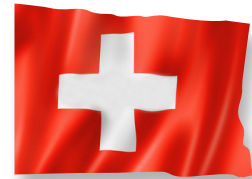


**POLICY PAPER**

# **Pouvez-vous être poursuivi en justice en Suisse ?**



Droits et obligations des entreprises et  
organisations suisses vis-à-vis de leurs  
voyageurs et expatriés

**Michel Chavanne av.  
Étude r & associés  
Lausanne**

**Security  
Management  
Initiative**

# **Pouvez-vous être poursuivi en justice en Suisse?**

Droits et obligations des entreprises et organisations suisses  
vis-à-vis de leurs voyageurs et expatriés

**Michel Chavanne, av.**



## AVERTISSEMENT

---

Le présent document ne peut pas remplacer ou suppléer aux conseils juridiques spécifiques en cas d'exécution de travail dans un environnement à risques et n'est pas destiné à être utilisé directement par des employeurs ou employés pour la mise en œuvre de la gestion des ressources humaines. Nul ne peut se fonder exclusivement sur ce document qui n'a pas un caractère exhaustif et aussi complet que peuvent l'exiger certaines situations complexes.

La forme grammaticale masculine désigne aussi bien les femmes que les hommes dans le présent document et n'est utilisée que pour en faciliter la lecture. Nous vous remercions de votre compréhension.

La version française de ce document représente la version originale à laquelle il y a lieu de se référer en cas de doute.

Copyright © Security Management Initiative (SMI) 2012  
Geneva Centre for Security Policy (GCSP)  
Ce texte est disponible sous: <http://www.securitymanagementinitiative.org/>,  
ainsi que <http://internationalsofoundation.org>

## A PROPOS DE CE DOCUMENT

---

Ce document traite au regard du droit suisse des règles qui incombent aux employeurs en ce qui concerne la protection des employés, ceci en prenant en particulier en compte les entités actives dans des environnements à hauts risques et dangereux (complexes). Il fait partie du suivi de l'étude « *Can you get sued? Legal liability of international humanitarian aid agencies towards their staff* » éditée par le SMI en 2011<sup>1</sup>.

Le document du SMI de 2011 examinait la situation juridique dans cinq pays – France, Italie, Grande-Bretagne, Etats-Unis et Suède – et concluait que dans chaque pays les organisations d'aide internationale, à côté de leurs soucis moraux et éthiques portant sur le bien-être de leurs équipes d'employés, étaient bien soumises aux standards et règles juridiques relatives au devoir de protection et à la responsabilité découlant des relations employeurs-employés dans leur Etat respectif.

## A PROPOS DE L'AUTEUR

---

Michel Chavanne est avocat, spécialiste FSA (Fédération suisse des avocats) en droit du travail. Au cours de son parcours, il a notamment assumé différentes fonctions et tâches au sein d'une organisation humanitaire suisse active dans les pays en guerre et les zones de conflit, puis dans un institut chargé de l'exécution de tâches d'intérêt public. Depuis 2004, Michel Chavanne est associé dans une étude de Lausanne, r & associés. Dans ce cadre, il offre tous conseils dans le domaine juridique, en priorité dans le droit du travail, aussi bien à des employeurs qu'à des employés, avec le souci de répondre avec compétence à ses mandants.

## REMERCIEMENTS

---

Dans le cadre de la présente publication, Me Chavanne a reçu la collaboration efficace de Me Kathleen Hack, avocate-stagiaire en son étude, qui est cordialement remerciée. Nous remercions aussi Ghislain de Kerviler et Maarten Merkelbach pour leurs précieuses contributions, apports et commentaires; nous avons pris soin de présenter leurs contributions correctement et fidèlement. Le contenu de ce document et toutes les erreurs qu'il peut contenir restent à la charge de SMI seul.

Nous exprimons notre gratitude au Département fédéral des affaires étrangères de la Suisse, le bailleur de fonds principale du SMI. Ce document a aussi reçu le soutien d'International SOS Foundation<sup>2</sup>. Les publications éditées par International SOS concernant le devoir de protection<sup>3</sup> ont aussi servi de référence pour la préparation de la présente étude.

---

<sup>1</sup> KEMP Edward & MERKELBACH Maarten, *Can you get sued? Legal liability of international humanitarian aid workers towards their staff*, Security Management Initiative, Genève, 2011.

<sup>2</sup> <http://internationalsosfoundation.org/>

<sup>3</sup> CLAUS Lisbeth, *Le devoir de protection des employeurs à l'égard des expatriés, de leurs personnes à charge et des voyageurs d'affaires*, International SOS, 2009 et CLAUS Lisbeth, *Duty of Care and Travel Risk Management Global Benchmarking Study*, International SOS, 2011.



<b>ENJEUX ET RÉSUMÉ</b>	<b>1</b>
<b>I. INTRODUCTION</b>	<b>5</b>
<b>II. DROIT APPLICABLE EN SUISSE ET COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX</b>	<b>5</b>
1. Le droit applicable au contrat de travail individuel de travail	5
2. Le tribunal compétent	7
<b>III. DEVOIRS D'UN EMPLOYEUR AU REGARD DU DEVOIR DE PROTECTION</b>	<b>8</b>
1. Le droit du travail en Suisse	8
2. L'art. 328 CO	9
3. La loi sur le travail (LTr) et ses ordonnances, ainsi que le droit des assurances sociales	11
4. Ce que comprend le devoir de protection en droit suisse	12
5. Le principe de proportionnalité	15
6. Le cas particulier du conjoint, du partenaire et des enfants du travailleur	16
7. Le cas du « travailleur voyageur »	18
8. Le devoir de protection après la fin des rapports de travail	18
9. Synthèse sur l'application concrète du principe de protection	19
10. Les sanctions en cas de violation du devoir de protection	19
<b>IV. LES DROITS DE L'EMPLOYEUR – LES OBLIGATIONS DE L'EMPLOYÉ</b>	<b>21</b>
1. En général	21
2. Le devoir de diligence et de fidélité de l'employé	21
3. La situation de l'employé en cas de risques pour la sécurité et la santé des employés eux-mêmes	22
4. Les sanctions pouvant découler d'une violation de l'art. 321a CO	22
<b>V. CONCLUSIONS, RECOMMANDATIONS ET OBSERVATIONS</b>	<b>23</b>
1. Conclusions	23
2. Recommandations	23
3. Observations finales	25
<b>ANNEXE 1 – PRINCIPALES ABRÉVIATIONS</b>	<b>26</b>
<b>ANNEXE 2 – PRINCIPALES RÉFÉRENCES LÉGALES</b>	<b>27</b>
<b>ANNEXE 3 – LES PRINCIPALES SOURCES BIBLIOGRAPHIQUES</b>	<b>28</b>
<b>ANNEXE 4 – DIX BONNES PRATIQUES DU DEVOIR DE PROTECTION</b>	<b>30</b>



### Enjeux

Dans un monde globalisé, caractérisé par une mobilité de plus en plus poussée de tous les acteurs, qu'il s'agisse des employés ou des employeurs eux-mêmes qui peuvent et doivent se déplacer au gré d'environnements politiques volatiles, instables, quelquefois même dangereux, le droit du travail occupe par la force des choses une place centrale. Les uns revendiquent des droits, les autres des obligations, et réciproquement, sachant qu'ils devront trouver le moyen de collaborer et de résoudre, bon gré mal gré, les incidents, les accrocs, les accidents et parfois les gros pépins.

Dans le domaine du droit du travail, rien n'est acquis, même dans un ordre juridique tel que celui de la Suisse, pourtant qualifié de relativement stable.

Le but du présent document est double: il s'agit d'une part de sensibiliser les employeurs quant à leurs responsabilités concernant le devoir de protection de l'employé; d'autre part, il s'agit d'offrir des pistes concrètes pour diminuer les risques d'atteintes à la personnalité des employés, en particulier au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de certains tribunaux cantonaux.

Le document a été élaboré de telle sorte qu'il puisse être accessible de manière prioritaire aux cadres, managers et responsables des ressources humaines de toute organisation travaillant avec des individus qui voyagent, qui s'expatrient, changent de domicile, souvent dans un contexte international.

En Suisse, la législation et la jurisprudence relatives au droit du travail ne font que peu de distinctions en fonction des caractéristiques de l'employeur : l'entreprise commerciale, celle à but humanitaire ou l'organisation en charge de journalistes affectés dans des zones dangereuses sera traitée, au regard du droit du travail ou des assurances sociales, peu ou prou, de la même manière.

Au regard du droit suisse, la responsabilité encourue dans le domaine du droit du travail par les organisations d'aide internationale est identique, aussi bien sur le plan légal qu'au regard de la jurisprudence, à celle assumée par tout autre employeur, multinationale, petite ou moyenne entreprise.

Les tribunaux suisses n'hésitent pas, dans le cadre du devoir de protection, à imposer des normes de comportement de plus en plus sévères aux employeurs, y compris à ceux qui poursuivent un but idéal comme dans une affaire jugée en mai 2012 par le Tribunal fédéral<sup>4</sup>.

**En droit suisse, la responsabilité d'un employeur relative au devoir de protection n'est pas liée et ne dépend pas de la structure juridique de la société, ni encore moins du but poursuivi, idéal ou pas, par cette société.**

<sup>4</sup> Voir l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_462/2011 du 9 mai 2012, consid. 5.2, dans lequel il a été jugé qu'une association active dans la tenue du secrétariat d'associations professionnelles devait concevoir et rédiger des règles d'intervention de personnes de confiance hors hiérarchie afin que le personnel puisse faire appel à ces dernières en cas de conflit.



En quelques mots, nous présentons ci-dessous les conclusions principales de l'étude.

### **Le droit applicable**

Avant toutes choses, on doit constater que déterminer le droit applicable à une relation de travail n'est pas aisé, et encore moins dès qu'elle a un caractère international.

Les parties au contrat, à savoir l'employeur ou le travailleur, peuvent convenir, à certaines conditions, d'appliquer certaines règles nationales. Au cas où les parties n'auraient rien décidé, le droit suisse prévoit qu'en principe s'applique le droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail.

En tous les cas, il faut bien relever que l'application du droit étranger ne sera jamais possible si elle devait aboutir à un résultat incompatible avec l'ordre juridique suisse.

### **Le tribunal compétent**

De manière générale, les tribunaux suisses se déclareront compétents en cas d'action en justice intentée au domicile du défendeur ou dans le lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail.

### **Les devoirs d'un employeur découlant du devoir de protection**

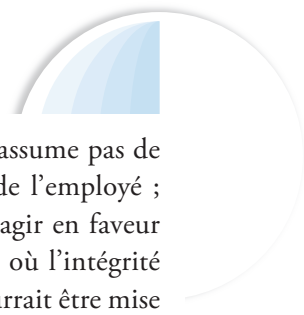
En Suisse, le droit du travail est composé d'un ensemble de règles de droit privé et de droit public. Pour le traitement d'un cas spécifique, l'entier de ces règles doit être examiné.

En cas de travail en dehors de la Suisse, il importe d'être encore plus attentif lorsqu'il s'agit d'examiner les devoirs de l'employeur. Ces derniers, sur la base de l'art. 328 du Code des obligations (CO ; RS 220) qui est la principale norme de référence en droit suisse, se déclinent globalement comme suit :

- devoir d'information ;
- devoir de prévention ;
- devoir de contrôle/de veiller à l'application des règles ;
- devoir d'intervention.

Le mode d'intervention de l'employeur, tout comme son intensité, dépendront d'un ensemble de facteurs (buts de l'organisation, compétences et expérience de l'employé, environnements de travail, connaissances de l'organisation et des autres entreprises engagées dans le même secteur) et devront être jugés à l'aune du principe de la proportionnalité.

Ainsi, plus les risques sont élevés pour l'employé, plus l'intervention de l'employeur devra être résolue et volontaire, voire même envahissante pour l'employé qui devra se conformer aux directives de son employeur.



De manière générale, il faut considérer, certes, qu'un employeur n'assume pas de responsabilité vis-à-vis du conjoint, du partenaire et des enfants de l'employé ; toutefois, il y a des situations dans lesquelles un employeur devra agir en faveur de ces derniers, surtout dans des contextes internationaux délicats où l'intégrité physique ou psychique du conjoint, du partenaire et des enfants pourrait être mise en péril.

Parmi les risques souvent ignorés par les employeurs, méritent aussi d'être cités la responsabilité pour les employés en voyage et l'application, certes partielle, du devoir de protection après la fin des rapports de travail.

En cas de violation du devoir de protection, les employeurs et leurs représentants, surtout leurs organes, doivent assumer différentes sanctions. Au niveau civil, il s'agira principalement de l'indemnisation des dommages et du tort moral. Des sanctions peuvent en plus provenir non seulement des autorités administratives, mais aussi des autorités pénales : il n'est en effet pas rare que, suite à des accidents, des incidents, voire même des situations de harcèlement, les autorités pénales mènent des enquêtes qui peuvent aboutir à des sanctions pénales.

### **Les droits de l'employeur**

C'est principalement au regard de l'art. 321a CO que peuvent être examinés les droits d'un employeur en Suisse. Cet article est le pendant, ou le miroir, de l'art. 328 CO.


Le travailleur doit exécuter avec soin le travail qui lui est confié et sauvegarder fidèlement les intérêts de son employeur. Ce devoir de diligence, comme le devoir de protection de l'employeur, peut et doit se déterminer par le contrat, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction, des connaissances techniques, de la fonction exercée, du niveau de responsabilité, et des objectifs du contrat.

Selon les circonstances, l'employé lui-même est tenu de respecter les mesures qui permettent d'assurer une meilleure sécurité et de réduire les risques encourus, à l'image des mesures prises sur les chantiers. Le non respect de telles mesures peut contraindre un employeur à prendre des sanctions pouvant aller jusqu'au licenciement avec effet immédiat (art. 337 CO).

### **Les conclusions, recommandations et observations**

En conclusion, nous observons que les employeurs assument des responsabilités sans doute plus étendues qu'attendu par certains d'entre eux, en particulier dans des environnements internationaux et lorsque des conjoints et proches sont concernés.

Parmi les recommandations à adresser, il faudra insister sur la prévention dont doit faire preuve tout employeur : il doit obtenir des conseils juridiques, et des informations relatives aux conditions de travail, analyser les environnements opérationnels pour pouvoir aussi bien prendre des mesures à titre préventif que répondre de manière adéquate en cas d'accident ou de pépin. Plus de prévention, c'est aussi, en principe, moins de litige et dès lors moins de procédures judiciaires à mener.



Afin d'améliorer l'efficacité des plans d'actions, ainsi que défendre au mieux ses droits en cas de litige, un employeur devra pouvoir, en tout temps, démontrer qu'il a pris les mesures adéquates, au besoin par une documentation complète et l'élaboration de mesures opportunes.

Enfin, on observera que le devoir de protection est plus qu'un devoir moral ou éthique : il s'agit d'une obligation juridique qui est sans doute la première pierre sur laquelle des responsables d'entreprise pourront bâtir une politique concernant les ressources humaines. Et cette politique se fondera, sans surprise, sur une analyse complète des risques, un choix de mesures à mettre en œuvre et leur suivi, ainsi que la capacité, le cas échéant, à répondre de manière adéquate en cas de réalisation des risques.

Au vu de ces exigences, on comprend mieux l'arrivée, dans le monde des entreprises, d'employés assumant des fonctions HSE (hygiène, santé et environnement).

## I. INTRODUCTION

Le présent document traite, au regard du droit suisse, des règles qui incombent aux employeurs en ce qui concerne la protection des employés, ceci en prenant en particulier en compte les entités actives dans des environnements à hauts risques et dangereux (complexes). Il fait partie du suivi du document édité par SMI en 2011<sup>5</sup> et n'a pas la prétention de présenter de manière complète et exhaustive le devoir de protection.

Les conséquences de la responsabilité assumée par les employeurs sont vastes et vont au-delà de l'aspect strictement juridique : même si ce n'est pas l'objet des lignes qui suivent, il faudra aussi garder en tête que le non respect du devoir de protection a des conséquences supplémentaires tels que la perte de réputation, l'atteinte à la réputation internationale, les effets néfastes sur le moral des équipes et le recrutement du personnel, ou encore la recherche de fonds.

## II. DROIT APPLICABLE EN SUISSE ET COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX

Il doit être précisé d'entrée de cause que nous n'examinerons dans le présent document que les règles suisses applicables aux relations de travail, sans prendre en compte d'autres règles qui, dans un cas d'espèce, pourraient éventuellement s'appliquer en fonction d'éléments d'extranéité. Reste qu'il n'est pas forcément inutile de donner quelques références quant au droit applicable en Suisse et à la compétence des tribunaux suisses en cas de relations de travail se déroulant dans un environnement international.

### 1. Le droit applicable au contrat de travail individuel de travail

La question du droit applicable à un contrat de travail ayant une dimension internationale est très délicate pour les juristes, les ordres juridiques nationaux donnant des réponses partielles, parfois contradictoires et surtout pleines d'incertitudes.

Il s'agit, dans ce cadre, de traiter ce que l'on appelle le conflit de lois : plusieurs lois de pays différents peuvent éventuellement s'appliquer à la relation contractuelle entre un employeur et son employé ; au contraire, il arrive aussi qu'aucune loi ne s'applique, ce qui crée un vide juridique<sup>6</sup>.

La loi fédérale sur le droit international privé (LDIP ; RS 291) constitue en Suisse le texte législatif de référence en la matière. En droit du travail, il faut distinguer la situation si les parties ont convenu du droit applicable ou pas.

<sup>5</sup> Voir la note de bas de page 1.

<sup>6</sup> DONATELLO Giuseppe, *Le droit applicable au contrat de travail*, in Remy Wyler (éd.), *Panorama en droit du travail II*, Stämpfli Editions SA, Berne 2012, pp. 109 ss.



a. Les parties conviennent du droit applicable

Afin d'éviter des abus, et surtout éviter le détournement de l'application du droit suisse, l'autonomie des parties à un contrat de travail est très limitée dès lors qu'il s'agit de décider du droit applicable.

En vertu de l'art. 121 al. 3 LDIP, les parties à un contrat de travail ne peuvent soumettre celui-ci qu'au droit de l'Etat dans lequel :

- le travailleur a sa résidence habituelle<sup>7</sup>,
- l'employeur a son établissement<sup>8</sup>, ou
- l'employeur a son domicile<sup>9</sup>.

Pour exclure toute insécurité quant au droit applicable, il est sans aucun doute préférable que les parties recourent à l'élection de droit, même si l'ordre juridique suisse n'offre qu'une autonomie limitée.

b. Les parties n'ont pas convenu du droit applicable

Lorsque les parties n'ont pas convenu du droit applicable, le droit suisse prévoit qu'en principe s'applique le droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail (art. 121 al. 1 LDIP). Ainsi, il ne suffit pas que le travailleur effectue de temps en temps le travail dans un autre Etat pour que le droit de ce dernier Etat s'applique<sup>10</sup>.

Si le travailleur accomplit habituellement son travail dans plusieurs Etats, le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat de l'établissement ou, à défaut d'établissement, du domicile ou de la résidence habituelle de l'employeur (art. 121 al. 2 LDIP)<sup>11</sup>. Toutefois, dans des cas exceptionnels, l'art. 117 LDIP pourrait faire obstacle à l'application de l'art. 121 LDIP : en effet, il est prévu à l'art. 117 al. 1 LDIP qu'à défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits.

Au vu des règles mentionnées ci-dessus, nous sommes d'avis, même si cela est contredit par certains<sup>12</sup>, qu'il se justifie d'appliquer les dispositions du droit suisse relatives à la protection de la santé aussi en cas de travail à l'étranger et ceci à deux conditions : le travailleur a son domicile en Suisse et l'employeur a son siège en Suisse. Il y aurait ainsi pour ce travailleur l'assurance d'avoir une protection minimale telle que comprise en Suisse.

Il mérite d'être rappelé que l'application du droit étranger, si elle devait aboutir à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse, pourra être écartée (art. 17 LDIP).

<sup>7</sup> Selon l'art. 20 al. 1 let. b LDIP, une personne physique a sa résidence habituelle dans l'Etat dans lequel elle vit pendant une certaine durée, même si cette durée est de prime abord limitée.

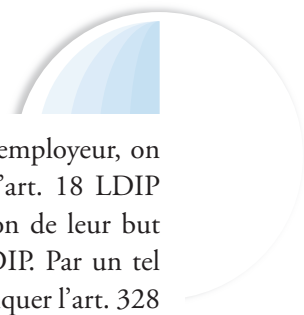
<sup>8</sup> Selon l'art. 21 al. 4 LDIP, l'établissement d'une société se trouve dans l'Etat dans lequel se trouve son siège ou dans un Etat dans lequel se trouve une de ses succursales.

<sup>9</sup> Pour les sociétés, le siège est réputé se trouver au lieu désigné dans les statuts ou dans le contrat de société (art. 21 al. 2 LDIP).

<sup>10</sup> GEISER Thomas (Lüthi Jean-Jacques), *art. 1 in* : Thomas Geiser, Andrian von Kaenel, Rémy Wyler (éd.), *Commentaire de la Loi sur le Travail*, Stämpfli Editions SA, Berne, 2005, pp. 26 ss., spec. pp. 33 ss. au sujet de l'alinéa 3.

<sup>11</sup> Pour un récent cas d'application par le Tribunal fédéral de cette règle, voir l'arrêt 4A/559/2008 du 12 mars 2009, lettre A.a.

<sup>12</sup> GEISER Thomas, *op. cit.*, notes ad art. 1, pp. 39 ss.



En tous les cas, en cas de violation du devoir de protection par un employeur, on peut aussi attendre d'un tribunal suisse qu'il fasse application de l'art. 18 LDIP qui réserve les dispositions impératives du droit suisse qui, en raison de leur but particulier, sont applicables quel que soit le droit désigné par la LDIP. Par un tel biais, il y a ainsi toujours la possibilité, pour un tribunal suisse, d'appliquer l'art. 328 CO qui est justement une disposition qualifiée de «semi-impérative» : il ne peut y être dérogé au détriment de l'employé.

## 2. Le tribunal compétent

Tout aussi délicate que la question du droit applicable est la désignation du tribunal compétent lorsque les relations de travail se sont déroulées dans un environnement international.

Selon l'art. 115 al. 1 LDIP, les tribunaux suisses du domicile du défendeur ou du lieu dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail sont compétents pour connaître des actions relatives au contrat de travail.

Le travailleur peut même porter son action au for de son domicile ou de sa résidence habituelle en Suisse (art. 115 al. 2 LDIP).

L'application de la LDIP, et notamment des règles de l'art. 115 LDIP, peuvent toutefois être écartées au profit de conventions internationales ratifiées par la Suisse, comme la Convention de Lugano<sup>13</sup> ou les Accords bilatéraux passés avec l'Union européenne.

---

<sup>13</sup> RS 0275.12.



### III. DEVOIRS D'UN EMPLOYEUR AU REGARD DU DEVOIR DE PROTECTION

Le devoir de protection, tel que nous l'entendons dans le présent document, présume que les personnes physiques et les organisations ont des obligations légales leur imposant d'agir envers autrui avec prudence et vigilance afin d'éviter tous risques de dommages prévisibles.

Avant de traiter spécifiquement des éléments découlant de ce devoir, il importe de présenter sommairement les règles applicables selon le droit suisse aux rapports de travail.

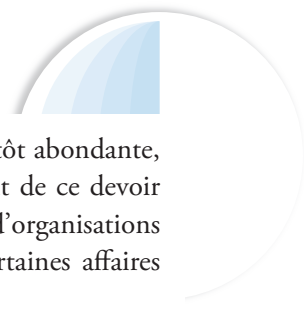
#### 1. Le droit du travail en Suisse

Le droit du travail en Suisse est traité par un ensemble de règles qui appartiennent au droit privé et au droit public parmi lesquelles on distingue :

- le droit privé du travail, à savoir avant tout les art. 319 à 362 CO. Toute modification du CO fait l'objet d'un message du Conseil fédéral ou d'autres rapports, documents forts utiles dès qu'il s'agit de procéder à l'analyse de ces normes;
- le droit collectif du travail : c'est un droit particulièrement important en Suisse. Pour le connaître, il faut s'en référer principalement aux art. 356 à 358 CO, à la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail et aux conventions collectives de travail passées entre représentants des organisations syndicales et patronales;
- le droit public du travail (avant tout protection de la santé) : dans ce domaine, on trouve un ensemble de lois, d'ordonnances et de directives qui ont pour but d'assurer la protection de la santé ou d'empêcher des distorsions de la concurrence. Parmi les dizaines ou centaines de textes concernés, nous n'en relèverons que les principaux, à savoir:
  - la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr ; RS 822.11) et ses ordonnances;
  - la loi sur l'égalité (LEg ; RS 151.1);
  - les lois d'assurances sociales (par exemple la loi sur l'assurance-accidents, LAA ; RS 832.20).

En ce qui concerne la question spécifique du devoir de protection, on verra que ces distinctions entre droit privé et droit public, essentielles dès qu'il s'agit de traiter de questions telles que les cotisations sociales ou les prestations en cas de maladie ou d'accident de travailleur, n'ont finalement que peu d'impacts pratiques, surtout depuis que le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 328 CO<sup>14</sup> peut être compris comme une concrétisation de certaines normes de droit public.

<sup>14</sup> ATF 132 III 257 (c.5)



Si la jurisprudence relative au devoir de protection est en Suisse plutôt abondante, il n'y a pas à notre connaissance de décision traitant spécifiquement de ce devoir dans le cadre des relations de travail au sein de multinationales ou d'organisations humanitaires engagées au niveau international, et cela même si certaines affaires judiciaires concernent des contextes internationaux.

De manière très schématique, on connaît dans un cadre international les situations suivantes dans le monde du travail :

- le détachement: le salarié est détaché à l'étranger pour une courte durée. Son contrat de travail initial est maintenu, mais il fait l'objet d'un avenant;
- l'expatriation: le salarié part à l'étranger pour une durée assez longue. Son contrat de travail peut éventuellement être suspendu, un nouveau contrat étant alors conclu avec la filiale du pays d'accueil ;
- le contrat local: le salarié est envoyé à l'étranger pour une durée indéterminée. Son contrat de travail d'origine est rompu par la maison mère. Le travailleur conclut alors un contrat de travail directement avec la filiale du pays d'accueil et n'aurait, provisoirement, plus de liens contractuels avec la maison mère ;
- le voyage d'affaires ou la mission à l'étranger : le salarié doit se déplacer à l'étranger, pour une période limitée, parfois de manière très régulière, pour y accomplir une tâche qui découle de son contrat de travail.

Quel que soit le droit applicable, il importe pour tout employeur de mettre un accent tout particulier sur la santé physique et psychique de leurs collaborateurs: en effet, en plus des atteintes courantes telles que le *burn-out* ou la dépression, les collaborateurs de ces organisations peuvent être encore davantage exposés, à cause de leur environnement de travail, à d'autres atteintes physiques (délinquance commune, prise d'otages, risques de guerre ou encore accidents de circulation routière) et psychiques (syndrome de stress post-traumatique notamment<sup>15</sup>).


## 2. L'art. 328 CO

Lorsqu'il s'agit d'examiner le devoir de protection d'un employeur, la norme fondamentale du droit suisse est sans conteste l'art. 328 CO.

Exprimant les devoirs de l'employeur en termes très généraux, elle offre une grande marge de manœuvre à toutes les parties concernées, aux employeurs et employés

<sup>15</sup> Le syndrome de stress post-traumatique (SSPT) désigne un type de trouble anxieux sévère qui se manifeste à la suite d'une expérience vécue comme traumatisante. Le trouble de stress post-traumatique est une réaction psychologique consécutive à une situation durant laquelle l'intégrité physique et/ou psychologique du patient et/ou de son entourage a été menacée et/ou effectivement atteinte (notamment accident grave, mort violente, viol, agression, maladie grave, guerre, attentat). La réaction immédiate à l'événement aura été traduite par une peur intense, par un sentiment d'impuissance ou par un sentiment d'horreur. Le SSPT survient parfois à la suite de la réaction aiguë de stress à la situation anxiogène mais il peut aussi apparaître beaucoup plus tard (après plusieurs semaines, ou plusieurs mois). Si un terrain psychologique ou psychiatrique fragile (dépression, anxiété, ...) peut augmenter le risque de développer un SSPT, une expérience traumatisante peut, à elle seule, faire apparaître un SSPT chez des personnes ne présentant aucun antécédent (voir définition tirée de Wikipedia, le 23 avril 2012, à 20.30 h. sous l'adresse suivante : [http://fr.wikipedia.org/wiki/Trouble\\_de\\_stress\\_post-traumatique](http://fr.wikipedia.org/wiki/Trouble_de_stress_post-traumatique)).





bien sûr, mais aux juges aussi. Ces derniers peuvent en certaines occasions prendre des décisions surprenantes lorsqu'il s'agit de traiter du devoir d'information, de devoir de prévention, du devoir de contrôle ou de devoir d'intervention. Certes, l'application du principe de la proportionnalité a permis de n'exiger des employeurs que ce qui est « économiquement supportable » pour les entreprises ; mais le jour où l'employé est accidenté par une machine, ou pris en otage, avec les conséquences peut-être fatales que l'on connaît, on constate que l'interprétation de cette notion de proportionnalité se fait plus volontiers au détriment de l'employeur qui ne peut simplement s'en référer au destin, à sa bonne foi ou aux risques inhérents à son entreprise.

L'art. 328 CO est un article dit « semi-impératif » en droit suisse, c'est-à-dire qu'il ne peut lui être dérogé au détriment du travailleur (art. 362 CO). Il représente l'essence de la protection que doit tout employeur à ses collaborateurs dans les termes suivants:

1. L'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. En particulier, il veille à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes.
2. Il prend, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui.

Ce devoir de protection, qui, comme indiqué précédemment, est le corollaire du devoir de fidélité de l'employé (art. 321a CO), a un caractère très général et a dû être concrétisé par les tribunaux. L'employeur devra, au gré des circonstances, prendre des mesures (mesures préventives ou de soutien) ou s'abstenir de prendre des mesures (limites au pouvoir de donner des instructions qui iraient à l'encontre du devoir de protection de la santé) afin de protéger la personnalité de ses collaborateurs.

Obligation est ainsi faite à l'employeur qu'il n'y ait pas d'atteintes de la part d'organes de la société, de supérieurs, d'autres membres du personnel<sup>16</sup>, voire même de tiers comme des mandataires externes<sup>17</sup>, des fournisseurs ou encore des clients<sup>18</sup>.

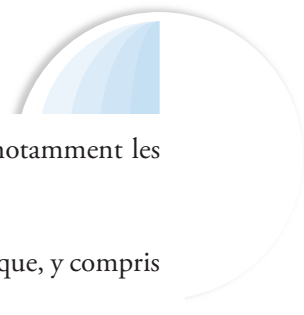
Ainsi, il est du devoir d'un employeur de prendre, dans les régions du monde qui connaissent les prises d'otages ou des taux élevés d'homicides violents, les mesures qui s'imposent pour préserver les employés contre de telles atteintes à l'intégrité.

L'art. 328 CO n'impose aucune obligation de résultat au sens où l'entendent les juristes: l'employeur doit ainsi prioritairement assumer une **obligation de moyens** afin de ne pas devoir répondre des dommages causés.

<sup>16</sup> ATF 127 III 351 consid. 4b = JT 2001 I 369.

<sup>17</sup> THÉVENOZ Luc, N 7 ad art. 101 CO, CR-CO I, Hebling & Lichtenhahn, Bâle, 2003.

<sup>18</sup> SUBILIA Olivier / DUC Jean-Louis, Droit du travail, éléments de droit suisse, Editions BIS & TER SNC, Lausanne, 2010, pp. 313 ss.



La protection de la personnalité au sens de l'art. 328 CO englobe notamment les aspects suivants<sup>19</sup> :

- la protection de la santé en général, aussi bien physique que psychique, y compris un devoir de prévention par rapport à l'environnement de travail;
- la préservation de l'honneur personnel et professionnel;
- un devoir d'aide et d'assistance de l'employeur, par exemple en cas de conflits interpersonnels au sein de l'entreprise;
- l'interdiction du harcèlement psychologique et du harcèlement sexuel;
- la protection de la sphère privée;
- l'égalité de traitement.

L'art. 328 CO a donc une portée très générale qui va au-delà de ce qu'on entend par devoir de protection dans d'autres ordres juridiques.

L'étendue de la protection effective offerte par l'art. 328 CO doit cependant être examinée de cas en cas au regard notamment de l'environnement de travail et des risques connus, ainsi que de l'expérience et des connaissances du travailleur.

### 3. La LTr et ses ordonnances, ainsi que le droit des assurances sociales


La Loi sur le travail, une loi de droit public, s'applique à la vaste majorité des employeurs et employés suisses.

La question de savoir si elle s'applique aux travailleurs d'entreprises suisses qui sont engagés à l'étranger est encore ouverte. Cette incertitude vaut aussi pour l'Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail (OLT 3 ; RS 822.113) qui fixe les mesures que l'employeur doit prendre afin d'éviter toute atteinte à la santé physique et psychique des travailleurs.

L'art. 2 al. 1 OLT 3 prévoit notamment que l'employeur doit faire en sorte que :

- a. en matière d'ergonomie et d'hygiène, les conditions de travail soient bonnes ;
- b. la santé ne subisse pas d'atteintes dues à des influences physiques, chimiques ou biologiques ;
- c. des efforts excessifs ou trop répétitifs soient évités ;
- d. le travail soit organisé d'une façon appropriée.

<sup>19</sup> CARRUZZO Philippe, *Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations*, Schulthess Editions Romandes, Zurich/Bâle/Genève, 2009, pp. 273 ss. ; SCHEIDEGGER Hans-Ulrich / PITTELOUD Christine, art. 6, in : Thomas Geiser, Andrian von Kaenel, Rémy Wyler (éd.), *Commentaire de la Loi sur le Travail*, Stämpfli Editions SA, Berne, 2005, pp. 111 ss.



A propos de l'art. 6 LTr<sup>20</sup>, dont le contenu est très proche de l'art. 328 CO, une partie de la doctrine s'accorde à dire qu'il doit être interprété de manière identique à ce dernier<sup>21</sup>. Il y aurait ainsi un concept unifié d'obligation de sécurité applicable aussi bien au droit privé qu'au droit public.

Les tribunaux n'hésitent pas à incorporer des règles de droit public dans l'art. 328 CO : le droit public fait ainsi partie des rapports de droit privé auxquels il est incorporé, ce qui rend souvent artificielle cette distinction entre droit privé et droit public.

L'art. 6 LTr permet, contrairement à l'art. 328 CO, au travailleur de s'adresser à l'autorité d'exécution de la loi qui, si elle constate que la santé d'un ou de plusieurs travailleurs est insuffisamment protégée, pourra demander à l'entreprise concernée de prendre les mesures requises. Le travailleur, lorsqu'il est sous contrat, n'a pas à intervenir personnellement pour vérifier l'application de 328 CO.

L'art. 6 LTr offre une compétence d'intervention aux autorités cantonales de surveillance, compétence qui n'est pas offerte par l'art. 328 CO.

#### 4. Ce que comprend le devoir de protection en droit suisse

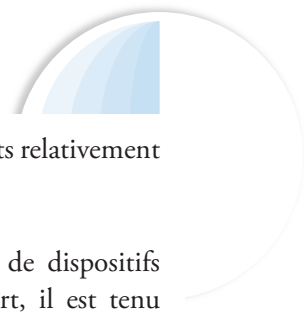
En vertu du devoir de protection, il est généralement reconnu, quelles que soient les normes applicables, qu'il incombe à l'employeur de préserver la vie, la santé et l'intégrité personnelle des travailleurs. Plus concrètement, cela signifie que l'employeur a :

- un devoir d'information : l'employeur doit informer le travailleur des risques inhabituels que celui-ci ne connaît pas et des mesures à prendre pour les éviter. L'étendue du devoir d'information est variable de cas en cas. Elle dépendra concrètement de l'environnement de travail, du type de risque encouru, de l'expérience du travailleur, de ses connaissances et des objectifs poursuivis. Ainsi, par exemple, on peut considérer qu'un travailleur en partance pour une action humanitaire à Haïti après le tremblement de terre et le séisme de 2010 devra recevoir davantage d'informations sur la situation dans le pays, les conditions de sécurité, les offres pour les soins médicaux que le travailleur s'appretant à s'établir à Singapour en 2011. De manière très pragmatique, il est conseillé à tout employeur ayant pris soin de bien informer ses employés pour des missions à l'étranger de signer ou faire signer une déclaration de la part du travailleur attestant qu'il a reçu toutes explications idoines sur la situation dans le pays d'expatriation et qu'il a pu poser, à des personnes compétentes et expérimentées, toutes les questions relatives à la sécurité, aux conditions de vie sur place, à l'infrastructure de santé et plus généralement aux risques liés à la santé.
- un devoir de prévention : l'employeur doit anticiper les accidents et agir en conséquence. Il a par conséquent un devoir de prévenir les accidents, ceci en fonction de ce qui peut être envisagé selon le cours ordinaire des choses, eu égard à l'inattention, voire l'imprudence de l'employé. L'employeur doit donc anticiper<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Voir annexe 2.

<sup>21</sup> SCHEIDEGGER Hans-Ulrich / PITTELOUD Christine, *op. cit.*, p. 126.

<sup>22</sup> ATF 112 II 138.



Voilà déjà plus de quarante ans que le Tribunal fédéral avait eu ces mots relativement exigeants pour un employeur :

« (...) il doit munir les installations et les machines dangereuses de dispositifs de sécurité adéquats selon l'état de la technique (...). D'autre part, il est tenu d'instruire les employés des risques auxquels ils sont exposés et de leur prescrire le comportement à adopter pour les éviter. La nature et l'étendue des précautions qui incombent à l'employeur sont déterminées dans une large mesure par la personne de l'employé, sa formation, ses capacités.»<sup>23</sup>

L'obligation de sécurité comprend la prévention de tout accident qui n'est pas dû au comportement imprévisible, constitutif d'une faute grave de la victime. Ainsi, il y a plusieurs années, le Tribunal fédéral, dans une affaire tragique, a jugé fautif le comportement d'un propriétaire de villa qui a ordonné d'épousseter les armes se trouvant dans son salon sans avertir les employés qu'un des pistolets était chargé, ce qui a finalement causé une invalidité chez un employé après qu'un coup de feu partit inopinément<sup>24</sup>.

Par analogie, on peut considérer aujourd'hui qu'un employeur engagé dans des contextes internationaux délicats et sensibles doit anticiper les éventuelles prises d'otages dont peuvent être victimes ses employés. Certes, pour des raisons bien compréhensibles, l'employeur pourra garder une certaine discrétion à ce propos : cela ne l'empêchera cependant pas d'anticiper et de traiter de telles situations comportant des risques élevés.

L'existence, ou pas, de directives dans l'entreprise à propos de la manière d'agir ou de réagir en cas de problème de sécurité joue souvent un rôle très important auprès de juges chargés d'examiner les causes d'un accident<sup>25</sup>. L'absence de directives, ou la mise en œuvre de directives peu conformes aux exigences en la matière, pourrait être comprise comme le fruit d'une négligence ou d'un déni de la réalité de la part de l'employeur.


- Un devoir de contrôle / de veiller à l'application des règles relatives au devoir de protection: même si l'employeur a instruit correctement l'employé quant au respect de certaines règles, il doit s'assurer, par un contrôle régulier, de l'application des règles communiquées. Un employeur doit intervenir et corriger les comportements inadéquats. Faute de contrôle, il peut en porter la responsabilité. A titre d'exemple, un employeur a été condamné pour avoir toléré le comportement d'un employé qui ne portait pas de lunettes de protection et qui a perdu un œil suite à cette négligence<sup>26</sup>.
- Un devoir d'intervention : en vertu de l'art. 321d CO l'employeur a la faculté d'édicter des directives en vue de d'assurer la protection de la santé et la prévention des accidents. Dans ce cadre, l'employeur devra cependant agir de manière compatible avec les exigences de l'art. 328 CO.

<sup>23</sup> ATF 95 II 132 consid. 1.

<sup>24</sup> ATF 112 II 138.

<sup>25</sup> A titre d'exemple : arrêt du Tribunal fédéral 4A\_132/2010 du 5 mai 2011.

<sup>26</sup> ATF 102 II 18.



Ces directives et instructions particulières de l'employeur ne peuvent en principe interférer avec la vie des travailleurs en dehors de leurs heures de travail, certains auteurs niant à l'employeur le droit d'émettre de telles directives sur la conduite des travailleurs en dehors de l'entreprise<sup>27</sup>.

Il importe, dans ce cadre encore davantage que pour les périodes de travail, d'agir avec doigté : il faut de manière impérative respecter les droits constitutionnels et les droits impératifs des employés.

Selon les situations, il importe d'adopter quelques ajustements en fonction des besoins et de la nature des entreprises. Ainsi, des exceptions doivent ici être formulées pour les « entreprises de tendance » (Tendenzbetriebe ou entreprise à but idéal qui exerce des activités à caractère spirituel ou politique). Dans un arrêt de référence<sup>28</sup>, le Tribunal fédéral a reconnu que la personne qui conclut un contrat avec une telle entreprise accepte un devoir de fidélité plus exigeant, ce qui signifie que même en dehors de son activité professionnelle, elle doit éviter tout comportement qui pourrait nuire à l'image souhaitée de l'entreprise. Il y a, en de telles circonstances, un devoir de fidélité accru (art. 321a CO) qui légitime, en quelque sorte, certaines injonctions de l'employeur pour le comportement de l'employé durant son temps libre. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a jugé qu'un syndicat de travailleurs, ayant de fortes affinités de gauche, pouvait légitimement licencier un de ses cadres qui entretient des liens étroits avec des mouvements politiques réputés de droite<sup>29</sup>.

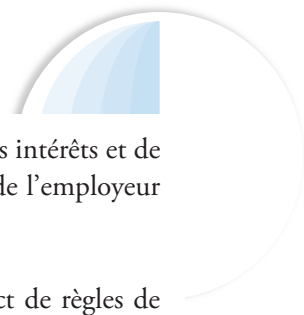
A notre avis, une autre exception peut aussi justifier des directives de l'employeur interférant avec la vie des travailleurs en dehors des heures de travail lorsque les conflits d'intérêts ou l'environnement de travail impose le respect de certaines règles de comportement en vue d'offrir des garanties de sécurité en faveur d'un employeur ou des travailleurs eux-mêmes. On sait que dans certains contextes très tendus (conflits armés, régions avec forte délinquance commune) des règles de comportement (ou règles de sécurité) ont pour objectif de rendre prévisible le comportement de certaines organisations et de leurs employés, ceci afin de garantir une meilleure sécurité face à la délinquance commune.

Pour ces raisons, le respect de règles de sortie, y compris pour les heures en dehors du temps de travail, avec des limitations temporelles ou géographiques peut avoir pour effet de sensiblement réduire les risques d'atteintes à l'intégrité physique (attaques, blessures, meurtres, prises d'otage, etc.) ou psychique. Le respect de telles règles peut s'avérer crucial ou même vital en certaines circonstances. On pense par exemple à des employés qui ne vont dans de telles régions instables que pour des raisons professionnelles, comme c'est le cas par exemple de certains travailleurs occupés dans l'extraction de pétrole, l'exploitation de gisements miniers ou les conflits armés (sociétés de sécurité, humanitaires).

<sup>27</sup> BRUNNER Christiane / BÜHLER Jean-Michel / WAEBER Jean-Bernard / BRUCHEZ Christian, N1 ad art. 321d CO in: Commentaire du contrat de travail, Editions Réalités sociales, Lausanne, 2004, p. 72.

<sup>28</sup> ATF 130 III 699 consid. 4.1.

<sup>29</sup> ATF 130 III 699 consid. 4.2.



Au final, nous l'aurons compris : il s'agira de procéder à une pesée des intérêts et de décider de cas en cas si les interventions, ou les non interventions, de l'employeur sont tolérables<sup>30</sup>.

A notre sens, l'employeur peut sans autre sanctionner le non respect de règles de sécurité par un avertissement ou même, dans un cas grave, par un licenciement avec effet immédiat (application de l'art. 337 CO).

Par un non respect de règles de sécurité, le travailleur met en effet non seulement sa propre intégrité en péril – une intégrité que l'employeur est censé protéger-, mais aussi celle de ses collègues, de ses supérieurs ou même celle de son employeur. Ce dernier n'aura donc peut-être d'autre choix, en vertu des obligations qui lui incombent, que de sanctionner aussi clairement que possible un comportement (potentiellement) dangereux.

## 5. Le principe de proportionnalité<sup>31</sup>

Le principe de proportionnalité joue un rôle essentiel dans le cadre de l'application du devoir de protection. Tout un chacun comprend aisément qu'un employeur ne peut être déclaré responsable de tout accident ou toute maladie dont serait victime ses employés. D'un autre côté, en particulier en cas de forte probabilité de survenance d'un sinistre, comme dans le cas de l'amiante ou du risque de guerre pour une organisation engagée dans les conflits armés, il est aujourd'hui attendu d'un employeur qu'il prenne des dispositions et des mesures très incisives afin d'éviter, autant que faire se peut, un accident ou une maladie. La frontière entre l'intervention et la non intervention n'est donc pas clairement définie et pourra varier au gré du temps, de l'environnement de travail, de la situation économique, de la fréquence et de la gravité des risques encourus, des prédispositions et de l'expérience des travailleurs concernés.

Appliquant le principe de la proportionnalité, le Tribunal fédéral a plusieurs fois précisé que les mesures à prendre doivent être économiquement supportables pour l'entreprise et le rapport entre leur utilité et leur coût doit être raisonnable par rapport à leur efficacité. Ainsi, si des mesures peu coûteuses permettent d'éviter un accident qui a peu de probabilité de se produire, elles doivent être prises<sup>32</sup>.

Pour savoir si un employeur a respecté ses obligations en matière de protection de la santé, il ne faut pas se contenter de s'en référer aux connaissances de l'entreprise concernée, mais aussi prendre en compte la manière de travailler<sup>33</sup>, les expériences générales d'autres entreprises du même secteur ainsi que les avancées de la science et de la pratique des autorités administratives<sup>34</sup>.


<sup>30</sup> DANTHE Marie-Gisèle, *Les limites de l'art. 328 CO au droit de donner des directives et de contrôler l'activité du travailleur* in : Rémy Wyler (éd.), *Panorama en droit du travail*, Stämpfli Editions SA, Berne 2012, pp. 163 ss., spéc. pp. 166 à 168.

<sup>31</sup> PETERMANN Frank, ARV/DTA, 1/2005, pp. 1 ss; CARRUZZO Philippe, *op. cit.*, p. 279.

<sup>32</sup> ATF 110 II 163.

<sup>33</sup> ATF 57 II 165.

<sup>34</sup> ZK, art. 328, N. 18, p. 383.



Voilà déjà plusieurs années que le Tribunal fédéral a rappelé qu'il importait peu de savoir si l'employeur avait connaissance des mesures qu'il aurait fallu prendre pour éviter l'accident : l'employeur peut être déclaré responsable en cas d'accident même s'il ne connaissait pas les mesures à prendre, mais qu'il aurait dû les connaître<sup>35</sup>. Aussi, n'est-on pas étonné de lire ceci dans un arrêt du Tribunal fédéral en 1996: « Sous réserve d'une faute grossière de sa part, l'employé n'a pas à supporter les risques d'exploitation inhérents à l'emploi de machines dont profite l'employeur »<sup>36</sup>.

Faut-il, lors de l'examen du principe de proportionnalité, prendre en compte le but lucratif ou pas de l'entreprise ? Certes, en certaines occasions le Tribunal fédéral a mis en exergue le fait que l'intégrité corporelle du travailleur ne saurait être sacrifiée au confort et au désir de l'employeur de réaliser un gain plus élevé<sup>37</sup>; néanmoins, on voit mal le Tribunal fédéral disculper une ONG qui aurait installé des machines aussi défectueuses que celles ayant blessé un employé dans une entreprise commerciale, ceci pour le motif que l'ONG n'aurait pas de but lucratif<sup>38</sup>. L'employeur assume a priori le même devoir de protection, qu'il s'agisse d'un travail sur une plateforme pétrolière ou d'une activité sociale en faveur d'une catégorie de personnes défavorisées.

## 6. Le cas particulier du conjoint, du partenaire et des enfants du travailleur

### 1° Situation générale

En général, un employeur n'a pas d'obligation particulière à assumer en faveur du conjoint/partenaire et des enfants du travailleur, car il n'y a pas de relation contractuelle directe entre l'employeur et les conjoints/partenaires ou enfants: le contrat de travail ne lie que l'employeur et le travailleur.

Reste que d'une manière ou d'une autre, en cas de coup dur, par exemple de nécessité d'évacuer des travailleurs d'une région devenue trop instable et dangereuse, l'employeur sera confronté à un dilemme qui n'est pas que moral: que faire avec les proches du travailleur, conjoint, partenaire et enfants qui l'ont accompagné?

Il est fréquent, dans de telles circonstances, que les employeurs traitent spontanément les proches comme le travailleur. Il en irait d'un devoir moral, d'une application d'un code éthique : un employeur ne pourrait pas, ou ne devrait pas se contenter d'évacuer son collaborateur et de laisser sur place les proches de ce dernier.

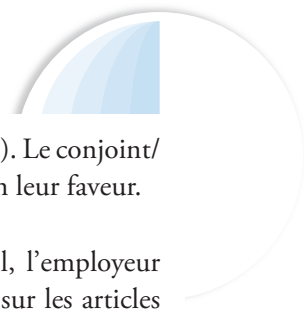
Légalement, quelles sont les obligations de l'employeur dans une telle situation? A vrai dire, la question n'a pas beaucoup occupé les juristes et encore moins les juges. Deux solutions peuvent a priori s'imposer: traiter la question dans le contrat de travail ou appliquer les principes généraux du droit. Ainsi, un employeur peut très bien prendre, contractuellement, des engagements pour les proches dans le contrat

<sup>35</sup> ATF 72 II 317, 57 II 65, cités dans ZK, ad 328, N. 18, p. 383.

<sup>36</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 27 septembre 1996, reproduit dans RFJ 1997, pp. 240 ss.

<sup>37</sup> Voir l'ATF 102 II 18 : le même raisonnement pourrait s'appliquer à nombre d'autres décisions du Tribunal fédéral comme celle ayant amené le Tribunal fédéral à condamner Aluminium Suisse S.A. en 1984 (ATF 110 II 163).

<sup>38</sup> ATF 90 II 227.



de travail, ceci en application de l'art. 112 CO (stipulation pour autrui). Le conjoint/partenaire et les enfants pourraient en tirer, directement, des droits en leur faveur.

De manière générale, si rien n'a été réglé dans le contrat de travail, l'employeur n'assumerait qu'une responsabilité limitée et fondée principalement sur les articles 41 CO et 27 et 28 du Code civil suisse (CC ; RS 210). Il s'agit de la responsabilité extra-contractuelle et de la protection de la personnalité que doivent assumer, dans leurs rapports, toutes les personnes qui n'ont pas passé de contrat entre elles.

L'obligation de l'employeur en faveur des proches peut aussi être tirée de l'art. 328 CO. Le travailleur qui devrait vivre une situation dans laquelle son employeur refuse d'intervenir pour ses proches, en cas d'évacuation par exemple, pourrait ressentir cette situation comme traumatisante, ce qui correspondrait à une atteinte lourde à son intégrité. Un tel comportement de l'employeur peut aussi provoquer des séquelles psychologiques à l'employé, ce dont l'employeur pourrait être déclaré responsable au regard du contrat.

#### 2° Situation en cas de détachement, d'expatriation ou de contrat local

En cas de détachement, d'expatriation ou de contrat local, il est fréquent que l'employé soit accompagné par un conjoint ou des enfants. De son côté, l'employeur a intérêt à rendre les conditions de séjour en dehors de celles prévalant auprès de la maison-mère aussi attractives que possibles afin que de nombreux employés se mettent à disposition pour travailler en dehors de leur lieu habituel de travail.

Concrètement, les devoirs que doit assumer un employeur en faveur des proches en de telles circonstances ne sont pas clairement établis.


A propos de la sécurité, on ne pourra décemment accepter qu'un employeur assume à l'égard des proches de l'employé moins de responsabilité que pour l'employé lui-même. A titre d'exemple, si un employé doit être évacué à cause de la situation sécuritaire tendue dans le pays où il est affecté, on voit mal que l'employeur refuse de mettre à disposition des moyens en vue d'évacuer aussi le conjoint/partenaire et les enfants. Par conséquent, plus la situation sécuritaire est tendue, plus l'employeur devra assumer de « responsabilité de type contractuel » en faveur des proches.

Par analogie avec l'obligation de fidélité de l'employé (art. 321a CO), qui vaut de manière accrue pour les cadres<sup>39</sup>, on doit considérer, en cas de détachement ou d'expatriation, que le devoir de protection de l'employeur est plus étendu que dans une situation normale : aussi, l'employeur ne peut faire abstraction, en certaines circonstances, de la situation personnelle de l'employé et de ses proches. L'employeur devra être très attentif non seulement à l'intégrité physique et psychique du travailleur, mais aussi à la santé et à la personnalité de ses proches. Cette extension du devoir de protection sera d'autant plus marquée que l'employeur connaissait la situation personnelle de son employé, avait accepté la présence du conjoint/partenaire et des

---

<sup>39</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_558/2009 du 5 mars 2010 qui reprend la jurisprudence ATF 104 II 28 ainsi que STAEHLIN Adrian, no 8 ad 321a CO in : ZK, Zürich, 2006 ; PORTMANIN Wolfgang, no 14 ad 321a CO in : BSK, Bâle, 2011. A ce propos encore, voir aussi ATF 130 III 28 qui traite du comportement des cadres qui doit être apprécié avec une rigueur accrue en raison du crédit particulier et de la responsabilité que leur confère leur fonction dans l'entreprise.





enfants sur le lieu de travail en dehors de la maison-mère et avait exigé de son employé le respect de certaines règles de sécurité dans le lieu de travail.

Il y a quelques années, le Tribunal fédéral avait ainsi jugé que sont déterminantes la gravité du danger et la facilité avec laquelle il peut être maîtrisé: les obligations de l'employeur s'apprécieront plus sévèrement si le risque est grave et s'il est possible de remédier aux dits risques sans grands frais.

Concrètement, de la part d'un employeur est exigée la mise à disposition de son employé détaché ou expatrié d'un lieu de travail et de vie sûr, et ceci avec des conditions de sécurité garanties pour le travailleur, évidemment, mais aussi pour l'ensemble des proches qui l'accompagnent.

## 7. Le cas du « travailleur voyageur »

Le cas du travailleur qui doit se déplacer dans un autre pays pour y accomplir certaines tâches est très fréquent. Ces « travailleurs voyageurs », qui ne sont pas toujours expérimentés, n'ont pas toujours voulu ou pu bien se préparer et ne sont pas nécessairement étroitement suivis de la part de leur maison-mère. C'est à l'évidence une population de travailleurs à risque pour laquelle les employeurs assument, souvent sans en être conscients, une responsabilité aussi grande que pour des expatriés.

## 8. Le devoir de protection après la fin des rapports de travail

Le devoir de protection de l'employeur ne s'arrête pas le dernier jour du délai de résiliation. Même si le fondement légal de cette obligation n'est pas clairement défini, il n'en demeure pas moins que l'art. 328 CO s'applique « dans une certaine mesure », comme l'a exprimé le Tribunal fédéral<sup>40</sup>.

Parmi ces obligations résiduelles subsistant au terme de la date de résiliation, il y a un devoir de réserve de l'employeur dans le domaine de la communication externe<sup>41</sup>.

Lorsque l'employeur sait que la santé de ses collaborateurs a été mise en danger lors des rapports de travail, il est raisonnablement attendu de sa part qu'il les informe et peut-être, en cas de besoin, fasse procéder à un examen médical. Il y a plus de 30 ans, le Tribunal fédéral s'était refusé toutefois d'étendre de la sorte le devoir de protection de l'employeur<sup>42</sup>. On peut comprendre la prudence de notre plus Haute Cour qui a choisi d'appliquer les règles de droit des contrats avec rigueur, sachant que la prévisibilité est l'un des atouts essentiels d'un système juridique. Une telle position pourrait toutefois, au regard de certaines circonstances, être perçue comme trop rigide et à la limite du supportable.

<sup>40</sup> BETTEX Christian, *L'application temporelle de l'art. 328 CO in* : Rémy Wyler (éd.), *Panorama II du droit du travail*, Stämpfli Editions SA, Berne, 2012, pp. 57 à 66 qui propose, au terme des rapports de travail, l'application de l'art. 28 CC plutôt que l'art. 328 CO.

<sup>41</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4C.379/2002 du 22 avril 2003 et ATF 130 III 699 ss.

<sup>42</sup> ATF 106 II 134 consid. 3.

## 9. Synthèse sur l'application concrète du principe de protection

Au final, et pour le dire en quelques mots, voici les quatre critères qui doivent à nos yeux être examinés par un employeur soucieux de prendre les mesures correspondant aux exigences de l'art. 328 CO:

- a) les mesures nécessaires selon l'expérience;
- b) les mesures correspondant à l'état de la technique;
- c) les mesures proportionnées au regard des circonstances;
- d) les mesures tolérables en fonction des travailleurs: plus le travailleur est faible et jeune, plus les mesures devront être incisives; plus le travailleur est amené à travailler dans un contexte risqué, plus l'employeur devra prendre de mesures pour assurer la protection de son employé, voire aussi de ses proches, par exemple en cas d'affectations lointaines.

## 10. Les sanctions en cas de violation du devoir de protection

La violation du devoir de protection peut avoir des conséquences très lourdes. En cas d'accident ou de maladie, un employeur peut être amené à souffrir de conséquences au plan civil et pénal, et ceci en sus des éventuelles sanctions administratives.

### Au niveau civil

La responsabilité d'un employeur en cas de violation des devoirs liés à la protection de la vie, de la santé et de l'intégrité personnelle d'un travailleur est soumise aux règles générales de la responsabilité contractuelle ou de la responsabilité extracontractuelle selon le droit suisse.

C'est l'employé qui supporte en principe le fardeau de la preuve: c'est à lui de prouver la violation contractuelle de la part de l'employeur, le dommage subi et le lien de causalité entre celui-ci et celle-là.


Il arrive cependant fréquemment qu'en pratique, après un accident, c'est l'employeur qui doit démontrer qu'il n'y est pour rien et qu'il a en particulier rempli toutes ses obligations. Il s'agit là d'un dévoiement du système juridique, non avoué, qui est relevé par certains spécialistes<sup>43</sup>.

Certes, en cas d'accident ou de maladie, l'employeur pourra, au moins dans un premier temps, se décharger sur les assurances sociales<sup>44</sup> ou les assurances privées<sup>45</sup> qu'il aura contractées. Mais, en tous les cas, le travailleur qui s'estime lésé peut ouvrir action en dommages-intérêts directement contre l'employeur, et ceci pour tout ou partie du dommage subi.

<sup>43</sup> STREIFF Uli / VON KAENEL Adrian / RUDOLPH Roger, Kommentar zum Arbeitsrecht, 2012, ad 328, no 16, p. 551.

<sup>44</sup> Voir notamment les lois suivantes: LAA; Loi sur l'assurance-vieillesse et survivant (LAVS, RS 831.10); Loi sur l'assurance-invalidité (LAI; RS 831.20); Loi sur l'assurance-chômage et indemnité en cas d'insolvabilité (LACI; RS 837.0).

<sup>45</sup> Voir la Loi sur le contrat d'assurance (LCA; RS 221.229.1).



Celui qui subit une atteinte à sa personnalité a aussi droit à une indemnité pour tort moral en application de l'art. 49 CO, mais à condition, ici aussi, qu'il y ait un lien de causalité entre la violation de l'art. 49 CO et la souffrance morale subie<sup>46</sup>.

L'ampleur de la réparation morale varie selon la gravité de l'atteinte, mais reste en Suisse modeste, surtout si on la compare avec la pratique d'autres pays<sup>47</sup>.

#### Au niveau pénal (pour les organes et les représentants de l'employeur, pour l'organisation)

En cas d'accident ou de maladie imputable à un employeur, ce dernier peut encore se voir reprocher des violations à des normes pénales telles que l'homicide par négligence (art. 117 du Code pénal suisse, ci-après CP<sup>48</sup>), les lésions corporelles par négligence (art. 125 CP), la mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP), les actes d'ordres sexuels avec des personnes dépendantes (art. 188 CP), l'omission d'installation d'appareils protecteurs (art. 230 CP). Dans ce cadre sont punissables non seulement les individus en tant quels (organes, supérieurs, cadres ou collègues), mais aussi les entreprises elles-mêmes (art. 102 CP)<sup>49</sup>.

D'autres lois de droit public énumèrent aussi des conséquences pénales en cas de violation par les employeurs de prescriptions telles que le devoir de protection. A l'image de la Loi sur le travail<sup>50</sup>, il apparaît toutefois que ces normes pénales<sup>51</sup> ont une importance secondaire par rapport aux dispositions pénales générales mentionnées ci-dessus.

#### Au niveau administratif

Ce sont particulièrement deux lois qui octroient des compétences d'intervention en faveur des autorités administratives cantonales et fédérales, à savoir la LTr et la LAA.

La compétence pour l'exécution dans le domaine de la LTr est réglée aux articles 41 et 42 LTr. Elle incombe (en principe) aux cantons (art. 41 LTr; organes cantonaux d'exécution de la LTr) et à la Confédération (art. 42 LTr; SECO<sup>52</sup>, organes fédéraux d'exécution de la LTr).

D'autres lois, telles que la Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE ; RS 823.11), peuvent encore accorder des compétences aux autorités administratives, y compris un pouvoir de sanction.

Les sanctions que peuvent prendre les autorités administratives sont vastes et variées (amendes, refus de permis de travail, suspension d'activité, etc.). De telles sanctions peuvent avoir un impact très néfaste pour une entreprise.

<sup>46</sup> CARRUZZO Philippe, *op. cit.*, p. 310.

<sup>47</sup> Pour quelques illustrations : CARRUZZO Philippe, *op. cit.*, p. 313-314.

<sup>48</sup> RS 311.0.

<sup>49</sup> On relèvera cependant que nous n'avons pas connaissance de cas d'application de l'art. 102 CP.

<sup>50</sup> MOREILLON Laurent, N° 3 ad art. 59 in: Thomas Geiser, Andrian von Kaenel, Rémy Wyler (éd.), *Commentaire de la Loi sur le Travail*, Stämpfli Editions SA, Berne, 2005, p. 626.

<sup>51</sup> Voir les art.59 à 62 LTr, les art. 112 et 113 LAA.

<sup>52</sup> Le SECO est le centre de compétence de la Confédération pour toutes les questions ayant trait à la politique économique.

### 1. En général

Même si la jurisprudence concernant les obligations des employés est relativement abondante, force est de constater qu'elle n'a pas, au cours des vingt ou trente dernières années, le même souffle, ni connu le même développement que la jurisprudence concernant les obligations des employeurs.

D'une manière générale, les obligations du travailleur sont traitées aux articles 321 et suivants CO.

On retiendra que le travailleur doit exécuter personnellement le travail (art. 321 CO), qu'il a une obligation de diligence et de fidélité (321a CO), qu'il a une obligation d'annonce et de décompte (321b CO), qu'il peut être amené à accomplir des heures ou du travail supplémentaires (art. 321c CO, art. 12 LTr) et qu'il a l'obligation de se conformer aux directives de l'employeur.

### 2. Le devoir de diligence et de fidélité de l'employé

D'une manière générale, l'art. 321a CO est le pendant pour le travailleur de l'art. 328 CO pour l'employeur. L'art. 321a al. 1 CO indique que le travailleur exécute avec soin le travail qui lui est confié et sauvegarde fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur. C'est ce qu'on appelle aussi, en d'autres termes, le devoir de diligence et de fidélité de l'employé. Reste que cette norme est très générale et qu'elle doit être concrétisée.


La mesure du devoir de diligence se détermine par le contrat, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail, ainsi que les aptitudes et qualités du travailleur (art. 321e CO), mais également par ce que l'on peut attendre d'un homme « normal et raisonnable » placé dans la même situation<sup>53</sup>. En tous les cas, c'est en fonction de chaque relation contractuelle et sur la base des circonstances concrètes qu'il faudra définir les contours précis de devoir de diligence et de fidélité<sup>54</sup>.

Ce devoir de diligence peut consister en un devoir d'abstention ou en des actes positifs. A titre d'exemple, l'ouvrier d'un chantier qui se rend compte qu'une machine dont il n'a pas la responsabilité crée un danger pour d'autres ouvriers ou des tiers a le devoir d'intervenir ou de faire intervenir les spécialistes pour que ces dangers disparaissent, et ceci même si ce devoir d'intervention ne fait pas partie de son cahier des charges.

Il est sans doute aussi du devoir d'un employé de poser des questions à son employeur en cas de doutes sur une situation ou des insuffisances constatées.

<sup>53</sup> SUBILIA Olivier / DUC Jean-Louis, *op. cit.*, p. 120, spéc. N° 6.

<sup>54</sup> STREIFF Uli/VON KÄNEL Adrian Roger Rudolph, *op. cit.*, p. 171-172.



Le devoir de fidélité est d'autant plus marqué si le travailleur occupe une fonction de cadre ou de dirigeant<sup>55</sup>: les cadres, mieux payés, peut-être mieux formés, doivent assumer davantage de responsabilité au sein de leurs entités professionnelles.

Nous énumérons ci-après, à titre illustratif, quelques cas concrets où la violation de l'art. 321a CO a été reconnue par le Tribunal fédéral:

- utilisation abusive d'Internet qui peut nuire à l'exécution du travail<sup>56</sup>;
- incitation à la falsification de pièces comptables (pots-de-vin)<sup>57</sup>;
- divulgation de secrets d'affaires.

### 3. La situation de l'employé en cas de risques pour la sécurité et la santé des employés eux-mêmes

La sécurité et la santé des employés eux-mêmes a toujours été un souci du législateur suisse, mais principalement en ce qui concerne les accidents, ceci pour des raisons avant tout historiques.

Ainsi, dans le domaine de la prévention des accidents, le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'indiquer que l'on peut se référer aux directives de la SUVA (Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accident) lorsqu'elles ont pour but de faire connaître aux employeurs concernés les différentes prescriptions et les mesures de sécurité à prendre.<sup>58</sup>

La Loi sur le travail (LTr), l'Ordonnance 3 de la LTr et l'Ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles (OPA ; RS 832.30) fixent des exigences précises en matière d'ergonomie et de protection de la santé au travail.

En cas de risques pour la sécurité et la santé des employés eux-mêmes, il est du devoir de l'employé d'informer l'employeur, surtout si les risques sont élevés et peuvent avoir de graves conséquences.

### 4. Les sanctions pouvant découler d'une violation de l'art. 321a CO

En cas de violation de ces obligations, le travailleur peut être amené à assumer des dommages-intérêts et du tort moral (art. 321e CO), des sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'à l'avertissement, voire même dans les cas les plus graves le licenciement avec effet immédiat (art. 337 CO). Dans certaines hypothèses, des sanctions pénales peuvent aussi être prononcées: ainsi en va-t-il du travailleur soumis à la LTr qui enfreint intentionnellement certaines prescriptions sur la protection de la santé (art. 60 al 1 et 60 al. 2 LTr; art. 113 LAA, art. 333 al. 3 CP). Le travailleur peut parfois même être sanctionné pénalement en cas de négligence (art. 113 al. 2 LAA).

<sup>55</sup> ATF 104 II 28.

<sup>56</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4C.349/2002 du 25 juin 2003.

<sup>57</sup> ATF 124 III 25 = JT 1998 I 127.

<sup>58</sup> ATF 114 IV 173 = JT 1989 IV 2.

### 1. Conclusions

En Suisse, les employeurs assument de plus en plus de responsabilité pour leurs employés. A l'image de ce qui se passe dans d'autres pays, trop peu d'efforts semblent être fournis à titre préventif. Certains y voient un effet pernicieux de normes trop générales comme l'art. 328 CO qui, en plus de rendre perplexes certains employeurs, ne peuvent pas non plus conforter des juges attachés à la sécurité du droit.

Les conclusions telles qu'exprimées dans le document publié en 2011 par SMI<sup>59</sup> sont encore d'actualité: même si elles s'adressaient à des organisations d'aide internationale, elles exprimaient des principes et des impératifs qui concernent chaque employeur soumis au droit suisse. Il en ressortait déjà ceci :


1. Les obligations et responsabilités des employeurs ne sont pas limitées aux exigences telles qu'elles ressortent des contrats écrits de travail. Au-delà de ces exigences, les employeurs peuvent encore être soumis à des normes de droit privé, de droit public ou de droit pénal qui peuvent étendre leur responsabilité.
2. Les employés, voire même aussi leurs proches, peuvent tenter des actions contre des employeurs, y compris auprès de tribunaux à l'étranger lorsque le contrat de travail se déroule dans un environnement international.
3. Dans certaines circonstances, les organes, les cadres ou même les travailleurs eux-mêmes pourraient être tenus personnellement responsables en cas d'atteintes graves lors de l'exécution du travail.
4. Dans un environnement international, il peut être compliqué de définir le droit applicable et le juge compétent : les parties ont par conséquent intérêt à être attentives à ces questions.
5. Les caractéristiques d'une loi nationale et les sources du droit varient d'un pays à l'autre. Certains principes sont communs à toutes les situations<sup>60</sup>.

### 2. Recommandations

Comme dans d'autres pays, en Suisse, la nature et la portée de la responsabilité juridique d'un employeur en ce qui concerne la santé et la sécurité de son personnel peuvent sembler déconcertantes. Bien qu'il ne soit pas toujours possible d'empêcher les demandes d'indemnisation des employés ou de leurs proches, il sera néanmoins souhaitable de prendre des mesures pour réduire les risques encourus. Les employeurs doivent pouvoir démontrer, en toutes circonstances, qu'ils ont agi de façon responsable, à savoir qu'ils ont pris les mesures qui s'imposaient pour protéger la vie et l'intégrité des victimes. C'est seulement ainsi que les employeurs pourront limiter leur responsabilité de telle sorte qu'il sera possible de s'opposer efficacement à la demande d'indemnisation, si elle est déposée auprès d'un tribunal.

<sup>59</sup> KEMP Edward / MERKELBACH Maarten, *op. cit.*, p. 30

<sup>60</sup> Pour une démonstration de cette conclusion, voir par exemple CLAUS Lisbeth, *Le Devoir de Protection des employeurs à l'égard des expatriés, de leurs personnes à charge et des voyageurs d'affaire*, International SOS, 2009.



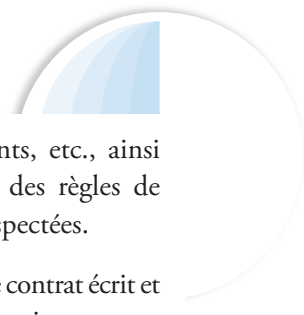
Conjuguant les impératifs juridiques et opérationnels l'approche suivante peut être recommandée<sup>61</sup>:

1. Obtenir des conseils juridiques sur la loi nationale et les autres normes applicables concernant la santé et la sécurité au travail.
2. Désigner au sein de chaque organisation une entité ou une personne en charge de toutes les questions relatives au respect des obligations légales et des normes applicables aux questions de santé et de sécurité sur la place de travail.
3. Analyser l'environnement opérationnel de l'entreprise et définir les risques et les menaces.
4. Procéder à des enquêtes et évaluer les menaces et les risques possibles créés par l'environnement de travail en relation avec les activités de l'organisation et les tâches exécutées.
5. Les évaluations des risques, y compris les plans d'action et autres mesures prises pour réduire ou éliminer ces risques, doivent être menées régulièrement et pas seulement au début d'une tâche ou d'une activité.
6. Définir et mettre en œuvre les mesures qui permettent de réduire ou d'éliminer le risque (y compris la formation des équipes, les systèmes d'alarmes, les équipements de sécurité, les règles et procédures à suivre, la supervision et les instructions concernant les risques, le tout dans la langue requise ou adéquate).
7. Réviser régulièrement les évaluations des risques et les mesures atténuantes afin de les adapter aux circonstances.
8. Envisager la mise en œuvre de protections additionnelles pour faire face à la responsabilité, telles que le choix du droit applicable et les clauses concernant la compétence des tribunaux ou les exclusions de responsabilité.
9. Avoir un plan d'action pour la gestion de situations urgentes ou d'événements touchant les employés ou leurs proches (par exemple en relation avec la santé, le bien-être, la sécurité ou la dégradation de l'environnement de travail). L'efficacité du plan augmente en le testant et le mettant en pratique régulièrement.
10. Mettre en place des mesures de réparation. Cela comprend des provisions financières pour l'indemnisation de dommages (santé, invalidité, blessures, mort, perte de revenu, traitements, etc.) causés à un employé, voire à ses proches. Les organisations actives à l'étranger devraient envisager des couvertures d'assurance adaptées en fonction de leurs environnements de travail respectifs (situation de guerre, sécurité, violence, délinquance, risques naturels, etc.) et s'assurer d'une couverture correcte en faveur de leurs employés.

Par ailleurs, tout employeur serait bien avisé de préparer et de garder la documentation pertinente afin de pouvoir démontrer en tout temps ce qui suit :

1. L'évaluation de la nature juridique de la relation avec le personnel au regard des lois applicables, du choix possible de la loi et des questions de compétence qui peuvent surgir (par exemple par un conseil externe).

<sup>61</sup> Une autre approche proposée est celle décrite par International SOS dans sa publication « Devoir de protection et gestion du Risque Voyage », Etude Comparative Internationale, 2011, p. 7 avec la présentation de 10 bonnes pratiques du devoir de protection (document disponible sous [http://www.internationalsos.com/en/files/WhitePaper2011\\_EtudeDevoirdeProtection.pdf](http://www.internationalsos.com/en/files/WhitePaper2011_EtudeDevoirdeProtection.pdf)) - Voir Annexe 4

- 
2. Les contrats écrits avec le personnel / consultants / sous-traitants, etc., ainsi que le règlement du personnel avec en particulier l'indication des règles de comportement ou de sécurité qui doivent impérativement être respectées.
  3. Le consentement signé des employés confirmant qu'ils ont lu et reçu le contrat écrit et le règlement du personnel, qu'ils ont reçu des informations relatives à l'environnement dans lequel ils doivent être déployés et aux tâches qu'ils ont à exécuter, aux risques liés à cet environnement et aux mesures d'atténuation que l'organisation a mises en place, et aux directives concernant la santé et la sécurité, ainsi qu'à la formation reçue.
  4. Les exigences que les membres du personnel sont tenus de renouveler leur compréhension de ces documents sur une base périodique et les preuves qu'ils l'ont fait.
  5. Les évaluations des risques, y compris des plans d'action identifiés et les risques évalués et les mesures prises pour les réduire ou les éliminer.
  6. Une délégation de pouvoirs valable et expresse (avec détermination des responsables et des responsabilités, de la supervision et des contrôles), préparée par écrit et remise à tous les acteurs concernés.
  7. Un système de report des incidents et des processus avec l'enregistrement de tous les accidents et incidents qui n'ont pas causé de blessures et ou de mort, mais qui auraient pu en causer, ainsi que de toutes les actions correctives et préventives qui ont été prises en ces occasions.
  8. La documentation des examens réguliers de toutes les politiques et les procédures en vigueur et de leur adaptation.
  9. La preuve que tout employé envoyé pour le travail à l'étranger est couvert par une assurance responsabilité de l'employeur et par une assurance couvrant ses besoins en cas de maladie ou d'accident.

### 3. Observations finales

Les questions présentées dans ce document ont des implications très importantes pour tout employeur. Nous en retiendrons trois, en guise d'observation finale :

1. Le devoir de protection n'est pas seulement une préoccupation éthique et morale: il porte sur une obligation légale. Des mesures doivent ainsi être prises pour répondre à des lois, règlements, règles et normes qui donnent comme référence des critères relativement objectifs.
2. Les bonnes pratiques ou la bonne gouvernance (en anglais: *good governance*) n'offrent qu'une réponse partielle au devoir de protection: la bonne gouvernance perd toute substance si elle ne prend pas en compte, au préalable, les obligations découlant de la loi, des règlements et des directives qui s'appliquent quelle que soit la politique interne de l'organisation, et parfois même à l'insu de cette dernière.
3. S'agissant de la troisième et dernière conclusion, il faut relever le rôle clé que jouent dans ce domaine les responsables des ressources humaines au sein des organisations. Ce sont généralement eux qui doivent et surtout peuvent assurer la mise en œuvre des recommandations telles que mentionnées ci-dessus. Leur rôle est à cet égard essentiel.



<b>ATF</b>	Arrêt du Tribunal fédéral
<b>Al.</b>	Alinéa
<b>Art.</b>	Article
<b>CL</b>	Convention de Lugano du 30 octobre 2007 (RO 2010 5609)
<b>CP</b>	Code pénal suisse (RS 311.0)
<b>JT</b>	Journal des Tribunaux
<b>LAA</b>	Loi sur l'assurance-accidents (RS 832.20)
<b>LACI</b>	Loi sur l'assurance-chômage et l'indemnité en cas d'insolvabilité (RS 837.00)
<b>LAI</b>	Loi sur l'assurance-invalidité (RS 831.20)
<b>LAVS</b>	Loi sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10)
<b>LSE</b>	Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (RS 823.11)
<b>LTr</b>	Loi fédérale sur le travail (RS 822.11)
<b>OLT3</b>	Ordonnance relative à la loi sur le travail 3 (RS 822.113)
<b>OPA</b>	Ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles (RS 832.30)
<b>RJF</b>	Revue Fribourgeoise de Jurisprudence
<b>RS</b>	Recueil systématique
<b>SECO</b>	Secrétariat d'Etat à l'Economie
<b>SMI</b>	Security Managment Initiative
<b>ZK</b>	Zürcher Kommentar

### Art. 321a CO (Code des obligations) – Diligence et fidélité à observer

- <sup>1</sup> Le travailleur exécute avec soin le travail qui lui est confié et sauvegarde fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur.
- <sup>2</sup> Il est tenu d'utiliser selon les règles en la matière les machines, les instruments de travail, les appareils et les installations techniques ainsi que les véhicules de l'employeur, et de les traiter avec soin, de même que le matériel mis à sa disposition pour l'exécution de son travail.
- <sup>3</sup> Pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas accomplir du travail rémunéré pour un tiers dans la mesure où il lèse son devoir de fidélité et, notamment, fait concurrence à l'employeur.
- <sup>4</sup> Pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas utiliser ni révéler des faits destinés à rester confidentiels, tels que les secrets de fabrication et d'affaires dont il a pris connaissance au service de l'employeur; il est tenu de garder le secret même après la fin du contrat en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur.

### Art. 328 CO (Code des obligations) – Protection de la personnalité du travailleur

#### 1. En général

- <sup>1</sup> L'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. En particulier, il veille à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes.
- <sup>2</sup> Il prend, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui.

### Art. 6 LTr (Loi sur le travail) – Obligations des employeurs et des travailleurs

- <sup>1</sup> Pour protéger la santé des travailleurs, l'employeur est tenu de prendre toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise. Il doit en outre prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité personnelle des travailleurs.
- <sup>2</sup> L'employeur doit notamment aménager ses installations et régler la marche du travail de manière à préserver autant que possible les travailleurs des dangers menaçant leur santé et du surmenage.
- <sup>2bis</sup> L'employeur veille également à ce que le travailleur ne soit pas obligé de consommer des boissons alcooliques ou d'autres substances psychotropes dans l'exercice de son activité professionnelle. Le Conseil fédéral règle les dérogations.
- <sup>3</sup> L'employeur fait collaborer les travailleurs aux mesures de protection de la santé. Ceux-ci sont tenus de seconder l'employeur dans l'application des prescriptions sur la protection de la santé.
- <sup>4</sup> Les mesures de protection de la santé qui doivent être prises dans les entreprises sont déterminées par voie d'ordonnance.

### BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

BETTEX Christian, *L'application temporelle de l'art. 328 CO in*: Rémy Wyler (éd.), *Panorama II du droit du travail*, Stämpfli Editions SA, Berne 2012, pp. 57 ss.

BRUNNER Christiane / BÜHLER Jean-Michel / WAEBER Jean-Bernard / BRUCHEZ Christian, N1 ad art. 321d CO in: *Commentaire du contrat de travail*, Editions Réalités sociales, Lausanne, 2004, p. 72

CARRUZZO Philippe, *Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations*, Schulthess Editions, Zurich/Bâle/Genève, 2009, pp. 273 ss.

CLAUS Lisbeth, *Le devoir de protection des employeurs à l'égard des expatriés, de leurs personnes à charge et des voyageurs d'affaires*, International SOS, 2009.

CLAUS Lisbeth, *Duty of Care and Travel Risk Management, Global Benchmarking Study*, International SOS, 2011.

DANTHE Marie-Gisèle, *Les limites de l'art. 328 CO au droit de donner des directives et de contrôler l'activité du travailleur in* : Rémy Wyler (éd.), *Panorama en droit du travail*, Stämpfli Editions SA, Berne 2012, pp. 163 ss., spéc. pp. 166 à 168.

DONATELLO Giuseppe, *Le droit applicable au contrat de travail in*: Rémy Wyler (éd.), *Panorama II du droit du travail*, Stämpfli Editions SA, Berne 2012, pp. 109 ss.

GEISER Thomas (Lüthi Jean-Jacques), art. 1 in : Thomas Geiser, Andrian von Kaenel, Rémy Wyler (éd.), *Commentaire de la Loi sur le Travail*, Stämpfli Editions SA, Berne, 2005, pp. 26 ss., spec. pp. 33 ss.

KEMP Edward & MERKELBACH Maarten, *Can you get sued? Legal liability of international humanitarian aid workers towards their staff*, Security Management Initiative, Genève, 2011.

MOREILLON Laurent, N° 3 ad art. 59 in: Thomas Geiser, Andrian von Kaenel, Rémy Wyler, *Commentaire de la Loi sur le Travail*, Stämpfli Editions SA, Berne, 2005, p. 626.

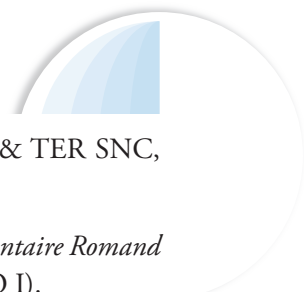
PETERMANN Frank, *Rechte und Pflichten des Arbeitgebers gegenüber psychisch labilen oder kranker Arbeitnehmer in*: *Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung/Revue de droit du travail et d'assurance-chômage*, 1/2005, pp. 1 ss. (cité ARV/DTA).

PORTMANN Wolfgang, N° 14 ad art. 321a OR in: Heinrich Honsel, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (éd.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2011, p.1832 (cité BSK).

SCHEIDEGGER Hans-Ulrich / PITTELOUD Christine, art. 6, in : Thomas Geiser, Andrian von Kaenel, Rémy Wyler, *Commentaire de la Loi sur le Travail*, Stämpfli Editions SA, Berne, 2005, pp. 111 ss.

STAEHLIN Adrian, *Der Arbeitsvertrag : Art. 319-362 OR*, Zürcher Kommentar, Schulthess Verlag, Zurich, 2006, pp. 370 ss. (cité ZK).

STREIFF Uli / VON KAENEL Adrian / RUDOLPH Roger, *Arbeitsvertrag, PraxisKommentar zu Art. 319-362 OR*, Schulthess, Zürich/Basel/Genf, 2012, p. 508.



SUBILIA / DUC Jean-Louis, *Droit du travail, éléments de droit suisse*, Editions BIS & TER SNC, Lausanne, 2010, pp. 313 ss.

THEVENOZ Luc, N° 7 ad art. 101 CO in: Luc Thévenoz / Franz Werro (éd.), *Commentaire Romand du Code des obligations I*, art. 1-529, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2003 (cité CR-CO I).

### RÉFÉRENCE ÉLECTRONIQUES

Tribunal fédéral suisse  
<http://www.bger.ch/fr/index.htm>

Jurisprudence des autorités fédérales (gratuit)  
<http://www.bger.ch/fr/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht.htm>

Recueil systématique  
<http://www.admin.ch/ch/f/rs/rs.html>

Recueil officiel  
<http://www.admin.ch/ch/f/as/index.html>

Accords bilatéraux passés avec l'Union européenne  
<http://www.europa.admin.ch/themen/00500/index.html?lang=fr>

### PROCÉDURE JUDICIAIRE

Les avocats des permanences de l'Ordre des avocats peuvent donner des conseils à moindres frais sur toute question relative au droit du travail.

- Permanence de l'Ordre des avocats Genève  
[http://www.odageneve.ch/index.php?option=com\\_content&task=view&id=20&Itemid=90](http://www.odageneve.ch/index.php?option=com_content&task=view&id=20&Itemid=90)
- Permanence de l'Ordre des avocats Lausanne  
[http://www.oav.ch/site/index.php?option=com\\_content&view=article&id=70&Itemid=53](http://www.oav.ch/site/index.php?option=com_content&view=article&id=70&Itemid=53)
- Permanence de l'Ordre des avocats Valais  
[http://www.oavs.ch/index.php?option=com\\_content&view=article&id=68&Itemid=61](http://www.oavs.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=68&Itemid=61)

### Dix bonnes pratiques du devoir de protection vis-à-vis des voyageurs et expatriés<sup>62</sup>

1. Accroître la prise de conscience à tous les niveaux de l'entreprise
2. Impliquer toutes les parties prenantes clés dans la planification du devoir de protection
3. Développer des politiques et des procédures de la gestion du risque voyage
4. Auditer ses prestataires sous l'angle du devoir de protection
5. Communiquer, éduquer et former les salariés et parties prenantes
6. Évaluer les risques avant chaque déplacement professionnel d'un salarié
7. Être en mesure de localiser les salariés en déplacement à tout moment
8. Mettre en œuvre un système de gestion des urgences pour les salariés
9. Etablir des contrôles de la part du management
10. S'assurer de l'intégration et de la coordination des prestataires

---

<sup>62</sup> Devoir de Protection et Gestion du Risque Voyage - Étude Comparative Internationale, International SOS, 2011.

## SECURITY MANAGEMENT INITIATIVE (SMI)

---

Le SMI (Security Management Initiative) a pour vocation d'aider les organisations internationales d'aide humanitaire et leurs personnels nationaux et internationaux à travailler en sécurité dans les environnements dangereux. Le SMI vise à contribuer à réduire les coûts humains et matériels des organisations qui œuvrent dans de tels environnements pour leur permettre de mieux s'acquitter de leur mission.

Le SMI (Initiative pour la Gestion de la Sécurité) fonctionne comme un centre dédié aux ressources humaines et spécialisé dans la gestion du risque et de la sécurité pour les ONG et les organisations internationales qui travaillent dans des environnements hostiles. Il fait référence en matière de recherche, de formation et de conseil portant sur la gestion du risque et de la sécurité pour les ONG et les organisations internationales d'aide humanitaire.

Le SMI siège à Genève, et fait partie du Centre de Politique de Sécurité (GCSP).

Avec le soutien de :

*International SOS*  
**Foundation**



7bis Avenue de la Paix  
P.O. Box 1295  
CH-1211 Geneva 1  
Switzerland  
Phone: + 41 (0)22 906 1600  
Fax: + 41 (0)22 906 1649  
info.smi@gcsp.ch  
[www.security-management-initiative.org](http://www.security-management-initiative.org)



Geneva Centre for Security Policy  
Centre de Politique de Sécurité, Genève  
Genfer Zentrum für Sicherheitspolitik

[www.gcsp.ch](http://www.gcsp.ch)