 Geiser (note 4), p. 96 relève que le soir précédant son entrée en fonction un pilote d'avion doit déjà s'abstenir de boire de l'alcool. Autre exemple: le nouveau secrétaire d'un parti politique, engagé pour représenter son employeur vis-à-vis de l'extérieur, s'abstiendra d'afficher ses sympathies pour un parti adversaire avant même le début effectif des activités.

11 Même en cas de libération de l'obligation de travailler: TF, 4A_297/2016 du 17 novembre 2016, c. 4.3.1–4.3.2.

12 Jean-Philippe Dunand, N 19 *ad* art. 321a, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.

13 Voir l'art. 340*a* CO.

14 Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, BSK N 1 *ad* art. 321a, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (éd.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6e éd., Bâle 2015.

15 Nous évoquerons *infra*, let. I, l'infraction de corruption privée (art. 322octies à 322novies CP).

16 Streiff/von Kaenel/Rudolph (note 7), N 2 *ad* art. 321*a*; Portmann/Rudolph (note 14), BK N 2 *ad* art. 321*a*.

17 Dunand (note 12), N 14 *ad* art. 321*a*, avec les références; Rémy Wyler, Droit du travail, 3e éd., Berne 2014, p. 76–77.

I. Faux enregistrement du temps de travail

Le droit public impose l'enregistrement de la durée du travail[18], sous réserve de certains cas où il est possible d'y renoncer[19] et d'opter pour un «horaire de travail basé sur la confiance»[20]. En général, on oppose les systèmes *basés sur la confiance* aux dispositifs traditionnels de saisine du temps de travail. Toutefois, les systèmes classiques d'enregistrement, qui requièrent du personnel qu'il saisisse ses heures d'arrivée et de départ ainsi que ses pauses, reposent bien sûr aussi sur l'idée que la personne salariée va s'abstenir de tricher et qu'il faut donc lui faire confiance. La jurisprudence récente montre que cette confiance est parfois mise à rude épreuve, quel que soit le procédé choisi pour saisir le temps de travail. Dans le premier cas présenté, la saisie s'opère grâce à une timbreuse, dans le deuxième, elle a lieu depuis l'ordinateur de la personne salariée et, dans le troisième, elle est effectuée à distance, par l'intermédiaire du secrétariat.

Lors de la première affaire, l'instruction avait permis d'établir que ce n'était pas la machine, timbreuse, qui était défectueuse, mais bien la collaboratrice qui avait triché, à plusieurs reprises, en «oubliant» de timbrer au moment de rentrer chez elle entre 16 et 17 heures. La salariée aurait apparemment confié son badge à un collègue qui aurait timbré à sa place après son départ ou alors serait revenue elle-même plus tard, le soir, pour timbrer[21]. Selon le Tribunal fédéral, l'instance cantonale a jugé avec raison qu'il s'agissait d'une grave violation du devoir de fidélité, justifiant un licenciement avec effet immédiat, quel que soit le montant du dommage[22].

Dans le deuxième cas, un enquêteur à l'Office fédéral de la police a été licencié avec effet immédiat pour avoir saisi de fausses indications relatives à son temps de travail. Auparavant, il avait autorisé son employeur à réaliser une analyse nominale des données entrées dans le système de timbrage et de celles résultant de l'utilisation d'un badge pour accéder au lieu de travail. L'analyse avait «confirmé qu'à maintes reprises, l'employé était sorti du bâtiment sans timbrer le début de sa pause de midi. Il timbrait alors à son retour, entre 45 et 60 minutes

18 Art. 46 de la Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr; RS 822.11) et art. 73 de l'Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 1; RS 822.111). En vigueur depuis le 1er janvier 2016, l'art. 73*b* OLT 1 autorise, à certaines conditions, un enregistrement simplifié de la durée du travail.

19 L'art. 73*a* OLT 1, énonce cinq conditions cumulatives pour pouvoir renoncer à l'enregistrement. Diverses initiatives visent à assouplir davantage la législation. En particulier: Karin Keller Sutter, Initiative parlementaire 16.423 du 14 mars 2016 «Libérer le personnel dirigeant et les spécialistes de l'obligation de saisie du temps de travail»; Marcel Dobler, Initiative parlementaire 16.442: «Les employés de start-up détenant des participations dans l'entreprise doivent être libérés de l'obligation de saisir leur temps de travail».

20 Pour le personnel de la Confédération, cette possibilité est prévue à l'art. 64*a* de l'Ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (OPers; RS 172.220.111.3).

21 TF, 4A_395/2015 du 2 novembre 2015, c. 3.

22 TF, 4A_395/2015 du 2 novembre 2015, c. 3.6.

plus tard, puis une seconde fois 20 à 30 minutes plus tard, de sorte qu'était comptabilisée une pause plus courte que celle effectivement prise»[23]. Le salarié expliquait, notamment, que les heures manquées à son poste avaient été consacrées à ses parents malades[24]. Selon le Tribunal fédéral, les motifs familiaux invoqués «pourraient, à la rigueur, excuser un déficit d'heures, mais ne justifiaient pas la manière de procéder». Le collaborateur n'avait jamais signalé rencontrer des difficultés sur le plan familial ni demandé un aménagement de son horaire. Eu égard, en particulier, au caractère répété des actes et à la fonction de chef exercée par ce dernier, le Tribunal conclut à une grave violation du devoir de fidélité justifiant un licenciement avec effet immédiat, sans avertissement préalable[25].

Un troisième arrêt relatif à la gestion du temps de travail décrit un système autorisant les personnes au service d'un office des poursuites à se rendre sur le lieu où elles doivent effectuer une saisie ou un inventaire, par exemple, en partant directement de leur domicile ou du restaurant dans lequel elles ont pris leur repas de midi, sans devoir passer par l'office. Il suffit à la personne qui part en mission d'indiquer au personnel administratif l'heure à laquelle elle commence sa préparation ou l'heure de départ du domicile de façon à ce que l'information soit insérée dans le système électronique. En l'espèce, un contrôle avait révélé qu'une cadre de l'office avait indiqué à la secrétaire en charge du décompte des horaires une fausse heure de départ du domicile[26]. Le Tribunal cantonal reproche à la travailleuse d'avoir «délibérément abusé de la confiance inhérente à un système mis en place pour faciliter les missions extérieures des huissiers»[27]. La question se posait de savoir si une seule fraude au timbrage en quinze ans de service constitue un juste motif de résiliation. Le Tribunal fédéral en doute, mais laisse la question ouverte, car le licenciement immédiat était justifié pour d'autres raisons[28], exposées plus loin[29].

En définitive, les systèmes de saisie électronique du temps de travail tendent à remplacer la traditionnelle timbreuse. Les programmes informatiques rendent possible le timbrage à distance, avec pour conséquence une autonomie accrue du personnel dans l'organisation de ses déplacements professionnels et la possibilité de travailler depuis chez soi[30]. En contrepartie, il est attendu des

23 TF 8C_301/2017 du 1er mars 2018, let. A.

24 TF 8C_301/2017 du 1er mars 2018, c. 4.2.

25 Un tel avertissement n'était pas nécessaire sous l'angle de l'art. 10 al. 4 de la Loi fédérale du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers; RS 172.220.1). TF 8C_301/2017 du 1er mars 2018, c. 4.3.3., 4.4.

26 TF, 8C_800/2016 du 12 décembre 2017, let. A.

27 TF, 8C_800/2016 du 12 décembre 2017, c. 3.5.

28 TF, 8C_800/2016 du 12 décembre 2017, c. 3.6.

29 Voir *infra*, let. F, ch. II.

30 Sur les circonstances, exceptionnelles, dans lesquelles une personne salariée peut être tenue de travailler depuis chez elle en vertu de son devoir de fidélité, alors que le contrat ne le prévoit pas, voir Pascal Domenig, Homeoffice-Arbeit als besondere Erscheinungsform im Einzelarbeits-

personnes salariées, même sans fonction d'encadrement, qu'elles fassent preuve d'une honnêteté sans faille. Dans les trois arrêts résumés, le Tribunal fédéral a admis une violation grave du devoir de fidélité.

II. Tricheries pendant le temps libre

Deux jurisprudences récentes retiennent une violation du devoir de fidélité en lien avec des actes commis hors des heures de travail.

Le premier arrêt[31] nous rappelle qu'une infraction pénale perpétrée au détriment de l'employeur peut justifier un licenciement immédiat même lorsqu'elle a été commise dans un cadre privé[32]. En l'espèce, un collaborateur qui cherchait à louer un appartement à des fins personnelles avait demandé une attestation de salaire ne mentionnant pas la saisie de salaire dont il faisait l'objet. Suite au rejet de sa demande, le salarié avait confectionné un faux certificat au nom de son employeuse[33]. Selon le Tribunal fédéral, «l'employé a démontré un manque de probité, qui apparaît comme une violation de ses obligations contractuelles de fidélité et de loyauté, *quand bien même le comportement incriminé n'intervenait pas dans l'exécution de son travail*»[34]. Le manquement a été jugé d'autant plus grave qu'il avait été commis par un responsable d'équipe «duquel une attitude exemplaire est attendue». Or, le cadre, bavard, n'avait apparemment pas hésité à raconter à des subordonnés la falsification effectuée. En revanche, il serait resté muet lorsque sa directrice lui avait demandé de s'expliquer. Le Tribunal a estimé que le lien de confiance entre les parties était rompu et que l'employeuse était fondée à licencier le travailleur avec effet immédiat[35].

Le second arrêt a pour protagoniste principal un employé du Département fédéral de la défense devenu totalement incapable de travailler suite à une blessure à la jambe. Durant cette période d'incapacité, l'employé s'adonne à son sport préféré, à savoir la chasse[36]. Ayant eu vent de cette activité effectuée aux alentours d'un village, à la campagne, où tout le monde se connaît[37], l'employeuse décide de mettre immédiatement fin aux rapports de travail. Le chasseur se voit reprocher, d'une part, d'avoir mis en danger le processus de guérison de sa jambe et, d'autre part, d'avoir porté atteinte à la réputation de la Confédération et à la confiance des administrés envers l'Etat[38]. Le Tribunal

---

verhältnis, thèse, 2016, N 205–213. L'auteur souligne (N 189–191) que les normes impératives en matière de protection de la personnalité et de la santé limitent le droit de la partie employeuse d'ordonner la réalisation du travail à domicile.

31 TF, 4A_515/2015 du 21 juin 2016.

32 Voir aussi TF 4A_625/2016 du 9 mars 2017, c. 6.2.

33 TF, 4A_515/2015 du 21 juin 2016, let. A.

34 TF, 4A_515/2015 du 21 juin 2016, c. 3.3. Italiques ajoutés par nos soins.

35 TF, 4A_515/2015 du 21 juin 2016, c. 3.3.

36 TAF A-73/2014 du 14 juillet 2014, let. A-J.

37 TAF A-73/2014 du 14 juillet 2014, c. 4.2.1.

38 TAF A-73/2014 du 14 juillet 2014, let. J.

administratif fédéral rappelle que les employés de l'Etat ont, en vertu de l'art. 20 LPers, une obligation de loyauté qui va au-delà du devoir de fidélité prévu à l'art. 321*a* CO et leur impose de sauvegarder les intérêts de leur employeuse dans le cadre du service ainsi que, dans une moindre mesure, *en dehors des heures de service*[39]. En l'occurrence, le Tribunal a retenu une violation du devoir de fidélité, mais a tout de même tenu compte du fait que le comportement reproché avait eu lieu pendant le temps libre et que le travailleur, au service de la Confédération depuis plus de 20 ans, n'assumait aucune fonction dirigeante. Un avertissement aurait été suffisant[40].

À la lecture de cet arrêt, on peut se demander comment serait jugé le cas d'un employé qui mettrait en danger son processus de guérison en réintégrant son poste de travail trop tôt, dans l'espoir, par exemple, de toucher une prime de présence[41] en fin d'année. Son devoir de fidélité lui commande-t-il de rester chez lui à se reposer lorsque le retour au travail risquerait d'aggraver son problème de santé? Il nous semble qu'il faut répondre par l'affirmative[42]. Par ailleurs, le devoir de fidélité impose à une personne se sachant atteinte d'une maladie contagieuse de ne pas se rendre sur son lieu de travail afin de ne pas infecter ses collègues[43].

De façon générale, la personne salariée qui porte atteinte à la santé ou à la personnalité des autres membres du personnel n'agit pas conformément à l'article 321*a* CO[44].

D. Harcèlement sexuel hors du lieu de travail

I. Rapports de travail de droit public

La présente section passe en revue trois cas où les tribunaux ont admis que des actes de harcèlement survenus hors du cadre professionnel avaient néanmoins des effets sur les conditions de travail et que les auteurs avaient gravement violé

39 TAF A-73/2014 du 14 juillet 2014, c. 4.1.3. Italiques ajoutés par nos soins.

40 TAF A-73/2014 du 14 juillet 2014, c. 4.5.

41 Au sujet de la licéité de ces primes, qui risquent de dissuader les employés de préserver leur santé, voir Matthias Meier, Die Anwesenheitsprämie, in: Wolfgang Portmann/Gabriel Aubert/Jean-Philippe Dunand/Adrian von Kaenel/Roland A. Müller/Boris Zürcher (éd.), DTA 2017, p. 153–164.

42 Voir Kurt Pärli/Julia Hug/Andreas Petrik, Arbeit, Krankheit, Invalidität, Berne 2015, N 640–643, qui soulignent aussi l'obligation pour l'employeur (art. 328 CO) de renvoyer à son domicile un employé manifestement incapable de travailler.

43 Pärli/Hug/Petrik (note 42), N 641.

44 Voir l'ATF 127 III 351, auquel se réfère notamment Wyler (note 17), p. 80–81. Le fait de rompre «la paix dans l'entreprise» *(Betriebsfrieden)* en ne respectant pas la personnalité des collègues est contraire à l'art. 321*a* CO: Wolfgang Portmann/Jean-Fritz Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3e éd., N 364; Streiff/von Kaenel/Rudolph (note 7), N 4 (p. 176) *ad* art. 321*a*.

leur devoir de fidélité. Dans les trois affaires, les rapports de travail sont régis par le droit public.

Le premier arrêt a pour objet le licenciement d'un cadre de la police bâloise qui avait harcelé et menacé des collègues via l'application WhatsApp. Il s'était aussi rendu coupable de *stalking* à l'égard de subordonnées. Le Tribunal cantonal avait souligné que ce comportement était de nature à rendre plus difficile l'accomplissement du service public dans un corps de police dont les membres doivent pouvoir travailler étroitement ensemble dans les situations difficiles. L'instance cantonale avait reproché au policier de s'être mis plusieurs fois dans des situations où il n'était plus capable de *séparer le privé et le professionnel*[45]. A ce propos, il est permis de se demander s'il est véritablement attendu des policiers qu'ils *séparent* vie privée et professionnelle. Il résulte bien plutôt de cet arrêt que les personnes employées par l'Etat doivent rester conscientes de leurs obligations professionnelles et se comporter dignement, quel que soit le contexte[46].

A l'occasion d'une autre procédure, le Tribunal administratif fédéral a qualifié de harcèlement sexuel, au sens de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg)[47], le comportement d'un collaborateur de l'Ecole Polytechnique Fédérale de Lausanne (EPFL) vis-à-vis d'une assistante-doctorante. Le Tribunal a donné raison à l'EPFL qui avait résilié les rapports de travail avec le collaborateur concerné[48]. Une partie des actes de harcèlement avait eu lieu au domicile privé de l'assistante[49]. Dans ses considérants, le Tribunal explique que «la définition donnée par l'art. 4 LEg n'exige pas que le harcèlement sexuel se produise effectivement sur le lieu de travail, mais simplement qu'il puisse avoir un *effet sur les relations de travail*»[50].

Un raisonnement similaire a été suivi il y a quelques années par la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois[51]. Le Tribunal devait qualifier la na-

45 TF, 8C_502/2017 du 30 novembre 2017 publié in: ATF 144 I 11. Voir les considérants non publiés 6.1–6.3.

46 Par ailleurs, il est attendu des employés, dans les secteurs public comme privé, qu'ils gèrent leurs relations sentimentales privées de façon à éviter les débordements sur la vie professionnelle. C'est ce qui ressort d'un arrêt 4A_153/2016 rendu par le Tribunal fédéral le 27 septembre 2016 à propos d'un employé d'une banque qui avait dû faire face à la visite surprise de son ex, filmée par la caméra de surveillance de la banque. En l'occurrence, le Tribunal a jugé que la façon dont l'employé avait géré l'incident ne dénotait «pas un manque de loyauté envers l'employeur, ni une volonté de laisser la vie personnelle interférer avec la vie professionnelle» (c. 2.2).

47 Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg; RS 151.1).

48 TAF, A-6910/2009 du 25 octobre 2010, c. 9.3–9.5.

49 TAF, A-6910/2009 du 25 octobre 2010, let. A.a.

50 TAF, A-6910/2009 du 25 octobre 2010, c. 6.1, qui se réfère à Nicole Vögeli Galli, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz: Die Rechtsprechung im Spannungsfeld der involvierten Interessen, in: Jean-Fritz Stöckli (éd.), Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht (ArbR), 2009, p. 33–43, p. 36. Italiques ajoutés.

51 TC Vaud, Chambre des recours, TR07.033309-1, 19 septembre 2012. Le recours contre cet arrêt a été jugé irrecevable (TF, 8C_981/2012 du 8 janvier 2014). Les différentes étapes de cette pro-

ture – professionnelle ou privée – du comportement adopté par un directeur d'école à l'égard d'une enseignante. Les deux protagonistes s'étaient rencontrés à maintes reprises à l'extérieur de l'école, notamment au chalet du directeur. Ils avaient échangé de nombreux SMS, dont la majorité n'avait aucun contenu professionnel. Selon le Tribunal, «lorsqu'un harcèlement sexuel commis par un collègue ou un supérieur se produit hors de l'entreprise, pendant le temps libre, l'art. 4 LEg trouve application si le comportement a pour effet de rendre l'exécution du travail plus difficile pour la personne harcelée»[52]. En l'espèce, le Tribunal retient que le comportement du directeur était bel et bien «de nature à rendre le travail plus difficile» pour l'enseignante et conclut à l'existence d'un harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg[53].

Dans les deux derniers arrêts mentionnés, les tribunaux ont donc mis l'accent sur les *conséquences* de l'atteinte à la personnalité sur les conditions de travail, plutôt que sur l'*endroit* dans lequel se sont produits les actes. A l'époque des réseaux sociaux sur Internet, et à l'heure où les individus travaillent de plus en plus «en tous lieux»[54] – et pas seulement dans les locaux de l'entreprise – un tel raisonnement, qui invite à repenser la «conception classique de la notion de lieu de travail»[55], paraît pertinent.

Pareille jurisprudence contribue à étendre la portée du devoir de fidélité des employés du secteur public en dehors du cadre strictement professionnel.

II. Rapports de travail de droit privé

La jurisprudence exposée au chiffre précédent contraste avec celle rendue par la I^re^ Cour de droit civil du Tribunal fédéral à l'occasion de deux procès pour harcèlement sexuel dans le secteur privé.

Dans la première affaire, tranchée le 29 juin 2009, un cadre supérieur avait été licencié avec effet immédiat suite au dépôt, par deux collaboratrices, de plaintes pénales pour contrainte sexuelle et pornographie. Une ordonnance de

---

cédure sont résumées sur le site ‹www.leg.ch/jurisprudence› sous la référence TF (VD) 8.1.2014.

52 TC Vaud, Chambre des recours, TR07.033309-1, 19 septembre 2012, c. 6.1.3., qui se réfère à Claudia Kaufmann, N 64 *ad* art. 4, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (éd.), Kommentar zum Gleichstellunsgesetz (GlG), Bâle 2009, et Karine Lempen, N 120 *ad* art. 4, in: Gabriel Aubert/Karine Lempen (éd.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011.

53 TC Vaud, Chambre des recours, TR07.033309-1, 19 septembre 2012, c. 6.2–6.3.

54 Voir le rapport du 15 février 2017 de l'Organisation internationale du travail (OIT), Working anytime, anywhere: The effects on the world of work, Eurofound and the International Labour Office 2017, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Genève.

55 Voir Anne Meier/Kurt Pärli/Zoé Seiler, Le futur du dialogue social et du tripartisme dans le contexte de la digitalisation de l'économie, Etude établie sur mandat de la Commission nationale tripartite pour les affaires de l'OIT, Genève/Berne/Bâle 2018, p. 77 ss.

non-lieu avait été rendue dans le cadre de la procédure pénale[56]. Sur le plan civil, le Tribunal fédéral s'est demandé si les faits à l'origine de la plainte pénale avaient eu lieu dans un contexte professionnel ou privé. En effet, les attouchements sexuels s'étaient produits en partie après une réunion professionnelle, *dans la voiture* du cadre. Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte au motif «que les deux collaboratrices avaient eu un comportement pour le moins équivoque, qui pouvait donner à penser qu'elles étaient consentantes». En revanche, le fait que le cadre ait envoyé par courriel à ses subordonnées une photographie de son sexe en érection appelait une réaction de la part de l'employeuse. Eu égard à son obligation de protection de la personnalité (art. 328 CO), cette dernière ne pouvait tolérer un tel comportement «sur le lieu de travail ou dans le cadre des rapports de travail». Selon le Tribunal, toutefois, la mesure choisie apparaît «excessive». En effet, «pour détestable qu'il soit, l'acte – unique – de l'intimé n'était pas suffisamment grave pour ruiner le rapport de confiance entre employeur et travailleur et justifier un licenciement immédiat. La recourante devait faire savoir au travailleur qu'elle n'acceptait pas ce genre de comportement dans son entreprise; ce n'est qu'en cas de réitération de l'acte incriminé qu'un licenciement sur-le-champ pouvait être envisagé»[57].

Ainsi, à l'époque où a été rendu cet arrêt, on ne pouvait apparemment pas attendre des cadres qu'ils réalisent à quel point le fait d'envoyer une photographie pornographique à leurs subordonnées est contraire à leur devoir de ne pas agir d'une façon susceptible de causer un dommage à l'entreprise employeuse. Si le cas devait être tranché aujourd'hui, dans l'ère «post-Weinstein»[58], le Tribunal fédéral jugerait-il de la même façon? Rien ne l'indique.

Dans un arrêt du 31 janvier 2018, le Tribunal fédéral a confirmé une décision cantonale[59] reprochant à une société employeuse d'avoir licencié avec effet immédiat, sans avertissement préalable, un employé qui avait tenu, à plusieurs reprises, des propos grossiers et sexistes à l'égard de collègues. En l'occurrence, l'auteur n'exerçait pas de fonction dirigeante et l'incident principal était survenu dans un bar, lors d'un pot de départ. Le fait que les actes se soient produits en partie hors du cadre strictement professionnel a été pris en considération pour relativiser la gravité de l'atteinte[60].

Contrairement aux arrêts mentionnés dans la section précédente, cette jurisprudence met l'accent sur le *lieu* dans lequel s'est produit le harcèlement plutôt que sur les *conséquences* de ce comportement pour l'atmosphère et l'exécution du travail au sein de la société employeuse.

---

56 TF, 4A_251/2009 du 29 juin 2009, let. A.

57 TF, 4A_251/2009 du 29 juin 2009, c. 2.2.

58 Voir ‹https://fr.wikipedia.org/wiki/Affaire_Harvey_Weinstein› ou ‹https://www.letemps.ch/monde/laffaire-weinstein-chronique-dun-seisme-social›.

59 TC Vaud, Cour d'appel civile, 29 novembre 2016.

60 TF, 4A_124/2017 du 31 janvier 2018, c. 4. La décision cantonale et l'arrêt fédéral sont résumés sur le site ‹www.leg.ch/jurisprudence› sous la référence TF (VD) 31.1.2018.

Le Tribunal fédéral estime qu'il n'est pas opportun de comparer cette affaire avec d'autres cas tranchés par la jurisprudence, chaque situation devant être appréciée concrètement au regard de l'ensemble des circonstances[61]. En effet, la circonspection est de mise lorsqu'il s'agit de mettre en parallèle des solutions retenues sur la base d'états de fait nécessairement différents. Il faut se montrer d'autant plus prudent lorsque l'on compare les principes dégagés en droit privé avec ceux retenus en droit public.

Néanmoins, il est intéressant d'analyser les deux arrêts résumés dans cette section à la lumière d'un arrêt rendu par la Ire Cour de droit social du Tribunal fédéral le 22 mars 2017[62]. Dans le cas d'espèce, le Tribunal avait jugé non arbitraire le fait de considérer qu'une seule atteinte à la personnalité, même légère – une gifle en l'occurrence – portée volontairement par une collègue, représente une grave violation du devoir de fidélité et justifie une révocation avec effet immédiat, «même si la mesure paraît sévère»[63].

À première vue, rien ne semble légitimer tant de sévérité suite à une gifle et tant d'indulgence face à des actes de harcèlement sexuel. Plusieurs circonstances, propres aux cas d'espèce, sont toutefois susceptibles d'expliquer que le licenciement immédiat ait été considéré justifié dans un cas et non dans les autres. Tout d'abord, la *nature des rapports de travail* (droit privé dans les procès relatifs au harcèlement sexuel, droit public dans l'affaire de la gifle). Ensuite, la *nature des actes* reprochés. A cet égard, toutefois, il est permis de se demander si l'employée qui gifle son collègue enfreint son devoir de fidélité de façon tellement plus grave que celui qui envoie une photographie de son sexe à ses subordonnées. Dans les deux hypothèses, le geste revêt un caractère «humiliant et dégradant»[64]. Enfin, le *lieu* de commission des actes a sans doute joué un rôle déterminant. En effet, la gifle avait été administrée sous le regard des patients de l'hôpital employeur, dont la réputation était dès lors entachée. Les actes de harcèlement sexuel commis à l'occasion du pot de départ ont également eu lieu dans un endroit public. Cependant, rien n'indique que des clients de l'entreprise aient été présents dans le bar. Ainsi, l'atteinte à la personnalité ne paraît avoir causé aucun dégât d'image vis-à-vis de la clientèle. Le Tribunal cantonal relève du reste que l'employeuse n'est qu'indirectement touchée par les actes de harcèlement entre collègues[65].

---

61 TF, 4A_124/2017 du 31 janvier 2018, c. 4.3.

62 TF, 8C_355/2016 du 22 mars 2017. Pour une comparaison avec d'autres arrêts dans lesquels le Tribunal fédéral a admis une violation du devoir de diligence justifiant un licenciement avec effet immédiat, voir: Christine Sattiva Spring, Propos grossiers et sexistes: l'inconfortable position de l'employeur; Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_127/2017, Newsletter DroitDuTravail.ch, Centre d'étude des relations de travail de l'Université de Neuchâtel (éd.), avril 2018.

63 TF, 8C_355/2016 du 22 mars 2017, c. 6.4.

64 TF, 8C_355/2016 du 22 mars 2017, c. 6.4 (au sujet de la gifle).

65 TC Vaud, Cour d'appel civile, 29 novembre 2016, c. 5.2.2.

Or, lorsqu'il s'agit de sanctionner une violation de l'obligation de fidélité vis-à-vis de la partie employeuse, il est compréhensible que les tribunaux se montrent plus sévères en présence d'actes portant directement atteinte aux intérêts légitimes de cette dernière. Plus discutable, en revanche, est le postulat selon lequel une atteinte au capital humain de l'entreprise affecte l'employeuse moins directement qu'une atteinte à sa réputation.

Le fait que la Ire Cour de droit civil du Tribunal fédéral ait récemment qualifié de «particulièrement grave»[66] le comportement d'un chef du secteur hôtelier qui demandait à une apprentie sous sa responsabilité «de se mettre à quatre pattes», l'appelait «petite chérie» ou «petite cochonne» en cuisine, et lui administrait des bisous ou des caresses sur la joue[67], laisse espérer une évolution jurisprudentielle. Eu égard au devoir de fidélité accru incombant au cadre formateur, dont la conduite aurait dû être «exemplaire»[68], le Tribunal fédéral a jugé, contrairement au Tribunal cantonal, que l'employeuse était en droit de considérer le rapport de confiance comme détruit et de prononcer, sans avertissement préalable, un licenciement avec effet immédiat[69]. Toutefois, la Cour de droit civil relève que les agissements ont été perpétrés sur le lieu de travail[70] et paraît confirmer sa conception restrictive de cette notion en expliquant que le cas d'espèce ne peut être comparé à celui tranché le 29 juin 2009[71] puisque cette affaire portait sur «des évènements qui se sont déroulés en dehors du cadre professionnel»[72].

E. Utilisation du matériel électronique pour consulter des sites pornographiques

La personne salariée est tenue de «traiter avec soin» l'équipement «mis à sa disposition pour l'exécution de son travail» (art. 321*a* al. 2 CO). Sauf accord contraire, elle ne doit pas s'en servir à des fins personnelles[73].

A l'heure du «Choose Your Own Device» (CYOD) ou «Bring Your Own Device» (BYOD), rares sont les directions qui ne tolèrent pas, dans une certaine

66 TF, 4A_105/2018 du 10 octobre 2018, c. 4.3.3.
67 TF, 4A_105/2018 du 10 octobre 2018, c. 2.
68 TF, 4A_105/2018 du 10 octobre 2018, c. 3.1, 3.2.1 et 4.3.2.1.
69 TF, 4A_105/2018 du 10 octobre 2018, c. 4.3.3.
70 TF, 4A_105/2018 du 10 octobre 2018, c. 4.3.2.1.
71 Voir l'arrêt 4A_251/2009 du 29 juin 2009, c. 2.2, résumé au début de cette section et dans lequel le Tribunal fédéral avait en réalité laissé ouverte la question de savoir si les actes s'étaient produits dans le cadre professionnel.
72 En outre, selon le Tribunal, les collaboratrices qui s'étaient plaintes à l'époque avaient eu une attitude «pour le moins équivoque» et étaient «pour l'essentiel consentantes» (TF, 4A_105/2018 du 10 octobre 2018, c. 4.5, qui se réfère à l'arrêt précité 4A_251/2009, c. 2.2).
73 Aubert (note 9), CR CO, N 1 ad art. 321a CO; Portmann/Stöckli (note 44), N 368.

mesure, l'utilisation d'Internet à des fins privées[74]. Parallèlement à cela, les entreprises sont de plus en plus nombreuses à se doter de règlements sanctionnant les abus et à mettre en place des systèmes de surveillance[75] permettant de détecter l'utilisation abusive de l'infrastructure électronique[76].

A titre d'illustration, mentionnons une affaire tranchée par le Tribunal fédéral le 30 juin 2017[77]. Un employé des Chemins de Fer Fédéraux (CFF) avait consulté durant plusieurs heures par jour, pour son plaisir personnel, des sites pornographiques depuis son poste de travail, alors que ce type d'occupation est expressément interdit par un règlement interne. Les Instructions des CFF précisent qu'une violation grave des principes relatifs à l'utilisation d'Internet peut donner lieu à un licenciement avec effet immédiat[78]. Le collaborateur avait néanmoins régulièrement ignoré les fenêtres d'avertissement qui s'affichaient au moment de la navigation[79]. Le service informatique ayant remarqué une consultation très fréquente de sites pornographiques, il avait procédé à une analyse des données de l'employé soupçonné, en omettant toutefois de l'informer par écrit[80], conformément à l'article 57*o* al. 2 let. b. de la loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA)[81]. La question se posait de savoir dans quelle mesure le rapport de contrôle pouvait être utilisé pour sanctionner un collaborateur qui n'avait pas accepté d'être soumis à une vérification ciblée. En l'espèce, l'intérêt du public à ce que les abus soient sanctionnés a été jugé prépondérant[82]. Selon le Tribunal administratif fédéral[83], puis le Tribunal fédéral, un licenciement avec effet immédiat se justifiait eu égard, notamment, à la nécessité, pour les CFF, de préserver leur *réputation* vis-à-vis des usagers du service public[84].

---

74 A ce sujet: Dunand (note 12), N 71–73 *ad* art. 321a CO; Isabelle Wildhaber/Silvio Hänsenberger, Bring Your Own Device – Wie man den Einsatz privater mobiler Geräte im beruflichen Umfeld gestaltet, damit er nicht zum «Bring Your Own Disaster» wird, DTA 2016, p. 151–165.

75 Au sens de l'art. 26 de l'Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (OLT 3; RS 822.113).

76 Sur les conditions à respecter pour que la surveillance de l'utilisation d'Internet soit jugée conforme à l'art. 8 CEDH, voir CourEDH, Grande Chambre, *Bărbulescu c. Roumanie*, arrêt du 5 septembre 2017, n° 61496/08; CourEDH, *Libert c. France*, arrêt du 22 février 2018, n° 588/13.

77 Arrêt 8C_79/2016 du 30 juin 2017, publié in: ATF 143 II 443, résumé in: JdT 2018 50 et commenté par Isabelle Wildhaber/Silvio Hänsenberger, Überwachung und Sanktionierung bei zweckwidriger Internetnutzung am Arbeitsplatz, Bemerkungen zu Bundesgericht, I. sozialrechtliche Abteilung, Urteil 8C.79/2016 vom 30. Juni 2017, A. gegen Ferrovie Federali Svizzere FFS (Kündigung eines SBB-Mitarbeiters wegen Pornokonsums während der Arbeitszeit), AJP 10/2017, p. 1252–1256.

78 Chiffre 5.1 cité dans l'ATF 143 II 443, c. 4.5.4.

79 ATF 143 II 443, c. 7.4.

80 ATF 143 II 443, c. 5.4.

81 RS 172.010.

82 ATF 143 II 443, c. 6.

83 TAF A_5641/2014 du 8 décembre 2015, c. 9.

84 ATF 143 II 443, c. 7.4.–7.5.

F. Images et propos dénigrants publiés sur les réseaux sociaux ou dans la presse

I. Propagation d'une idéologie antisémite

Le 25 juin 2018, le Tribunal fédéral[85] a confirmé un arrêt rendu par la Chambre administrative de la Cour de Justice du canton de Genève le 12 septembre 2017[86] à propos d'une affaire qui a défrayé la chronique.

En mai 2014, la cheffe de la police cantonale genevoise est interpelée par un député du Grand Conseil qui indique avoir reçu, sur son «mur» Facebook, de la part de membres du corps de police, des commentaires extrêmement virulents, contraires au devoir de réserve des policiers. Suite à cette dénonciation, la cheffe de la police ouvre une procédure disciplinaire à l'encontre d'un policier qui utilise le pseudonyme «Hussard noir» et paraît être à l'origine du commentaire en question[87]. Peu après, un journaliste du quotidien 20 Minutes signale[88] aux services de presse de la police plusieurs propos et images à caractère antisémite publiés par ce même «Hussard noir» sur les réseaux sociaux[89]. Le policier se défend notamment en expliquant qu'il avait restreint l'accès à son compte Facebook «et pensait que ce dernier n'était dès lors pas accessible en dehors de ses ‹amis›»[90]. Fin 2014, le conseiller d'Etat en charge du Département de la sécurité et de l'économie résilie les rapports de service[91].

Le policier recourt – sans succès – contre cette décision. La Cour de justice puis le Tribunal fédéral rappellent que le devoir de réserve d'un fonctionnaire impose à l'agent public une certaine retenue dans l'exercice de ses droits fondamentaux, notamment la liberté d'expression, «au travail comme en dehors de celui-ci»[92]. Le Département responsable de la sécurité s'est du reste doté d'une directive sur le devoir de réserve dans l'usage des réseaux sociaux. Un paragraphe précise que les comptes utilisateurs à accès restreint doivent néanmoins être considérés comme publics, «puisque les informations qu'ils contiennent sont communiquées à grande échelle et rediffusables sans contrôle»[93]. Enfin, les exigences quant au comportement d'un policier excèdent celles imposées aux autres fonctionnaires puisque les policiers représentent et symbolisent l'autorité et la force de l'ordre. Les policiers sont soumis à un devoir particulier

85 TF, 8C_740/2017 du 25 juin 2018.
86 ATA/1264/2017.
87 ATA/1264/2017, ch. 8–9.
88 Notons qu'il s'agit d'un cas de *whistleblowing* atypique puisque ce n'est pas l'employé qui signale à la presse des dysfonctionnements internes au service, mais la presse qui prévient l'employeuse des propos publiés par un collaborateur sur les réseaux sociaux.
89 ATA/1264/2017, ch. 10.
90 ATA/1264/2017, ch. 16.
91 ATA/1264/2017, ch. 28.
92 ATA/1264/2017, c. 6.
93 ATA/1264/2017, c. 7.

d'exemplarité, qui limite fortement leur liberté d'expression, notamment sur les réseaux sociaux[94].

Notons que la propagation publique d'une idéologie raciste est interdite par l'art. 261bis du Code pénal, indépendamment de la profession exercée par la personne dont émanent les propos.

II. Moqueries et critiques à l'égard de la hiérarchie

La question de savoir si le personnel de l'Etat a le droit de publier sur un réseau social des propos et images irrespectueux à l'égard de sa hiérarchie s'est posée dans une affaire déjà résumée plus haut[95]. Une cadre à l'Office des poursuites avait indiqué à la secrétaire en charge de la saisie du temps de travail une fausse heure de départ du domicile. Le Tribunal avait laissé ouverte la question de savoir si une seule fausse indication pouvait représenter un juste motif de licenciement immédiat, puisque la salariée avait de toute manière détruit le rapport de confiance qui la liait à son employeur en publiant sur Facebook une vidéo dans laquelle elle se moquait de son chef ainsi que de l'interdiction de fumer dans les locaux de l'Office. Selon le Tribunal fédéral, le comportement irrespectueux à l'égard du supérieur était d'autant moins admissible que la vidéo en question n'avait pas seulement été vue par un cercle restreint de personnes, mais avait été mise en ligne pendant plusieurs jours «sur un réseau social largement accessible»[96].

En principe, le fait de «poster» sur Internet des propos, photographies ou vidéos ridiculisant l'employeur ou l'employeuse est contraire au devoir de fidélité de la personne salariée, que les relations de travail soient régies par le droit public ou le droit privé[97]. Qu'en est-il du droit de *critiquer* la façon dont les affaires courantes sont gérées au sein du service?

Un arrêt rendu par le Tribunal administratif fédéral le 28 janvier 2015[98], confirmé par le Tribunal fédéral[99], énonce de façon très didactique les principes encadrant le droit pour les fonctionnaires de critiquer en public leur employeur.

Le Tribunal administratif rappelle tout d'abord que la liberté d'opinion est garantie par les art. 16 Cst., 10 CEDH et 19 du Pacte II de l'ONU[100]. L'exercice

94 Voir ATA/1264/2017, c. 9–12 et TF, 8C_740/2017 du 25 juin 2018, c. 4–5.

95 Voir *supra*, let. C, ch. I.

96 TF, 8C_800/2016 du 12 décembre 2017, c. 3.6.3 à 3.6.5.

97 Jean-Philippe Dunand, Internet au travail: droits et obligations de l'employeur et du travailleur, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éd.), Internet au travail, 2014, p. 33 ss, p. 37; Isabelle Wildhaber/Silvio Hänsenberger, Internet am Arbeitsplatz, Ausgewählte arbeitsrechtliche Fragestellungen, RJB 152/2016, p. 307–341, p. 310–311. Voir aussi TF, 4D_56/2016 du 31 octobre 2016, c. 3.3 (un apprenti de 24 ans qui projette devant le personnel un film satirique au sujet de l'employeuse viole son devoir de fidélité au sens de l'art. 321*a* al. 1 CO), décision qualifiée de sévère par Witzig (note 7), N 1199.

98 TAF, A-6723/2013.

99 TF, 8C_176/2015 du 9 février 2016.

100 TAF, A-6723/2013, c. 8.1.2.

de cette liberté peut être limité par le «double devoir de loyauté» propre aux employés du secteur public, devoir qui s'étend, comme exposé plus haut[101], «aussi aux comportements en dehors du service». En effet, il est attendu de l'agent étatique qu'il «défende les intérêts de la collectivité au-delà de sa prestation de travail proprement dite»[102]. «La critique n'est pas exclue», précise le Tribunal, «mais l'employé de l'Etat, en raison de sa position, doit s'imposer une certaine retenue dans la manière dont il la formule. Il lui revient d'épuiser d'abord les voies internes pour contester la situation qu'il critique […]»[103]. Dans un cas concret, afin d'apprécier dans quelle mesure les propos tenus s'inscrivent dans le cadre de la liberté d'opinion et d'expression, le Tribunal administratif retient cinq critères[104] dégagés par la doctrine[105]: 1. Qui est la *personne* qui diffuse le message? 2. Quels sont la *nature* et le *contenu* du message? 3. Quel est le *lieu* (le *moment*) de diffusion du message? 4. Quels sont ses *destinataires*? 5. *Comment* (de quelle *manière*) le message est-il formulé?[106]

En l'espèce, la question se posait de savoir si le licenciement d'une collaboratrice des Services du Parlement fédéral reposait sur un motif suffisant. Un hebdomadaire satirique romand avait publié, sous le titre «Les dessous officieux du Bulletin officiel»[107], un article qui se faisait l'écho des difficultés que la collaboratrice en question affirmait rencontrer dans son travail. Les conditions de travail, notamment pour les rédacteurs en ligne francophones, étaient décrites comme «une vraie galère». Ils n'avaient plus droit à la remise par l'employeur d'un ordinateur portable. L'Internet n'était plus fourni à domicile. L'article relatait le cas d'une collaboratrice (en l'occurrence celle licenciée par la suite) qui s'était vu refuser l'autorisation d'accomplir son travail durant six mois depuis la Côte atlantique française. Suite à cet article, la collaboratrice a fait l'objet d'un avertissement. Nonobstant cette mise en garde, l'employée a accepté, une seconde fois, de faire part à l'hebdomadaire de son mécontentement relatif à ses conditions de travail[108]. Selon le Tribunal fédéral, «en choisissant – à deux reprises – d'exposer ses problèmes, réels ou non, dans un journal satirique, la collaboratrice entendait à l'évidence tourner ses supérieurs hiérar-

101 Voir supra, let. C., ch. II. (TAF A-73/2014 du 14 juillet 2014).
102 TAF, A-6723/2013, c. 8.1.3.
103 TAF, A-6723/2013, c. 8.1.4.
104 TAF, A-6723/2013, c. 8.1.4.
105 En particulier: Pascal Mahon/Fanny Matthey, La liberté d'expression et la liberté syndicale des fonctionnaires, notamment des fonctionnaires de police, en particulier sous l'angle du droit à la critique, ASDPO 2008, Berne 2009, p. 205–240.
106 Mahon/Matthey (note 105), p. 221 s. Au sujet du premier critère, les auteurs expliquent que «plus le fonctionnaire occupe une place élevée dans la hiérarchie, plus ses propos devront être contrôlés» (p. 222). Par ailleurs, il faut examiner si la personne qui s'exprime en public sur les conditions de travail exerce une fonction officielle au sein d'un syndicat. En effet, la liberté syndicale confère aux personnes représentant un syndicat une liberté d'expression accrue dans le cadre de l'activité syndicale (p. 230 s).
107 TAF, A-6723/2013, let. C.c.
108 TF, 8C_176/2015 du 9 février 2016, let. A.

chiques en dérision et susciter la polémique au sein de son service. Ces critiques, qui touchaient des affaires courantes du service et qui ne trouvaient aucune justification dans la lésion d'un intérêt public ou dans l'existence de graves irrégularités constituaient un motif suffisant de licenciement»[109] au sens de l'article 10 al. 3 LPers.

L'exercice de la liberté d'expression, notamment dans les médias, par une personne salariée soumise à un devoir de fidélité en vertu du droit du travail, soulève diverses questions, dont celle de la licéité du *whistleblowing*. Les deux prochaines sections s'intéressent au signalement, interne (G) ou externe à l'entreprise (H), d'irrégularités constatées dans le cadre des relations de travail.

G. *Whistleblowing* dans l'entreprise – devoir d'informer

Nous avons vu que le devoir de fidélité exige de la personne salariée qu'elle s'*abstienne* de tout comportement susceptible de nuire aux intérêts légitimes de la partie employeuse. En particulier, la personne salariée n'est pas censée tricher avec la timbreuse (C), harceler ses collègues (D), consommer de la pornographie pendant les heures de travail (E), ou ridiculiser l'entité employeuse dans les médias (F).

Le devoir de fidélité ne se limite toutefois pas à un devoir d'abstention. Il implique aussi de *sauvegarder activement* les intérêts de la partie employeuse et de prendre des mesures pour prévenir la survenance d'un dommage, par exemple en avertissant cette dernière d'abus ou d'irrégularités constatés dans l'exécution du travail. Ce devoir d'*informer* résulte du devoir général de fidélité prévu à l'article 321*a* al. 1 CO[110].

Plus l'entité employeuse laisse son personnel libre d'effectuer le travail de la façon qu'il juge la plus appropriée, plus elle doit pouvoir compter sur un signalement dans le cas où des problèmes seraient constatés[111]. À l'heure actuelle, on observe une multiplication des procédures internes, non seulement dans des secteurs très réglementés, comme dans les banques ou les assurances, mais aussi dans toutes les grandes sociétés, qui se dotent de dispositifs de prévention des conflits et d'autres mécanismes permettant de faire remonter l'information[112]. Dans ce contexte, interne à l'entreprise, la personne salariée qui tire la

109 TF, 8C_176/2015 du 9 février 2016, c. 3.4.

110 Dunand (note 12), N 12–13 *ad* art. 321*a* CO; Stefan Rieder, Whistleblowing als interne Risikokommunikation, Zurich/Saint-Gall 2013, N 92. Le devoir d'informer est parfois rattaché à l'obligation de rendre compte (art. 321*b* CO), voir Geiser (note 4) p. 173 ss.

111 Wim Vandekerckhove/M. S. Ronald Commers, Whistleblowing and Rational Loyalty, Journal of Business Ethics 53, 2004, p. 225–233, p. 225–226.

112 Dans son message du 20 novembre 2013 sur la protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur, le Conseil fédéral constate que «dans les entreprises privées comme dans les organismes publics, la mise en place d'un système de contrôle interne […] est un principe de bonne gouvernance aujourd'hui bien établi», FF 2013 8547, p. 8552. Voir aussi Christian

sonnette d'alarme ne fait aucunement preuve de déloyauté vis-à-vis de l'institution employeuse. Au contraire, l'organisation a tout intérêt à être informée d'éventuels dysfonctionnements susceptibles d'empêcher la réalisation de ses objectifs[113].

La personne salariée qui constate que son chef commet des actes contraires aux intérêts légitimes de l'entité employeuse est en droit de dénoncer les comportements à l'échelon hiérarchique supérieur, malgré l'obligation qui incombe à chaque membre du personnel de se comporter correctement vis-à-vis de sa hiérarchie directe[114]. La loyauté due à l'institution l'emporte sur celle due au personnel d'encadrement[115].

Si la personne salariée a donc le *droit de dénoncer* une conduite susceptible de causer un dommage à l'entreprise, la question se pose de savoir dans quelle mesure l'obligation d'information qui résulte de l'art. 321*a* CO entraîne un *devoir de dénoncer les collègues* à l'origine des actes. L'employé témoin, par exemple, d'un harcèlement sexuel sur le lieu de travail, est-il tenu de «balancer»[116] le collègue harceleur à la direction? Tout dépend de la gravité des manquements constatés et de la fonction exercée par la personne salariée témoin des irrégularités[117]. Plus

---

Bettex, Le cadre légal des enquêtes internes dans les banques et autres grandes entreprises, SJ 2013 II 157, p. 161–162.

113 Dunand (note 12), N 54 *ad* art. 321*a* CO. Vandekerckhove/Commers (note 111) relèvent, p. 226, que le conflit entre le devoir de loyauté, d'une part, et le signalement d'irrégularités, d'autre part, n'est qu'apparent. P-O Börnfelt/Markus Arvidson/Jonas Axelsson/Roland Ahlstrand, Whistleblowing in the light of loyalty and transparency, Paper to the 7th Nordic Working Life Conference, Göteborg, Sweden, June 11–13 2014, Social innovation in work organization, Stream 16: Whistleblowing in working life, 2014, p. 1–3 décrivent une nouvelle conception de la loyauté, qui incite à formuler des critiques aidant l'entreprise à s'améliorer.

114 Au sujet de cette obligation, voir TF, 8C_767/2016, 8C_774/2016, 8D_5/2016 du 7 août 2017, c. 5.3.7: «S'il est généralement admis que le devoir de fidélité et de discrétion des fonctionnaires et autres agents de l'Etat s'impose à l'égard de l'institution et non du supérieur hiérarchique […], il n'en reste pas moins que les règles et principes hiérarchiques imposent, en particulier, l'obligation d'un comportement correct et loyal à l'égard de la hiérarchie […]».

115 Vandekerckhove/Commers (note 111) p. 230 insistent sur l'importance, pour une organisation, d'énoncer explicitement ses missions et valeurs. Le caractère loyal ou non d'un comportement sera jugé à l'aune des objectifs de l'entreprise.

116 Allusion faite au *hashtag* #BalanceTonPorc diffusé largement depuis octobre 2017 pour dénoncer le harcèlement sexuel, en particulier dans le cadre professionnel.

117 Dunand (note 12), N 58 *ad* art. 321*a* CO; Portmann/Rudolph (note 14), N 17 *ad* art. 321; Portmann/Stöckli (note 44), N 396; Streiff/von Kanel/Rudolph (note 7), N 4 ch. 8 *ad* art. 321a; Bettex (note 112), p. 160. Si la doctrine majoritaire est donc d'avis que le devoir de signaler les comportements illicites ou non éthiques d'autres membres du personnel est un devoir *relatif*, qui dépend des circonstances du cas d'espèce, elle est en revanche divisée sur les critères qui permettent de retenir, dans un cas concret, l'existence d'un tel devoir. Pour un aperçu des différentes positions, voir Rieder (note 104), N 95 ss. Voir aussi Roger Rudolph, Interne Untersuchungen: Spannungsfelder aus arbeitsrechtlicher Sicht, RSJ 114/2018 p. 385 ss, p. 389–390, 392–393, qui déduit du devoir de fidélité (art. 321*a* CO) l'obligation de collaborer à une enquête interne et estime qu'une personne salariée peut être tenue, dans ce cadre, de s'accuser soi-même ou d'accuser des collègues, le principe pénal «nemo tenetur» ne s'appliquant pas.

cette dernière occupe une position élevée dans la hiérarchie, plus son devoir de signaler les faits est important[118].

Le Tribunal fédéral s'est prononcé le 13 octobre 2017 sur une affaire qui illustre ce propos. L'état de fait est particulier. Une société exploite un commerce de fer et de métaux et a différents fournisseurs. Un jour, les fournisseurs se plaignent du fait qu'un employé de la société, pendant son temps libre, exploite un commerce de ferraille qui leur fait concurrence. Dans ces conditions, certains fournisseurs décident de mettre un terme à leurs relations commerciales avec la société et d'autres fournisseurs s'apprêtent à faire de même. L'arrêt du 13 octobre 2017 porte sur la question de savoir dans quelle mesure la société employeuse avait le droit de licencier avec effet immédiat le chef de l'employé mis en cause, auquel il était reproché de ne pas avoir informé l'employeuse de l'activité exercée pas son subordonné pendant son temps libre, alors qu'il en avait connaissance. Les juges ont considéré que le licenciement était justifié, compte tenu du devoir d'informer et de renseigner qui incombait au responsable de succursale en vertu de l'article 321*a* CO[119].

Il résulte de cette jurisprudence que le devoir d'informer des responsables hiérarchiques requiert de signaler toutes les activités susceptibles de causer un dommage à l'entreprise, même lorsque ces activités sont exercées par un simple collaborateur durant son temps libre et font concurrence non pas à l'entreprise, mais aux partenaires commerciaux de celle-ci. Le devoir d'informer propre au personnel sans fonction d'encadrement est nettement plus limité. Il n'est généralement admis, sur la base de l'article 321*a* CO, que lorsque les manquements observés «sont de nature à léser gravement les intérêts de l'employeur»[120].

Qu'elle agisse par devoir ou non, la personne salariée qui dénonce le comportement d'un ou une collègue devra respecter l'éventuelle procédure interne de signalement[121]. Selon les organisations, le signalement peut être effectué de façon totalement anonyme, par exemple via une plateforme Internet sécurisée, depuis laquelle il est impossible de retracer l'identité de la personne

118 Adrian Von Kaenel, Whistleblowing, RSJ 103/2007 p. 309 ss, p. 314. Voir aussi Rieder (note 104), N 98.

119 TF, 4A_287/2017 du 13 octobre 2017, c. 4.2.

120 Dunand (note 12), N 58 *ad* art. 321*a* CO, avec les références; Rieder (note 110), N 102–105. Au sujet de la possibilité d'étendre le devoir de signaler par voie de directive (art. 321*d* CO), eu égard à la nature non impérative de l'art. 321*a* CO, voir Sarah Licci, Codes of Conduct im Arbeitsverhältnis mit besonderem Blick auf das Whistleblowing, AJP 2015, p. 1168–1184, p. 1181. L'auteure précise que les collaborateurs ne sauraient être contraints de dénoncer tout type de manquement émanant de collègues, en particulier si les actes ont lieu durant le temps libre et relèvent de la sphère privée. Du même avis, Anita Zimmermann/Kurt Pärli, Whistleblowing und Datenschutz, digma 2016, p. 18 ss, p. 18–19, relèvent que des directives incitant à la délation sont susceptibles de donner lieu à des dénonciations hâtives, notamment par des personnes espérant ainsi se faire bien voir de la direction et ne pas faire partie des personnes dont le poste sera supprimé pour des motifs économiques.

121 Bettex (note 112), p. 160. Von Kaenel (note 118), p. 315 réserve les cas où il est d'emblée clair qu'un signalement à l'instance désignée par l'entreprise serait vain.

dénonciatrice[122]. Un tel système est par exemple utilisé par le Contrôle fédéral des finances[123].

Rappelons que, en vertu de l'article 22*a* LPers, les membres du personnel de la Confédération ont le *devoir* de dénoncer aux autorités de poursuite pénale, à leurs supérieurs ou au Contrôle fédéral des finances, tous les crimes et délits poursuivis d'office dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions[124]. Par ailleurs, ils ont le *droit* de signaler au Contrôle fédéral des finances les autres irrégularités dont ils ont eu connaissance[125]. Enfin, l'article 22a LPers précise que nul ne doit subir un désavantage professionnel pour avoir, de bonne foi, signalé une irrégularité[126]. Le système mis en place au sein de l'administration fédérale prévoit donc une *protection* des lanceurs d'alerte. En contrepartie, il est attendu du personnel qu'il respecte la procédure interne de signalement.

Un projet d'article 321*a*^{bis} al. 1 CO prévoit que «le signalement d'une irrégularité à l'employeur est conforme au devoir de fidélité du travailleur lorsque […] a. il est fondé sur un soupçon raisonnable; b. il est adressé à une personne ou un service interne ou externe habilité à le recevoir»[127]. Selon le Conseil fédéral, la procédure interne doit permettre les signalements anonymes[128].

---

122 Rieder (note 110), N 50 et N 333–337 relève qu'un tel système assure à la personne dénonciatrice une protection efficace contre les mesures de représailles, mais soulève aussi divers problèmes, notamment sous l'angle du droit de la personne dénoncée à se défendre. Bettex (note 112) p. 162 et Wyler (note 17) p. 83–84 sont, notamment pour cette raison, défavorables aux systèmes garantissant l'anonymat du lanceur d'alerte. Sur la licéité, au regard des art. 8 et 9 LPD, du caviardage du rapport d'enquête interne à l'entreprise, dans le but de préserver l'anonymat des collègues auditionnés, voir Bettex (note 112) p. 174–175; Rieder (note 110) N 248; Rudolph (note 117), p. 390–391, 393–394.

123 Voir ‹https://www.bkms-system.ch/bkwebanon/report/clientInfo?cin=5efk11&language=fre›. La Cour des comptes du canton de Genève s'est récemment dotée d'un système d'alerte similaire: ‹https://www.bkms-system.ch/bkwebanon/report/clientInfo?cin=3cdc3&language=fre›. Notons que, dans ce canton, le projet de loi du 17 janvier 2018 sur la protection des lanceurs d'alerte (LPLA; B 5 07), PL 12261, prévoit que le signalement par le personnel de l'administration se fait, en principe, «auprès de la hiérarchie» et «n'est pas anonyme». En revanche, «l'identité du lanceur d'alerte est confidentielle» (art. 4).

124 Art. 22*a* al. 1 LPers. L'alinéa 3 précise que «les personnes qui ont le droit de refuser de déposer ou de témoigner selon les art. 113, al. 1, 168 et 169 du code de procédure pénale du 5 octobre 2007 ne sont pas soumises à l'obligation de dénoncer».

125 Art. 22a al. 4 LPers.

126 Art. 22a al. 5 LPers.

127 Propositions du Conseil fédéral relatives au projet d'acte du message du 20 novembre 2013 concernant la révision partielle du Code des obligations (Protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur), dans la version du Conseil des Etats du 22 septembre 2014, FF 2018 p. 6183.

128 Message additionnel du 21 septembre 2018 sur la révision partielle du Code des obligations (Protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur), FF 2018 p. 6163, p. 6170 et 6176.

H. *Whistleblowing* hors de l'entreprise – devoir de discrétion

En droit privé, la question du signalement d'irrégularités hors de l'entreprise doit être examinée à la lumière du devoir de discrétion prévu par l'art. 321*a* al. 4 CO, qui restreint, dans une certaine mesure, l'exercice du droit constitutionnel à la liberté d'expression[129].

Dans l'ATF 127 III 310, le Tribunal fédéral explique que l'obligation de discrétion au sens de cette disposition «s'étend non seulement aux faits que l'employeur a expressément qualifiés de secrets», mais aussi à tous ceux dont on peut présumer, au vu des circonstances, «que l'employeur veut interdire la divulgation»[130]. L'arrêt porte sur le cas d'une veilleuse de nuit, employée par un EMS, qui constate des comportements de maltraitance vis-à-vis des pensionnaires et estime par ailleurs que le personnel de l'établissement est soumis à des conditions de travail indignes.

Dans une telle situation, on peut imaginer que la loyauté due à l'EMS employeur entre en conflit avec d'autres types de loyauté[131]. Par exemple, la loyauté vis-à-vis de la *profession* de soignante, qui exige le respect de certains standards. La loyauté vis-à-vis des *usagers publics*, en particulier la patientèle de l'EMS. Peut-être aussi la loyauté vis-à-vis des *collègues* puisqu'il s'agissait de dénoncer de mauvaises conditions de travail, et enfin la loyauté vis-à-vis de *soi-même* et de ses propres convictions morales.

L'employée de l'EMS était-elle véritablement en proie à de tels conflits de loyauté? L'arrêt ne donne aucune indication à ce sujet. Quoi qu'il en soit, l'employée s'est livrée au tournage clandestin d'un film visant à dénoncer les mauvais traitements auxquels les patients de l'EMS étaient soumis. Accompagnée par un syndicat, l'employée a alerté le Service de la santé publique puis remis le film à la Télévision suisse romande qui le diffusa au téléjournal du soir. Les juges ont considéré que l'EMS avait eu raison de licencier la collaboratrice avec effet immédiat. Le Tribunal fédéral explique que la personne salariée doit garder le secret sur des infractions pénales ou administratives commises par la partie employeuse, à moins qu'un intérêt supérieur ne s'y oppose. La personne salariée ne peut faire valoir un intérêt supérieur que si elle agit conformément au principe de la proportionnalité. Le respect de ce principe signifie que la personne salariée doit s'adresser d'abord à l'entité employeuse, puis à l'autorité

129 Parmi d'autres: Message du 20 novembre 2013 du Conseil fédéral sur la révision partielle du Code des obligations (Protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur), FF 2013 p. 8547, p. 8560 ss; Rieder (note 110), N 345 ss.

130 ATF 127 III 310, c. 5a.

131 A ce sujet: Marit Skivenes/Sissel Trygstad, Loyalty and Whistleblowing in Norway: how roles come into play, in: David B. Lewis (éd.), A Global approach to public interest disclosure – What can we learn from existing whistleblowing legislation and research, Cheltenham UK/ Northhampton USA 2010, p. 91.

de surveillance et, en dernier recours, à l'opinion publique, si l'autorité demeure inactive et que les circonstances le justifient[132].

Le Conseil fédéral a récemment transmis au Parlement un projet de loi visant à inscrire cet ordre de priorité dans le CO[133]. En outre, une modification des articles 328 et 336 CO est envisagée afin de garantir que le signalement licite d'irrégularités n'entraîne aucune mesure de représailles[134]. Une telle amélioration de la protection se justifie, notamment, par le rôle important que jouent les «lanceurs d'alerte» dans la détection de cas de corruption[135].

I. Corruption privée

Dans un arrêt rendu en 1997, publié aux ATF 124 III 25, le Tribunal fédéral explique que le simple fait d'accepter un pot-de-vin (corruption passive) est contraire au devoir de fidélité (art. 321*a* CO) et ruine les rapports de confiance nécessaires à l'exécution du contrat de travail, même lorsqu'il n'en résulte aucun dommage matériel pour la partie employeuse. «Il ne saurait en aller différemment de la sollicitation de pot-de-vin puisque dans un tel cas, l'initiative de la corruption provient du salarié lui-même» (corruption active)[136].

Depuis cet arrêt, plusieurs efforts ont été entrepris dans le domaine de la lutte contre la corruption dans le secteur privé. La Suisse a ratifié différentes conventions internationales en la matière notamment, en 2006, la Convention pénale du Conseil de l'Europe[137]. La ratification de cette convention a eu pour conséquence l'adoption de l'article 4*a* de la loi sur la concurrence déloyale (LCD)[138] qui interdit les actes de corruption privée, active ou passive, pour autant que ces actes entraînent une distorsion de la concurrence au sens de l'article 2 LCD[139]. Depuis le 1er juillet 2016, la notion de corruption a été détachée de la notion de concurrence déloyale et érigée en infraction pénale autonome[140]. Les art. 322octies et 322novies CP punissent d'une peine privative de li-

132 ATF 127 III 310, c. 5a.

133 Art. 321a^bis à 321*a*^quinquies P-CO, FF 2018 p. 6183.

134 Art. 328 al. 3 P-CO et 336 al. 2 let. d P-CO, FF 2018 p. 6183, p. 6185–6186.

135 Message du 20 novembre 2013, FF 2013 p. 8547, p. 8609–8610.

136 ATF 124 III 25, c. 3b, avec les références à la doctrine.

137 Convention pénale du 27 janvier 1999 du Conseil de l'Europe sur la corruption (RS 0.311.55). La Suisse a aussi ratifié la Convention des Nations Unies du 31 octobre 2003 contre la corruption (RS 0.311.56) ainsi que la Convention du 17 décembre 1997 de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (RS 0.311.21).

138 Loi fédérale du 19 décembre 1986 sur la concurrence déloyale (LCD; RS 241).

139 Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et du Protocole additionnel à ladite convention, FF 2004 p. 6549, p. 6575.

140 Message du Conseil fédéral du 30 avril 2014 concernant la modification du Code pénal (Dispositions pénales incriminant la corruption), FF 2014 p. 3433, p. 3450. Parmi d'autres: Nicolas

berté de trois ans au plus, ou d'une amende, les personnes employées dans le secteur privé («agents privés»)[141] qui corrompent ou se laissent corrompre. Sous réserve des «cas de peu de gravité»[142], les infractions de corruption privée active ou passive sont désormais poursuivies d'office[143]. Par ailleurs, l'art. 4*a* LCD reste en vigueur et permet à une personne atteinte dans ses intérêts économiques de faire valoir sur le plan civil les droits prévus à l'art. 9 LCD[144].

Un arrêt rendu par le Tribunal pénal fédéral le 29 novembre 2017[145] évoque le cas d'un employé A., administrateur unique d'une société AA., qui confie des travaux d'une valeur de 4 millions d'euros à l'entreprise BB., en échange d'une carte VISA sur laquelle il est possible de retirer jusqu'à 230 000 euros. Le simple fait, pour l'employé A., d'accepter la carte de crédit suffit à réaliser l'infraction de corruption passive au sens de l'art. 322^novies[146]. L'employé B., qui a mis à disposition la carte de crédit en échange de l'attribution des travaux à l'entreprise BB. s'est, pour sa part, rendu coupable de corruption active au sens de l'art. 322^octies[147].

Relevons que l'entreprise BB., à qui les travaux ont été attribués grâce aux actes de corruption de B., ne paraît pas avoir été lésée sur le plan pécuniaire ni avoir intérêt à poursuivre son employé. Au contraire, le fait que des actes de corruption se soient produits en son sein témoigne plutôt d'une mauvaise gestion[148] et le fait d'attirer l'attention du public sur cette infraction pourrait causer d'importants dégâts d'image[149]. En outre, l'entreprise qui n'a pas pris toutes les «mesures d'organisation raisonnables et nécessaires» pour empêcher la survenance d'actes de corruption privée active (art. 322^octies) est punissable sur la base de l'article 102 al. 2 CP, indépendamment de la punissabilité des personnes

---

Queloz/Johanna Sadik, CR CP, N 2–4 *ad* art. 322^octies, in: Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Nicolas Queloz (éd.), Commentaire romand, Code Pénal II, Art. 111–392, Bâle 2017.

141 Sur cette notion et la distinction avec les «agents publics», notamment les fonctionnaires, visés aux art. 322^ter à 322^septies CP, voir Queloz/Sadik (note 140), CR CP, N 40–42 *ad* art. 322^octies; Ursula Cassani, Evolutions législatives récentes en matière de droit pénal économique: blanchiment d'argent et corruption privée, in: Revue pénale suisse 136/2018, p. 179, 202.

142 Au sujet des critères, parfois difficiles à appliquer, qui permettent de définir les «cas de peu de gravité», voir Cassani (note 141), p. 208–209, avec les références.

143 Et non plus seulement sur plainte comme le prévoyait l'art. 23 LCD avant l'entrée en vigueur des art. 322^octies et 322^novies. Voir FF 2014 p. 3433, p. 3439 s.

144 FF 2014 p. 3433, p. 3451; Queloz/Sadik (note 140), CR CP, N 4 *ad* art. 322^octies.

145 TPF, RR.2017.247–248 du 29 novembre 2017.

146 La corruption privée passive étant une «infraction formelle de mise en danger abstrait», il n'est pas nécessaire que l'employé exécute l'acte visé (l'attribution des travaux) en échange de l'avantage indu (la remise d'une carte de crédit). «Il n'est même pas nécessaire que l'agent privé ait l'intention d'adopter le comportement escompté».Voir Queloz/Sadik (note 140), CR CP, N 18 *ad* art. 322^octies et N 9 *ad* art. 322^novies.

147 TPF, RR.2017.247–248 du 29 novembre 2017, c. 3.4.

148 Mark Pieth, Die Neuregelung der Privatbestechung, Forumpoenale 4/2017, p. 241.

149 A ce sujet: Queloz/Sadik (note 140), CR CP, N 7 *ad* art. 322^octies.

physiques à l'origine des actes[150]. Pareil mécanisme incite fortement les entreprises à mettre en œuvre des mesures préventives et à adopter des codes de conduite[151].

L'art. 322^{decies} CP précise que les dispositions relatives à la corruption n'interdisent pas l'acceptation d'avantages autorisés par le règlement ou convenus contractuellement ni les cadeaux de faible valeur, conforme aux usages sociaux. La limite entre le cadeau usuel – qui peut sans autres être accepté – et le pot-de-vin – de nature à compromettre l'indépendance de la personne salariée – n'étant pas toujours facile à tracer, l'entité employeuse a tout intérêt à régler clairement la question[152].

J. Conclusion

Les jurisprudences exposées illustrent, en partie, le lien mentionné en introduction entre numérisation, d'une part, et autonomie, d'autre part. En effet, les personnes salariées apparues au fil des arrêts saisissent leur temps de travail à distance, utilisent l'infrastructure électronique de l'entreprise pour naviguer sur Internet ou travailler depuis chez elles, elles communiquent avec leurs subordonnées via WhatsApp ou par SMS et disposent même parfois de la marge de manœuvre nécessaire pour attribuer des travaux à une entreprise en échange d'une carte bancaire.

Par ailleurs, les cas relatés montrent que les entreprises mettent sur pied des systèmes de surveillance[153] et adoptent des procédures internes visant à identifier et sanctionner les personnes abusant de la liberté que leur procurent, notamment, les outils numériques.

Dans ce contexte, il semble que le *devoir d'informer* la partie employeuse prenne de plus en plus d'importance. La dénonciation à l'interne est encouragée[154] (parfois via la mise à disposition de plateformes Internet sécurisées) et réglementée. En revanche, le signalement à l'extérieur de l'entreprise est rare-

150 Queloz/Sadik (note 140), CR CP, N 24–31 *ad* art. 322^{octies}; Severin Roelli, Umgang mit Compliance Risiken in M&A Transaktionen am Beispiel der Privatbestechung, EIZ 179/2017, p. 129–165, p. 143 ss.

151 Dans ce sens: Cassani (note 141), p. 210.

152 Le Code de comportement du personnel du 15 août 2012 de l'administration fédérale visant à prévenir les conflits d'intérêts et l'utilisation abusive d'informations non rendues publiques (FF 2012 p. 7307), fixe à 200 francs le montant au-delà duquel les dons ne doivent pas être acceptés (chiffre 5, qui renvoie à l'art. 21*a* al. 3 LPers). En outre, le code précise les cas dans lesquels les libéralités reçues doivent être restituées à la partie employeuse. En droit privé, voir l'art. 321*b* CO ainsi que Tobias F. Rohner/Martina A. Kessler, Zuwendung von Dritten in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen – arbeits-, straf- und steuerrechtliche Aspekte, RSJ 112/2016, p. 221–230.

153 Voir notamment le cas des CFF mentionné *supra* let. E.

154 Sur le lien entre numérisation, implication du personnel dans la résolution de problèmes et renforcement des droits de participation au sens de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'infor-

ment jugé compatible avec l'obligation de fidélité et expose les lanceurs d'alerte à la perte de leur emploi[155]. La personne salariée n'est pas censée informer directement la presse des abus constatés. Elle n'est pas davantage autorisée à se moquer de son employeur ou son employeuse sur les réseaux sociaux. Le devoir de s'abstenir de porter atteinte à la réputation de l'entité employeuse est particulièrement marqué pour le personnel de l'Etat, qui se voit imposer des restrictions importantes dans l'exercice de sa liberté d'expression, pendant le service et dans le cadre de la vie privée.

Face à un devoir de fidélité si étendu se pose la question de savoir ce que reçoit la personne salariée en échange d'une telle loyauté. En particulier, cette tendance des tribunaux à étendre la portée du devoir de fidélité a-t-elle pour corolaire[156] des exigences jurisprudentielles plus élevées en matière de protection de la personnalité et de la santé? Les arrêts fédéraux qualifiant d'injustifié le licenciement immédiat de collaborateurs et de cadres ayant commis un harcèlement sexuel avéré, certes hors du lieu de travail, mais à l'égard d'autres membres du personnel[157], ne permettent pas de tirer une telle conclusion[158].

Résumé

La numérisation a notamment pour conséquence que les tâches informatisées sont de plus en plus exécutées de façon décentralisée et sans contrainte horaire. Pareille flexibilisation géographique et temporelle accroît le degré d'autonomie dont disposent les personnes salariées dans la réalisation du travail. L'article montre, à la lumière de la jurisprudence, que ce degré accru d'autonomie a pour effet d'étendre, au-delà de la sphère strictement professionnelle, le champ d'application du devoir de fidélité de la personne salariée. Par ailleurs, les cas relatés montrent que les entreprises mettent sur pied des systèmes de surveillance et adoptent des procédures internes visant à sanctionner les personnes

mation et la consultation des travailleurs dans l'entreprise (LParticipation, RS 822.14), voir Meier/Pärli/Seiler (note 55), p. 55–56.

155 Le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption est d'avis que le droit suisse ne protège pas suffisamment les lanceurs d'alerte (voir notamment le «Rapport de phase 4: Suisse» du 15 mars 2018, ch. 22 ss, ‹http://www.oecd.org/fr/corruption/anti-corruption/Suisse-Rapport-Phase-4-FR.pdf›).

156 Le Tribunal fédéral considère que le devoir d'assistance de la partie employeuse (art. 328 CO) a pour corolaire le devoir de fidélité de la personne salariée (art. 321*a* CO) (notamment: ATF 132 III 115, c. 2.2). Pour une critique de cette conception, voir Geiser (note 4), p. 48–50.

157 Voir *supra* let. D. II.

158 Du moins si on se place du côté des personnes harcelées. En revanche, dans la perspective des personnes licenciées suite à des conflits interpersonnels, la jurisprudence civile, qui subordonne l'exercice du droit de licencier à des conditions strictes déduites du devoir d'assistance (art. 328 CO), s'avère de plus en plus protectrice. Sur cette tendance: Antonia Ulrich, Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bei Kündigungen, Anwaltsrevue 2018, p. 281–288.

abusant de la liberté offerte par les outils numériques. Dans ce contexte, le devoir de signaler des irrégularités gagne en importance. La dénonciation à l'interne est encouragée (parfois via des plateformes Internet sécurisées). En revanche, le signalement à l'extérieur est rarement jugé compatible avec l'obligation de fidélité et expose les lanceurs d'alerte à la perte de leur emploi. La personne salariée n'est en principe pas censée informer directement les médias des abus constatés. Elle n'est pas davantage autorisée à se moquer de l'entité employeuse sur les réseaux sociaux. Le devoir de réserve est particulièrement marqué pour le personnel de l'Etat, qui se voit imposer des restrictions importantes dans l'exercice de sa liberté d'expression, pendant le service et dans le cadre privé.

Zusammenfassung

Infolge der Digitalisierung werden Arbeiten insbesondere am Bildschirm immer mehr dezentral und ohne fixe Arbeitszeiten ausgeführt. Mit einer solchen örtlichen und zeitlichen Flexibilisierung gewinnen Arbeitnehmende an Autonomie in der Arbeitserledigung. Der Beitrag zeigt im Lichte der Rechtsprechung, dass diese vergrösserte Autonomie für die Arbeitnehmenden zu einem über den rein beruflichen Bereich hinaus erweiterten Anwendungsbereich der Treuepflicht führt. Die besprochenen Fälle zeigen zudem, dass Unternehmen Überwachungssysteme und interne Verfahren einführen, um Personen zu bestrafen, welche die mit den digitalen Arbeitsinstrumenten verbundene Freiheit missbrauchen. In diesem Zusammenhang rückt die Pflicht, Unregelmässigkeiten zu melden, ins Zentrum. Betriebsinterne Anzeigen werden gefördert (teilweise über sichere Internetplattformen), Informationen nach aussen hingegen gelten in der Regel als nicht mit der Treuepflicht vereinbar, und Whistleblower riskieren die Entlassung. Arbeitnehmende sollen grundsätzlich nicht direkt Medien über festgestellte Missbräuche informieren. Sie dürfen sich auch nicht in den sozialen Netzwerken über ihre Arbeitgebenden lustig machen. Die Pflicht zur Zurückhaltung ist beim Personal der öffentlichen Hand besonders ausgeprägt und dessen Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäusserung ziemlich eingeschränkt, sei dies während der Arbeitszeit oder im Privatleben.