

Auteur

Marie Deveaud-Plédran, criminologue (Université de Lausanne), docteure en droit (Université de Neuchâtel) et docteure en lettres (Université de Rennes), a été Maître de conférences à l'Université de Brest pendant plusieurs années dans la didactique des langues et travaille aujourd'hui dans le domaine juridique et des ressources humaines. Elle est conseillère communale à Lausanne.

Contenu de l'ouvrage

Le harcèlement moral et le harcèlement sexuel dans les relations de travail portent atteinte à la santé des individus, tout comme à celle des entreprises, et ont des répercussions sur l'ensemble du fonctionnement de la société. Bien que discriminatoires et considérés comme illicites dans les droits positifs de plusieurs Etats, ces comportements sont souvent minimisés dans les faits et traités très différemment sur le plan juridique, selon les Etats concernés. Ceci est particulièrement vrai en Suisse dans le cadre des différentes fonctions publiques.

Dans cette thèse, Marie Deveaud-Plédran nous propose un panorama détaillé et pluridisciplinaire du phénomène du harcèlement, de sorte que cette approche est accessible à tous les acteurs de la vie professionnelle. Cette étude, qui s'appuie sur des cas pratiques rencontrés au cours de nombreuses années d'expérience, est suivie d'une étude comparée entre le droit positif suisse et quelques législations européennes significatives.

Centre d'étude des relations de travail

Le Centre d'étude des relations de travail (CERT), rattaché à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, est à disposition des entreprises, des administrations publiques et de tous les autres milieux intéressés aux questions relatives au droit du travail et, plus largement, à la relation d'emploi. Ses membres donnent des cours universitaires, mettent sur pied des séminaires de formation continue et des colloques, rédigent et publient diverses contributions, encouragent la publication de travaux scientifiques dans la collection juridique du Centre et rédigent des avis de droit (pour toute information, www.unine.ch/CERT).

3

Le harcèlement dans les relations de travail

Marie Deveaud-Plédran

CERT

SS

unine
UNIVERSITÉ DE
NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT

Jean-Philippe Dunand | Pascal Mahon (éd.)

Marie Deveaud-Plédran

Le harcèlement dans les relations de travail

Etude pluridisciplinaire de la question du harcèlement suivie d'une étude comparée entre le droit suisse et quelques législations étrangères



Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



Marie Deveaud-Plédran

Le harcèlement dans les relations de travail

Etude pluridisciplinaire de la question
du harcèlement suivie d'une étude
comparée entre le droit suisse
et quelques législations étrangères



Jean-Philippe Dunand
Pascal Mahon

Volume 3

Jean-Philippe Dunand | Pascal Mahon (éd.)

Marie Deveaud-Plédran

Le harcèlement dans les relations de travail

Etude pluridisciplinaire de la question du harcèlement suivie d'une étude comparée entre le droit suisse et quelques législations étrangères



Schulthess § 2011
ÉDITIONS ROMANDES

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2011
ISBN 978-3-7255-6330-2

www.schulthess.com

Puisque aucun homme n'a une autorité naturelle sur son semblable, et puisque la force ne produit aucun droit, restent donc les conventions pour base de toute autorité parmi les hommes.

Jean-Jacques Rousseau
(*Du Contrat social*, p. 45)

Un jour, un journaliste demandait à Gandhi :

« Que pensez-vous de la civilisation ? »

Ce à quoi le sage répondit :

« Je pense que ce serait une bonne idée ! »

Remerciements

Je remercie chaleureusement les personnes suivantes :

Monsieur le Professeur Jean-Philippe Dunand, directeur de thèse pour son exigence bienveillante et pour ses chaleureux encouragements dans la rédaction de cet ouvrage. Messieurs les professeurs Nguyen et Wyler, et Madame la professeure Tschan Semmer pour avoir accepté d'être membres de mon jury de thèse.

Madame Ursula Nordmann, avocate et juge fédérale, pour la chaleur de son amitié, ses encouragements, la force de sa pensée et son courage.

Maître Matthias Stacchetti, ami fidèle, éminent juriste, pour son soutien fraternel, sa bonne humeur communicative et la multitude de ses excellentes et harcelantes « mauvaises questions ».

Je remercie aussi chaleureusement mes anciennes collègues et anciens collègues, membres du « Groupe Impact », chargé-e-s des investigations et des médiations, ainsi que de l'amélioration des conditions de travail au sein de la Fonction publique vaudoise, pour leurs apports théoriques et pratiques ainsi que le partage de leur expérience.

Merci aussi à toutes les personnes, victimes courageuses ou auteurs d'actes illicites eux-mêmes, qui, involontairement parfois, m'ont aidée, par leur exemple, à comprendre la complexité et la férocité du harcèlement. J'ai pu, à leur contact, appréhender plus finement la difficulté à démêler le vrai du faux, comprendre les mécanismes du harcèlement, ainsi que l'entrave qui peut s'ensuivre à la bonne marche du travail, les dégâts qu'il cause, dans l'entreprise privée ou au sein de l'Etat, en termes de coûts directs et indirects.

Tout ceci a contribué grandement à ancrer en moi le sentiment de nécessité et l'urgence, malgré les embûches, de mener à bien ce travail.

Merci à Benoît, mon mari, pour son soutien moral et logistique. Professeur et doyen pour la recherche à l'EPFL qui doit lutter quotidiennement contre le mobbing, les comportements non éthiques scientifiques ou relationnels ainsi que leurs effets, dans un monde réputé protégé et portant haut -en principe- les valeurs éthiques de l'« élite ». Merci d'avoir été le premier critique, ainsi que le premier « usager » de cet ouvrage.

Merci également à Karine Povlakic, juriste au SAJE, qui m'a permis de faire disparaître de ces pages les dernières fautes d'orthographe et de frappe.

Et enfin, un grand merci à Lisiane Cavalier, pour l'acuité de ses remarques, ses corrections pertinentes, ses conseils judicieux et sa constante bonne humeur dans le travail.

De vous tous, j'ai beaucoup reçu.

Lausanne, le 14 février 2011

Marie DEVEAUD-PLEDRAN

Table des matières

Remerciements	VII
Bibliographie	XIII
Lexique	XXIX
Introduction	1
Première Partie :	9
Le harcèlement au travail : un sujet ancien, mais un objet d'étude et de préoccupation récent	9
Chapitre I. Généralités	9
I. Quelques éléments de définition préalables	9
II. Le harcèlement psychologique et sexuel, un phénomène inhérent à l'histoire de la construction de l'humanité	13
Chapitre II. Principaux travaux en médecine et psychosociologie : le mobbing	17
I. Harcèlement moral, harcèlement psychologique, mobbing : quelle (s) définition (s)?	17
II. Le harcèlement moral ou psychologique dans les relations de travail : le mobbing.	21
1. Premiers éléments de définition	21
2. Eléments de définition complémentaires	22
3. Formes particulières de harcèlement au travail	29
4. Choix terminologiques de l'auteure	38
5. Conséquences du mobbing sur la santé	47
6. Causes principales du mobbing et mobiles des harceleurs	51
Chapitre III. Principaux travaux en médecine et psychosociologie : Le harcèlement sexuel	53
I. Introduction	53
1. Éléments de définition	53
2. Le harcèlement sexuel, une forme de violence parmi d'autres ?	55
3. Le harcèlement sexuel, en tant que propositions ou signaux à caractère sexuel	56
4. Autres formes de harcèlement sexuel	61
5. Le harcèlement sexuel, une relation particulière de pouvoir	63
6. Le harcèlement sexuel, une atteinte objective et subjective :	66
II. Harcèlement sexuel et mobbing	72
1. Auteurs et victimes de harcèlement psychologique et sexuel : hommes ou femmes ?	75
2. Conséquences du harcèlement sexuel dans les relations de travail	78

Chapitre IV. L'approche du mobbing et du harcèlement sexuel par le monde du travail et les ressources humaines	81
I. Le mobbing	81
II. Le harcèlement sexuel	85
Chapitre V : Aperçu d'une définition juridique du harcèlement en droit suisse	91
I. Etudes effectuées en Suisse	91
1. Etude nationale réalisée par le SECO	91
2. L'exemple de la Fonction publique vaudoise	99
II. Les sources du droit Suisse en matière de harcèlement psychologique et sexuel	108
1. Les conventions internationales	109
2. Les normes de rang constitutionnel	120
3. Le cadre légal	121
Conclusion de la 1^{ère} partie	157
Deuxième Partie : Quelques exemples de dispositions étrangères et de droits nationaux en matière de harcèlement	163
Introduction	157
Chapitre I. Approche d'une réflexion juridique sur le harcèlement au travail à l'étranger	163
I. Ebauche d'une réflexion à l'échelle de l'Union européenne	163
II. Principales bases légales au sein de l'UE	169
Chapitre II. Compte-rendu des débats sur le bien-fondé d'une législation commune au sein des pays de l'UE	189
I. L'option libérale, défavorable à une législation européenne en matière de harcèlement	190
II. L'option legaliste favorable à une définition précise du harcèlement et à une législation commune au sein de l'UE	193
1. Définition du harcèlement moral	198
2. Observation critique de ces définitions	198
III. Position de la Commission européenne entre 2002 et 2004	199
IV. Analyse critique	203
1. Droit matériel	203
2. Questions de procédure	207
3. Intérêt d'une législation spécifique	210
V. Dernières avancées du débat	213
1. Accord-cadre sur le harcèlement et la violence au travail	214
2. Définition du harcèlement	217
Chapitre III. Le droit espagnol en matière de harcèlement	221
I. Loi sur le Statut des travailleurs et Décret d'application en matière de sanctions dans l'ordre social	222
1. Généralités	222
2. Champ d'application	223

3. Définitions	225
4. Développement des notions	229
5. Obligations réciproques et responsabilités	231
II. Loi sur le Statut de la Fonction publique	244
1. Champ d'application	244
2. Définitions	245
III. La loi pénale	255
1. Historique	255
2. Code pénal militaire	256
3. Conclusion	271
Chapitre IV. Le droit belge	273
I. Historique et doctrine	273
1. Les lois belges et les directives européennes sur le travail	277
2. Code de procédure judiciaire et Code pénal	278
II. Dispositions relatives au harcèlement	279
1. Rapports de droit privé et de droit de la fonction publique	279
2. Application quant aux personnes	279
3. Application quant au cadre de travail	282
III. Obligations de l'employeur	283
1. Prévention	283
2. Mesures de protection envers les travailleurs	283
3. Voies de droit	285
IV. Notions et définitions	289
1. Le bien-être	289
2. La violence au travail	292
3. Le harcèlement moral au travail	293
4. Le harcèlement sexuel au travail	294
V. Analyse des actes de harcèlement	295
1. Caractère intentionnel (objectif) du harcèlement moral ou sexuel	295
2. Conséquences sur la victime (ou caractère passif) du harcèlement	296
3. Incrimination du harcèlement	299
4. Prévention	300
5. Conclusion	301
Chapitre V. Le droit français	303
I. Aperçu général	303
II. Notions et définitions	305
1. Le harcèlement moral	305
2. Le harcèlement sexuel	310
III. Champ d'application	316
IV. Obligation contractuelle et détournement du contrat de travail	325
1. Sanctions civiles et sanctions disciplinaires	326
2. Sanctions pénales	326
3. Prévention	330
4. Autres acteurs de la prévention au sein de l'entreprise	331

<i>5. Etendue de la protection en matière de harcèlement moral ou sexuel</i>	332
<i>6. Actions possibles pour le travailleur</i>	334
<i>7. Bilan</i>	343
Conclusion	345

Bibliographie

- ADAM Patrice (2007), « Le harcèlement moral dans l'entreprise, cinq ans après la loi de modernisation sociale », in : *Semaine sociale Lamy*, Supplément N° 1315 du 9 juillet 2007.
- ADAMS Andrea, with contributions from CRAWFORD, Neil (1992), *Bullying at work/how to confront and overcome it*, London, Virago Press, 195 p.
- ALLAND Denis et RIALS Stéphane (2003), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy, PUF Quadrige Dicos poche, 1649 p.
- ANDERSSON Jan (2001), *Rapport sur le harcèlement au travail*, 2001/2339(INI), A5-0283/2001.
- ARIÈS, Paul (2002), *Harcèlement au travail ou nouveau management?* Villeurbanne, Editions Golias, 286 p.
- ALLAND Denis et RIALS Stéphane (2003), *Dictionnaire de la culture juridique/Sous la direction*, Paris, Lamy, PUF Quadrige Dicos poche, 1649 p.
- ALLOUCHE José et SIRE Bruno (1998), « le cas du harcèlement professionnel », in : *Ressources humaines : une gestion éclatée*, Paris, Economica, 412 p., pp. 273-291.
- BARMEYER Christophe, BOUZAT Xavier, HOUNOUNOU Albéric, et al. (2003), *50 fiches pour comprendre la gestion stratégique des ressources humaines*, Paris, Editions Bréal, 189 p.
- BAUDRY Patrick, BLAYA Catherine, CHOQUET Marie et al. (2000), *Souffrances et violences à l'adolescence / Qu'en penser ? Que faire ? / rapport à Claude Bartolone, ministre délégué à la ville*, Paris, Editions ESF (Collection « Actions sociales »), 168 p.
- BIGLER-EGGENBERGER Margrith, KAUFMANN Claudia (2000), *Commentaire de la loi sur l'égalité*, Lausanne, Union syndicale suisse et Bureau fédéral de l'égalité entre les femmes et les hommes, Réalités sociales, 518 p.
- BIT (2003), *Recueil de directives pratiques sur la violence au travail dans le secteur des services et moyens de combattre le phénomène*, Genève, Bureau international du Travail, MEVSWS-RP-2003-10-0291-01-FR.Doc/v.3, 20 p.
- BRIANT Henri et GOLAY Nicole (1999), *Conditions de travail et égalité entre les sexes dans l'administration cantonale vaudoise - Rapport d'enquête*, Lausanne, Service cantonal de recherche et d'informations statistiques (SCRIS), Bureau de l'égalité entre les femmes et les hommes, 123 p. + annexes.
- BRIERE Jean-Yves, DRAPEAU Murielle, MAILHOT Richard (2003), *Questions et réponses en gestion des ressources humaines*, Québec, Publications CCH (collection « GRH»), 370 p.

BRODSKY Carroll M (1976), *The harassed worker*, Lexington, D C Health & Company, 174 p.

BRUNNER Christiane, BÜLHER Jean-Michel, WAEBER Jean-Bernard, BRUCHEZ Christian (2004), *Commentaire du contrat de travail*, 3^{ème} édition revue et augmentée, Lausanne, Réalités Sociales, 448 p.

CORBOZ Bernard (2002), *Les infractions en droit suisse*, 2 volumes, Berne, Editions Stämpfli SA, 1940 p.

CORNU Gérard (2003), *Vocabulaire juridique* Paris, PUF (collection « Quadrige »), 951 p.

COX Tom (1987), « Stress, coping and problem solving », in : *Work and stress*, Vol. 1, N° 1, p. 6.

CYRULNIK Boris (2002), *Un merveilleux malheur*, Paris, Ed. Odile Jacob, 218 p.

DANILOWICZ Richard (2005), « La colonisation ultralibérale de la Pologne », in : *Démocratie et socialisme*, mensuel du Parti Socialiste français, 24 mai (pp. 1-4).

DEBARBIEUX Eric (1996), *La violence en milieu scolaire: 1. Etat des lieux*, Paris, ESF (Collection « Actions sociales »), 180 p.

DEBARBIEUX Eric / Avec la collaboration de BLAYA Catherine et al. (2002), *L'oppression quotidienne : recherches sur une délinquance des mineurs*, Paris, La Documentation française, 249 p.

DEBOUT Michel /Rapport présenté par/ (1999), *Travail, violences et environnement*, Journal Officiel de la République française, Conseil Economique et Social, N°20 décembre 1999, 145 p.

DEBOUT Michel, LAROSE Christian (2003), *Violences au travail : agressions, harcèlement, plans sociaux*, Paris, Montreuil, Editions de l'Atelier (Collection « La vie ouvrière »), 207 p.

DE COSTER Michel, avec la collaboration de CORNET Annie et DELHAYE Christine (1999), *Sociologie du travail et gestion des ressources humaines*, 3^{ème} édition, Bruxelles, De Boek Université, 342 p.

DEJOURS Christophe (2000), « Violence et domination », in : *Travailler*, N°3, pp. 11-31.

DEJOURS Christophe (2000), *Souffrance en France, la banalisation de l'injustice sociale*, Paris, Le seuil, 225 p.

DI MARTINO Vittorio, CHAPPELL Duncan (2000), *La violence au travail*, Genève, BIT, 193 p.

DI MARTINO Vittorio (1992), « Preventing stress at work », in : *Conditions of work digest*, Geneva, International labour Office, Volume 11, Number 12, 41 p.

- DI MARTINO Vittorio, HOEL Helge, COOPER Cary L. (2003), *Prévention du harcèlement et de la violence sur le lieu de travail*, Luxembourg, Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de travail, Office des publications officielles des Communautés européennes, 105 p.
- DUCRET Véronique /Avec la collaboration de BARONE Anne-Marie et GAFNER Magalie / (2001), *Pour une entreprise sans harcèlement sexuel / Un guide pratique*, Chêne-Bourg, Genève et Paris, Georg Editeur, 159 p.
- DUCRET Véronique (1993), /Avec la collaboration de BARONE Anne-Marie et Gafner Magalie, *Pour une entreprise sans harcèlement sexuel / Un guide pratique*, Chêne-Bourg/ Genève, Paris, Georg Editeur, 2001, 159 p.
- DUDEN (1996), *Die deutsche Rechtschreibung*, Mannheim/Leipzig/Vienne/Zurich, Duden, 910 p.
- DUNAND Jean-Philippe (2006), « Le harcèlement psychologique (mobbing) en droit privé suisse du travail » in : *RJN*, p. 17.
- DUNAND Jean-Philippe (2007), « Le harcèlement psychologique en droit suisse », in : *Le Harcèlement moral dans l'entreprise / Cinq ans après la Loi de modernisation sociale. Semaine sociale Lamy*, Supplément N° 1315, (2007) Actes de la journée d'étude organisée le 15 décembre 2006 à la Faculté de droit de Nancy par le CERIT-CRDP. Travaux coordonnés par Patrice Adam.
- DURIEUX Albert, JOURDAIN Stéphane (1999), *L'entreprise barbare*, Paris, Albin Michel, 238 p.
- EMERY Yves (2003), *Renouveler la gestion des ressources humaines, une approche axée sur la valeur ajoutée pour les organismes publics et les entreprises privées*, Lausanne, Presses Polytechniques Universitaires Romandes (collection « Diriger l'entreprise»), 247 p.
- EMERY Yves, GONIN François (2006), *Dynamiser la gestion des ressources humaines*, Lausanne, Presses Polytechniques Universitaires Romandes (collection « Management »), 328 p.
- FERREOL Gilles, BELOEIL-BENOIST Yves Jean, BLANQUET Marc et al. (2000), sous la direction de Gilles FERREOL, *Dictionnaire de l'Union européenne*, Paris, Armand Colin, 191 p.
- FROMAIGEAT Denise, WENNUBST Gabriella (2000), *Souffrance psychologique au travail Guide dans les méandres du harcèlement psychologique*, Genève, OCIRT, 115 p.
- GARCIA Ada, HUE Catherine, et al. (2002), *Violences au travail / Harcèlement moral et sexuel : Caractéristiques et conséquences sur les travailleurs féminins et masculins / Projet réalisé à l'initiative du Ministère de l'Emploi et du Travail, direction de l'humanisation du travail, avec le soutien du Fonds social européen*, Louvain, Université catholique, Département des sciences politiques et sociales, 95 p.

GARCIA PELAYO Y GROSS Ramón et TESTAS Jean (1987), *Dictionnaire français-espagnol/espagnol-français*, Paris, Editions Larousse.

GARCIA PELAYO Y GROSS Ramón et TESTAS Jean, DURAND Micheline (2007), *Dictionnaire français-espagnol/espagnol-français*, Paris, Editions Larousse.

GASSITO Maria Grazia, FATTORINI Emanuela, GILIOLI Renato *et al.* (2004), « Qu'est-ce que le harcèlement moral sur le lieu de travail ? », in : *Série protection de la santé*, Genève, Série protection de la santé des travailleurs, n°4, p. 4

GBÉZO Bernard E. (2000), *Agressivité et violences au travail / Comment y faire face*, Paris, ESF Editeurs, (Collection « Formation permanente, séminaires Mucchielli »), 182 p.

GOLAY Christophe (2002), *Vers la justiciabilité du droit à l'alimentation*, Genève, HEI. Institut universitaire des hautes études internationales, *mémoire de diplôme*, DES relations internationales, droit international, 2002/09, Editeur : AIDH. Association Internet pour la promotion des droits de l'homme. Genève. 75 p.

GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean / Sous la direction de GUINCHARD Serge et MONTAGNIER Gabriel (2010), *Lexique des termes juridiques / 17^{ème} édition*, Paris, Dalloz, 769 p.

GUILLEMY Nathalie (2006), *Stress et harcèlement moral : aperçu réglementaire et jurisprudence*, Paris, INRS – informations juridiques, 15 p.

GUY-ECABERT Christine (2002), *Procédure administrative et médiation*, Bruylant, Bruxelles, 292 p.

HAAS Henriette (2001), *Agressions et victimisations : une enquête sur les délinquants violents et sexuels non détectés – Gewalt und Viktimierung : eine Untersuchung zu nicht entdeckten Gewalt und Sexualstraftätern*, Aarau, Sauerländer (Série scientifique / Enquêtes fédérales auprès de la jeunesse et des recrues), vol. 15, 483 p.

HIRIGOYEN Marie-France (1998), *Le harcèlement moral, la violence perverse au quotidien*, Paris, Editions La Découverte et Syros, 216 p.

HIRIGOYEN Marie-France (2001), *Le harcèlement moral dans la vie professionnelle/ Démêler le vrai du faux*, Paris, Editions La Découverte, 289 p.

HIRIGOYEN Marie-France (2002), *Le harcèlement moral dans la vie professionnelle*, Paris, Pocket, 190 p.

JACQUARD Albert, PLANÈS Huguette (1997), *Petite philosophie à l'usage des non-philosophes*, Paris, Calmann-Levy, 232 p.

JACQMAIN Jean (2000 et 2001), *Violences au travail / Harcèlement moral et sexuel : Caractéristiques et conséquences sur les travailleurs féminins et masculins / Projet réalisé à l'initiative du Ministère de l'Emploi et du Travail, direction de l'humanisation du travail, avec le soutien du Fonds social européen*, Louvain, Université catholique, Département des sciences politiques et sociales, 95 p.

JEANDET Catherine, KÜNZI Denise, KÜNZI Gilbert, VICARIO Angelo (2006), *Harcèlement sur le lieu de travail / L'entreprise en question*, Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 298 p.

JELLINEK Georg (1982), *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Edition originale 1892, réédité par Elibron Classics, 342 p.

KAUFMANN Claudia in : BIGLER-EGGENBERGER Margrith & KAUFMANN Claudia (2000), *Commentaire de la loi sur l'égalité*, Lausanne, Union syndicale suisse et Bureau fédéral de l'égalité entre les femmes et les hommes, Réalités sociales, 518 p.

KEYNES John Maynard (1936), *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, Cambridge, University Press, édition française, Payot, Paris, 1949, 407 p.

KILLIAS Martin, KUHN André, DONGOIS Nathalie, AEBI Marcelo F. (2007), *Précis de droit pénal général*, Berne, Stämpfli Editions SA, 378 p., p. 64.

KNAPP Blaise (2005), *Précis de droit administratif / Deuxième édition revue et corrigée*, Bâle, Editions Helbing & Lichtenhahn, 490 p.

LAZARUS Richard, FOLKMAN Susan (1984), *Stress, Appraisal, and Coping*, New York, Springer, 280 p.

LEMPEN Karine (2006), *Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur*, Genève, Schulthess, 386 p.

LEYMANN Heinz (1990), « Mobbing and psychological terror at workplaces », in : *Violence and victims*, Vol. 5, pp. 119-126.

LEYMANN Heinz (1993), *Mobbing, Psychoterror am Arbeitsplatz und wie man sich dagegen wehren kann*, Hamburg, Reinbeck, 133 p.

LEYMANN Heinz (1996), *Mobbing / La persécution au travail*, Paris, Editions du Seuil, 231 p.

LICATA Laurent, SANCHEZ-MAZAS Margarita (2005), « Pour une psychologie sociale de l'altérité », in : *L'Autre : regards psychosociaux*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, M. Sanchez-Mazas et L. Licata Eds., pp. 9-21.

Dictionnaire de la langue française, dit le Littré, Paris, Hachette, version en ligne (<http://litre.reverso.net/dictionnaire-francais/>).

LLORENS Clara et al. (2002), *Informe sobre los casos de acoso moral en la red de asesores técnicos*, ISTAS (Instituto sindical de trabajo ambiente y salud), 18 p.

LORENZ Konrad (1977), *L'Agression, une histoire naturelle du mal* (traduit de l'allemand), Paris, Flammarion, 240 p.

LORHO Frank et HILP Ulrich (2001), *Le harcèlement moral au travail / Sous la direction de Lothar Bauer*, Luxembourg, Parlement européen, Division des Affaires sociales et juridiques, direction générale des études (Série « Affaires Sociales », SOCI 108 FR), 37 p.

MARSAN Christine (2005), *Gérer les conflits de personnes, de management, d'organisation*, Paris, Dunod (collection « Fonction de l'entreprise»), 232 p.

MAYAUD Yves et ALLAIN Emmanuelle (2007), *Code pénal français*, Paris, Dalloz (104^{ème} édition), 2543 p.

MOOR Pierre (1994) *Droit administratif, Vol. 1 Les fondements généraux*, Staempfli, Bern, 556 p.

NOTHOMB Amélie (1999), *Stupeur et tremblements*, Paris, Albin Michel, 176 p.

OLWEUS Dan (1972), « Personality and aggression », in : *Nebraska symposium on motivation*.- Lincoln, University of Nebraska Press, J.K. Cole & D.D. Jensen (Eds).

OLWEUS Dan (1993), *Bullying at school : What we know and what we can do (Understanding children's worlds*, Oxford, Blackwell Publishers, 140 p.

OLWEUS, Dan (1999), *Violence entre élèves, harcèlement et brutalités. Les faits, les solutions*, Paris, ESF éditeur (Editions Sociales françaises), 108 p.

PAOLI, Pascal et MERLLIÉ, Damien (2001), *Troisième enquête européenne sur les conditions de travail 2000*, European foundation for the improvement of living and working conditions (appelée couramment en français « Fondation de Dublin »), Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 73 p.

PERETTI Jean-Marie (2005), *Dictionnaire des Ressources humaines / 4^è édition*, Paris, Vuibert, 277 p.

POILPOT-ROCABOY Gwenaëlle (1998), « Violation du contrat psychologique et harcèlement professionnel », in : *Gestion 2000*, n°4, pp. 15-24, 31-34.

POILPOT-ROCABOY Gwenaëlle (1998), « La fonction GRH comme garant du respect du contrat psychologique relationnel dans l'entreprise : Le cas du harcèlement professionnel », in : ALLOUCHE José et SIRE Bruno (1998), *Ressources humaines : une gestion éclatée*, Paris, Economica, 412 p., pp. 273-291.

POILPOT-ROCABOY Gwenaëlle (2000), « Le harcèlement professionnel : proposition d'un cadre d'analyse », in : *Revue française de Gestion*, n°127, pp. 31-51.

POZO José Hurtado (1998) *Droit pénal, Partie spéciale I & II*, Zurich, Schulthess, 412 & 181 p.

PULVER, Bernhard (2003), *L'interdiction de la discrimination au sens de l'article 8 al. 2 de la Constitution fédérale du 18.04.1999*, Neuchâtel, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, (collection « Droits de l'homme et libertés fondamentales »), XVII, 389 p.

RAMACIOTTI Daniel, PERRIARD Julien, KIENER Alain (2003), *Le coût du stress en Suisse*, Berne, SECO, 2003, 135 p., RAVISY Philippe (2004), *Le harcèlement moral au travail*, Paris, Editions Delmas Express, 3^{ème} édition, 241 p.

RHODES Daniel et Kathleen (2000), *Le harcèlement psychologique*, Paris, Editions Marabout, 189 p.

ROLAND Henri, BOYER Laurent (1991), *Dictionnaire des expressions juridiques*, Lyon, L'Hermès, 462 p.

Le Nouveau petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, nouvelle édition du Petit Robert, texte remanié et amplifié sous la direction de Josette Rey-Debove et Alain Rey, Paris, 2009, 2837 p.

ROLAND Henri (2002), *Lexique juridique des expressions latines*, Paris, Editions Litec, 255 p.

ROSANVALLON Pierre (1981), *La crise de l'Etat providence*, Paris, Le Seuil, 183 p.

RUBENSTEIN Michael et VRIES Ineke M. (1994), *Comment combattre le harcèlement sexuel/Guide pour l'application du code pratique de la Commission européenne*, Bruxelles, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 115 p.

RUSIN Philippe (2007), « Pologne « libérale » versus Pologne « solidaire » Les deux facettes de la transition vers l'économie de marché », in : *Etudes du CEFRES* (Centre Français de recherches sociales), n° 9, janvier 2007 (pp. 1-31).

SANCHEZ-MAZAS Margarita, KOUBI Geneviève (2005), *Le harcèlement. De la société solidaire à la société solitaire*. Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 192 p. Contributions de: BRIMAN Joel (Université Fédérale de Rio de Janeiro), CARREITERO Teresa (Université de Rio de Janeiro), ELCHEROTH Guy (Université de Lausanne), ENRIQUEZ Eugène (Université de Paris VII), FERREIRA Nelly (Université de Cergy-Pontoise), DE GAULEJAC Vincent (Laboratoire de Changement Social, Paris), GUILLET Nicolas (Université de Cergy-Pontoise), HAROCHE Claudine (CNRS, Paris), KOUBI Geneviève (Université de Cergy-Pontoise), LHUILIER Dominique (Université de Paris VII), MAESSCHALCK Marc (Université de Louvain-la-Neuve), PUPPO Alberto (Université de Cergy-Pontoise), SANCHEZ-MAZAS Margarita (Université Libre de Bruxelles), VRANCX Virginie (Université Libre de Bruxelles).

SANCHEZ-MAZAS Margarita (2005), « Penser le social dans la vulnérabilité collective », in : *Le harcèlement. De la société solidaire à la société solitaire*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, M. Sanchez-Mazas, & G. Koubi Eds., pp. 181-186.

SANCHEZ-MAZAS Margarita (2007), *Violence ou persuasion ? Défis de reconnaissance et opportunités d'action dans les sociétés contemporaines*, DIOGENE, International Council for Philosophy and Humanistic Studies - UNESCO - numéro spécial / Formes et mécanismes de la persuasion, 184 p., pp. 116-132.

SANCHEZ-MAZAS Margarita, VRANCX Virginie (2005), *Violence psychologique, dépendance et pouvoir libéral*, in : *Le harcèlement. De la société solidaire à la société solitaire*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, M. Sanchez-Mazas, & G. Koubi Eds., pp. 115-124.

SEKIOU Lakdhar, BLONDIN Louise, FABI, Bruno *et al.* (2001), *Gestion des Ressources humaines / 2^{ème} édition*, Bruxelles, Editions De Boeck Université, (collection « Diriger l'entreprise »), 814 p.

SPITZER Robert L. *et al.*, *DSM-IV-TR, cas cliniques* ; trad. coord. par Marc-Antoine CROCQ ; American Psychiatric Association, ISSY-les-Moulineaux : Elsevier Masson, 470 p. (Le DSM V est en cours d'écriture).

STEINER Georges (1989), *Après Babel / Une poétique du dire et de la traduction*, Paris, Albin Michel, 470 p.

TERCIER Pierre (1984), *Le nouveau droit de la personnalité*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 330 p.

TERREL Peter, Rédacteur en chef (1996), *Harrap's shorter dictionary / English-French / French-English – Dictionnaire / Français – Anglais / Anglais / Français.* Cambridge, Chamber Harrap's Publishers.

TERCIER Pierre (1984), *Le nouveau droit de la personnalité*, Zurich, Schultess Poligraphischer Verlag, 330 p.

TSCHAN Franziska (2008) *in* : Santé et travail /sous la direction de GUILLOD, Olivier, éditeur/, 14^{ème} journée de droit de la santé de l'Institut de droit de la santé (Université de Neuchâtel), Berne, Editions Weblaw, p. 140. WAEBER Jean-Bernard (1998), « Le mobbing ou harcèlement psychologique au travail, quelles solutions ? », *in* : *Pratique juridique actuelle* 7/98, pp. 792 ss.

WAEBER Jean-Bernard (2002), « La protection de la personnalité dans les rapports de travail », *in* : AUBERT Gabriel, GUINCHARD Jean-Marc, PICCOT Marcel, *Le droit du travail en pratique; Harcèlement au travail*, Bâle, Genève, Schulthess Médias Juridiques SA, vol. 22, 154 p.

WENNUBST Gabriella (1999), *Le mobbing (ou harcèlement psychologique) analysé sur le lieu de travail.* - Lausanne, Editions réalités sociales, 248 p.

WENNUBST Gabriella (2004), « Mobbing, thème choisi : La définition », *in* : *Revue du Centre d'études des droits de la personnalité*, cahier N°1, p. 19.

WERRO Franz (2002), « Les fondements de la responsabilité civile : quoi de neuf ? », *in* : *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile : actualités et perspectives*, Berne, Stämpfli Editions SA, 282 p.

WYLER Rémy (2008), *Droit du travail*, Zurich, Stämpfli, 1008 p.

ZAPF Dieter (1999), « Mobbing in Organisation / Überblick zum Stand der Forschung », *in* : *Zeitschrift für Arbeits und Organisationspsychologie*, Göttingen, Hogrefe-Verlag, Vol. 43 (N.F:17) 1, pp. 1-25.

ZAPF Dieter, EINARSEN Stale (2003), « Individual antecedents of bullying: Victims and perpetrators », *in* : *Bullying and emotional abuse in the workplace. International perspectives in research and practice*, EINARSEN, HOEL, ZAPF, & COOPER, Eds., London, Taylor & Francis, pp. 165-184.

Dictionnaires

ALLAND Denis et RIALS Stéphane (2003), *Dictionnaire de la culture juridique* / Sous la direction de Denis Alland et Stéphane Rial, Paris, Lamy, PUF Quadrige Dicos poche, 1649 p.

FERREOL Gilles, BELOEIL-BENOIST Yves Jean, BLANQUET Marc et al. (2000), sous la direction de GILLES FERREOL, *Dictionnaire de l'Union européenne*, Paris, Armand Colin, 191 p.

GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean / Sous la direction de GUINCHARD Serge et MONTAGNIER Gabriel (2010), *Lexique des termes juridiques* / 17^{ème} édition, Paris, Dalloz, 769 p.

LÓPEZ GARCÍA MOLINS Angel (1985), *Diccionario de sinónimos y antónimos de la lengua española*, Valencia, Editorial Alfredo Ortells, 1114 p.

Le Nouveau petit Robert / Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française / Nouvelle édition du Petit Robert de Paul Robert / Texte remanié et amplifié sous la direction de Josette Rey-Debove et Alain Rey.- Paris, 2009, 2837 p.

Le petit Robert des noms propres, Editions le petit Robert, Paris, 2010, 2470 p.

PERETTI Jean-Marie (2005), *Dictionnaire des Ressources humaines* / 4^{ème} édition, Paris, Vuibert, 277 p.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1984), *Diccionario de la lengua española* / *Vigésima edición*, Madrid, 1984 (2 tomes).

ROBERT Paul (1975) *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Editions le Robert.

ROBERT & COLLINS *et al.* (2006), *Dictionnaire français-anglais et anglais-français*, 8^{ème} édition, Paris, Dictionnaires le Robert, 2285 p.

ROLAND Henri, BOYER Laurent, (1991) *Dictionnaire des expressions juridiques*, Lyon, L'Hermès, 462 p.

SOPENA Ramón (1988), *Diccionario enciclopédico ilustrado*, Barcelona, Editorial Ramón Sopena (5 tomes).

Textes référencés

Suisse

Loi fédérale concernant le travail dans les fabriques (du 23 mars 1877), Feuille fédérale, Vol. 2, Cahier 8, du 25 avril 1877, pp. 113-126 (Ref. 10 064 550).

Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 210).

Code des obligations, Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) RS 220, RO27 321.

Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail), du 13 mars 1964 (822.11).

Loi fédérale sur le régime des allocations pour perte de gain en faveur des personnes servant dans l'armée, dans le service civil ou dans la protection civile (Loi sur les allocations pour perte de gain, LAPG, RS 834.1).

Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail (Hygiène, OLT 3), RS 822.113.

Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS 101).

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

Loi du 12 novembre 2001 sur le personnel de l'Etat de Vaud (RSV 1.6).

Exposé des motifs de la LPers du Canton de Vaud (R 2001).

Règlement relatif à la gestion des conflits au travail et à la lutte contre le harcèlement (RCTH), du 9 décembre 2002 (RSV 172.31.7).

Europe

Traité instituant la Communauté économique européenne, aussi appelé « Traité de Rome », signé à Rome le 25 mars 1957, version consolidée (*Journal officiel* du 29.12.2006, C 321 p. E/1-E/331).

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome le 4 novembre 1950, art. 3, Le texte original anglais de la Convention peut être obtenu auprès de l'OFCL, vente des publications fédérales, 3003 Berne (RO 1975 614).

Règlement (CEE) n° 1365/75 du Conseil, du 26 mai 1975, concernant la *création d'une Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail*, pour travailler dans des domaines spécialisés de la réglementation au sein de

l'Union européenne, pour contribuer à l'élaboration de meilleures conditions de vie et de travail en Europe (*JO L 139 du 30.5.1975, pp. 1-4*).

Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail (*Journal officiel n° L 039 du 14/02/1976 p. 0040-0042*).

Recommandation du Conseil, du 13 décembre 1984, relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes, document 384H0635 (*Journal officiel n° L 331 du 19/12/1984 p. 0034-0035*).

Résolution du Parlement européen du 11 juin 1986 sur la violence contre les femmes (*Journal officiel n° C 176 du 14/07/1986 p. 0073*).

Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail (*Journal officiel n° L 183 du 29/06/1989 p. 0001-0008*).

Résolution du Conseil, du 29 mai 1990 des Communautés européennes concernant la protection de la dignité de la femme et de l'homme au travail, 90/C 157/02 (*Journal officiel n° C 157 du 27/06/1990 p. 0003-0004*).

Recommandation de la Commission, du 27 novembre 1991, sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail, 92/131/CEE (*Journal officiel n° L 049 du 24/02/1992 p. 0001-0008*).

Déclaration du Conseil, du 19 décembre 1991, concernant la mise en œuvre de la recommandation de la Commission sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail, y compris le code de pratique visant à combattre le harcèlement sexuel Conseil de la Commission des Communautés européennes, Document 392Y0204 (01) □ (*Journal officiel n° C 027 du 04/02/1992 p. 0001*).

Résolution du Parlement européen, du 14 février 1994 sur la désignation d'un conseiller au sein des entreprises (*Journal officiel C 61 du 28.2.1994, p. 246*).

Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail dans l'Union Européenne, Document de travail de la Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des relations industrielles et des affaires sociales, 1998 Unité V/D.5.

Décret n° 2000-110, du 4 février 2000, portant publication de la Charte sociale européenne (révisée), faite à Strasbourg le 3 mai 1996, NOR : MAEJ0030001D (*JO n° 36 du 12 février 2000, p. 2230*).

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000/C 364/01 (*Journal officiel des Communautés européennes, 18.12.2000 C 364/01-364/22*).

Directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans discrimination de race ou d'origine ethnique (*Journal officiel des Communautés européennes du 19 juillet 2000, L 180/22-180/26*).

Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*Journal officiel, Union européenne, 02.12.2000, n° L 303, pp. 16-22*).

Rapport sur le harcèlement au travail, du 16 juillet 2001, 2001/2339(INI), ANDERSSON, Jan., A5-0283/2001.

Débat du 31 mai 2001 au Parlement européen, sur les droits de la femme et l'égalité de traitement, doc.: A5-0173/2001.

S'adapter aux changements du travail et de la société : une nouvelle stratégie communautaire de santé et de sécurité 2002-2006, Communication de la Commission : COM (2002) 118 final.

Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002, modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, sur le fondement des articles 13, 141.3 et 4 du traité CE et du concept de « discrimination positive », prévue à l'article 141.4 du Traité CE (*JO n° L 269 du 5.10.2002, pp. 15-20*).

Traité CE, Union européenne/Version consolidée du traité sur l'Union européenne et du traité instituant la Communauté européenne (*Journal officiel n° C 325/1 du 24/12/2002 pp. 0001-0184*).

Prévention du harcèlement et de la violence sur le lieu de travail.- Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, Office des Publications officielles des Communautés européennes, 2003, VII, 102 p.

Traité d'adhésion de dix nouveaux Etats à l'Union européenne, 16 avril 2003.

26^{ème} rapport annuel d'activités du Comité consultatif pour la sécurité, l'hygiène et la protection de la santé sur le lieu de travail, 12 juin 2003, COM (2003) 346 final.

Rapport de la Commission au Conseil européen de printemps : "Réalisons Lisbonne" / réformes pour une union élargie, COM (2004) 29 final, Bruxelles, le 20 février 2004.

Décision du Conseil du 2 novembre 2004 instituant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, 2004/752/CE, Euratom (*JO du 09 novembre 2004 L/333, pp. 7-11*).

Directive 2006/54 CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) (*Journal officiel, L 204, du 26 07. 2006, pp. 23-36*).

Livre vert : moderniser du droit du travail nécessaire pour relever les défis du XXI^{ème} siècle, du 22 novembre 2006, Bruxelles, Commission des communautés européennes, COM(2006) 708 final.

Versions consolidées du Traité sur l'Union européenne et du Traité instituant la Communauté européenne (*Journal officiel* n° C 321 E du 29 décembre 2006).

Projet de rapport sur la modernisation du droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, du 17 avril 2007, Commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, Rapporteur : Jacek PROTASIEWICZ, 2007-2023(INI), PR\659979FR.doc, PE 386.608v01-00.

Résolution du Parlement européen sur la modernisation du droit du travail nécessaire pour relever les défis du XXI^{ème} siècle, du 11 juillet 2007, Bruxelles, A6-0247/2007 / P6-TA-PROV (2007) 0339.

France :

Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, Loi dite loi Le Pors (JO du 14 juillet 1983).

Avis portant sur le « harcèlement moral » dans les relations de travail /Adopté par l'Assemblée plénière, du 29 juin 2000 de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH), République française (non publié).

Le projet de loi « de modernisation sociale » adopté par l'Assemblée nationale : proposition d'amendements, Rapport présenté par Mr Gérard Lissorgues à l'assemblée générale de la chambre de commerce et d'industrie de Paris, le 29 mars 2001.

Décision du Conseil constitutionnel n° 2001-455 DC, du 12 janvier 2002, □ (sur la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale).

Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (JO du 18 janvier 2002, p. 1008).

Loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques (J.O n° 3 du 4 janvier 2003 p. 255), NOR: SOCX0200158L.

Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (JO du 10 mars 2004, p. 4567).

Code pénal français, MAYAUD Yves et ALLAIN Emmanuelle, Edition 2007 (104^{ème} édition), Dalloz, 2007.

Ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007 (JORF n° 61 du 13 mars 2007, p. 37003).

Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (JORF du 28 mai 2008).

Code du travail, versions successives mis à jour régulièrement, avec prévision des versions à venir, accessibles sur www.legifrance.gouv.fr.

Suède

Victimization at work, Ordinance AFS 1993 : 17, adoptée le 21 septembre 1993, Ordinance of the National Board of Occupational Safety and Health containing Provisions on measures against Victimization at Work, together with General Recommendations on the implementation of the Provisions.

Directive Suédoise AFS 1993 : 17 « harcèlement moral et législation : pour une approche collective intégrée dans la politique de santé au travail »/ traduite en français par Laurent Vogel, BTS newsletters, N°19-20, septembre 2002.

Espagne

Ley de funcionarios civiles del Estado/Texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero / Texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero (Incluye la modificación introducida por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre) por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (BOE n° 40, 15/2/1964, pp. 9654 - 9688).

Constitución Española de 1978 (BOE n° 311, 29/12/1978, pp. 29315-29424).

Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, incorporando las modificaciones introducidas por la misma así como las efectuadas por las disposiciones legales que enumera (BOE n° 64, 14/03/1984).

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE n° 75, 29/03/1995, pp. 9654-9688).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal □(BOE n° 281, 24/11/1995, pp. 33987-34058).

Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra (BOE n° 284, 28/11/1995, pp. 34269-34270).

Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (BOE n. 269, 10/11/1995, pp. 32590-32611).

Ley 6/1997 de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (BOE n° 90, 15/4/1997, pp.11755-11773).

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE n° 189, 8/8/2000, pp. 28285-28300).

Ley 33/2002, de 5 de julio, de modificación del artículo 28 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE n° 161, 6/7/2002, p. 24683).

Ley 62 de 30/12/2003, de medidas fiscales administrativas y de orden social (BOE n° 313 de 31/12/2003 p. 46874).

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE n° 313, 29/12/2004, 42166-42197).

Resolución de 11 de abril de 2006, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio colectivo de Grandes Almacenes (BOE n° 100, 27/4/2006, pp. 16483-16504).

Ley 7/2007, de 12 de abril 2007, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE n° 89, 13/04/2007, pp. 16270-16299).

Belgique

Loi relative aux contrats de travail du 3 juillet 1978 (Moniteur Belge du 22.08.1978 N° 160, p. 9277).

Arrêté royal du 9 mars 1995 organisant la protection des membres du personnel contre le harcèlement sexuel sur les lieux de travail dans les administrations et autres services des ministères fédéraux ainsi que dans certains organismes d'intérêt public (Moniteur Belge du 6.04. 1995, no 70, pp. 8622-8624).

Loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, (Moniteur Belge du 18.9.1996), modifiée par la Loi du 6 février 2007, modifiant la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail en ce qui concerne les procédures judiciaires (Moniteur Belge du 6/06/2007, p. 200951).

Arrêté royal du 27 mars 1998 relatif à la politique du bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail (Moniteur Belge du 31.02.1998, p. 40074).

Loi du 30 octobre 1998 qui insère un article 442 bis dans le Code pénal en vue d'incriminer le harcèlement (Moniteur Belge du 17.12.1998, p. 9993).

Loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale (Moniteur Belge du 19.06.1999, p. 23156).

Proposition de loi relative au harcèlement moral par la dégradation délibérée des conditions de travail (Doc 2-419/1 du Sénat de Belgique, session de 1999-2000, déposée par M. Philippe Mahoux et Mme Myriam Vanlerberghe).

Arrêté royal du 13 mai 1999 modifiant l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'Etat et l'arrêté royal du 8 janvier 1973 fixant le statut du personnel de certains organismes d'intérêt public (Moniteur Belge du 14.07. 1999, p. 27076).

Chambres des représentants de Belgique, Projet de loi relative à la protection contre la violence, le harcèlement moral et sexuel au travail, Doc. 1583/001 du 9 janvier 2002.

Chambre des représentants de Belgique Projet de loi (I) relative à la protection contre la violence, le harcèlement moral et sexuel au travail Projet de loi (II) modifiant le Code judiciaire à propos de la loi du ... relative à la protection contre la violence, le harcèlement moral et sexuel au travail, 9 janvier 2002, Doc 50 1583/001 et Doc 50 1584/001.

Arrêté royal du 3 février 2002 portant création du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale (Moniteur Belge du 07.02.2002, n° 40, p. 4217).

Loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail (Moniteur Belge du 22.06.2002, p. 28521).

Loi du 17 juin 2002 modifiant le Code judiciaire à l'occasion de la loi du 11 juin 2002 relatif à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail (Moniteur Belge du 25.06.2002, p. 12829).

Arrêté royal du 11 juillet 2002 relatif à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail (Moniteur Belge du 18.07.2002, p. 32501).

Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (Moniteur Belge du 17.03.2003, p. 12844).

Loi du 6 février 2007, modifiant la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail en ce qui concerne les procédures judiciaires (Moniteur Belge du 6.06.2007, p. 200951).

Irlande

Code of Practice for Employers and Employees on the Prevention and Resolution of Bullying at Work, Health and safety authority, James Joyce street, Dublin, Ref. HSA0227 March 2007.

Lexique

L'existence de ce lexique de base, est justifiée par le fait que cet ouvrage ne s'adresse pas aux seuls juristes, mais à tous les employés, professeurs ou non, de l'administration, et, plus généralement, à tous ceux qui peuvent se sentir concernés par le mobbing. Les définitions ci-dessous sont formulées selon le droit positif auxquelles elles s'appliquent au cours du présent volume.

Abus de droit : fait par le titulaire d'un droit de le mettre en œuvre hors de sa finalité ou, selon un autre critère, sans intérêt pour soi-même et dans le seul but de nuire à autrui. Constitutif d'une faute, il pourra donner lieu à réparation civile dans les conditions du droit commun.

Abus de faiblesse : exploitation de l'état d'ignorance, de vulnérabilité ou de sujétion psychologique ou physique d'une personne pour l'amener à prendre des engagements dont elle est incapable d'apprécier la portée. L'abus de faiblesse est traité comme un vice du consentement, tantôt dol, tantôt violence, et peut constituer un délit pénal dans certains ordres juridiques.

Acte illicite : voir « illicéité ».

Action civile : action en réparation d'un dommage directement causé par un crime, un délit ou une contravention. Appartenant à tous ceux qui ont souffert un dommage, elle peut le plus souvent, selon les ordres juridiques, être exercée par la victime, soit en même temps que l'action publique devant les juridictions répressives, soit séparément de l'action publique devant les juridictions civiles (GUILLIEN, VINCENT, 2010).

Action en réparation : voie de droit permettant à une personne d'obtenir la condamnation du défendeur au paiement d'une somme d'argent (ou à l'allocation d'une autre réparation) en compensation des souffrances physiques ou morales qui lui ont été causées (TERCIER, 1984, n. 1954).

Action en prévention : distincte de l'action en réparation du tort moral puisqu'elle concerne une atteinte qui ne s'est pas encore produite (TERCIER, 1984, n. 1959).

Action en cessation : suppose que l'atteinte dure encore, tout comme l'**action en constatation** (TERCIER, 1984, n. 1960, 1961).

Action en dommages-intérêts ou dommages et intérêts : se distingue de la réparation morale par son objet. L'action en dommages-intérêts concerne le dommage au sens propre, alors que l'action en réparation du tort moral concerne les souffrances occasionnées (TERCIER, 1984, n. 1955 et 1062).

Atteinte : tous comportements humains (positifs ou négatifs) par lesquels un sujet peut mettre en péril ou léser les biens de la personnalité d'autrui, en violation des droits qui la protège (TERCIER, 1984, n. 114, 550).

Au sens étroit, se rapporte au comportement par lequel une personne s'en prend de quelque façon aux biens de la personnalité d'autrui.

Au sens large, trouble que subit une personne dans sa personnalité du fait du comportement d'un tiers (TERCIER, 1984, n. 541).

Atteinte (acte isolé) : limité dans le temps, produit immédiatement ou par la suite l'effet qui lui est attaché (TERCIER, 1984, n. 561).

Atteinte (état) : se prolonge dans le temps, et est provoquée par des actes répétés ou une attitude prolongée (TERCIER, 1984, n. 562).

Atteinte à la personnalité : voir « atteinte » et « personnalité ».

Biens de la personnalité : ensemble des biens inhérents à chaque personne, biens qui lui appartiennent de sa naissance à sa mort de par sa seule qualité de personne physique ou morale (TERCIER, 1984, n. 314).

Conciliation : En droit du travail, phase obligatoire de l'instance prud'homale qui précède la procédure devant le bureau de jugement, pendant laquelle deux juges tentent de mettre les deux parties d'accord. Procédure de conciliation, de règlement amiable des conflits collectifs du travail. La procédure de conciliation est facultative sauf convention la rendant obligatoire. Procédure civile : phase préalable de certains procès, au cours de laquelle le juge essaie d'amener les plaideurs à un règlement amiable (ainsi séparation de corps ou divorce). Sauf exception légale (conseil des prud'hommes, tribunal paritaire des baux ruraux), il n'y a pas de tentative obligatoire de conciliation dans les procès civils, commerciaux, sociaux. Mais le juge peut toujours essayer de concilier les parties, à toute hauteur de la procédure (GUILLIEN, VINCENT, 2010).

CEDH : expression abrégée mais usuelle de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, adoptée le 4 novembre 1950 par les Etats membres du Conseil de l'Europe pour imposer aux Etats signataires le respect des principaux droits fondamentaux, consacrés par la Convention susmentionnée. Il s'agit d'un texte de droit positif assorti d'un mécanisme de garantie la Cour européenne des droits de l'homme.

Commission européenne : Organe commun depuis le 1^{er} juillet 1967 à la CECA, à la CEE et à Euratom composé de membres nommés d'un commun accord par les gouvernements des États membres (2 membres pour les États importants et un seul pour les autres), mais restant indépendants d'eux. Le Président est désigné d'un commun accord par les gouvernements des États membres mais cette nomination doit être approuvée par le Parlement européen (GUILLIEN, VINCENT, 2010).

Conseil européen : réunions régulières depuis 1975 des Chefs d'Etats (France) ou de gouvernements (autres pays) des Etats membres de l'Union européenne, assistés par les ministres des affaires étrangères et le président de la Commission. Cet organe a été conçu pour donner un nouvel élan à la construction européenne (GUILLIEN, VINCENT, 2010, p.164).

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH) conclue à Rome le 4 novembre 1950, art. 3 et 6 (RO 1975-614). Afin d'éviter toute confusion, nous adopterons ci-après comme convention d'abréviation « CESDH » pour la « Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales », et « CEDH », pour la « Cour Européenne des Droits de l'Homme ».

Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) : juridiction créée dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui assure le contrôle du respect de dite convention.

Cour de justice des Communautés Européennes (CJCE) : organe juridictionnel chargé d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités. Elle a exercé un rôle moteur dans la construction communautaire par une interprétation souvent extensive des compétences de l'Union, par l'unité qu'elle assure au droit communautaire et par la sanction de ses éventuelles violations.

Déclaration : action de déclarer ; discours ou écrit par lequel on déclare, (Le petit Robert, 2010). En droit communautaire, notamment, la déclaration n'implique aucun engagement.

Directive européenne : acte liant les Etats membres destinataires quant au résultat à atteindre, tout en leur laissant le choix des moyens et de la forme, à la différence du « règlement » (voir ce mot).

Domage : diminution du patrimoine d'une personne qui se produit sans la volonté de celle-ci. Dans l'acceptation la plus courante, synonyme de **préjudice** (voir ce mot). Pour certains auteurs, fait brut à l'origine de la lésion affectant la personne, le préjudice correspondant, lui, à la conséquence de cette lésion (GUILLIEN, VINCENT, 2010).

Dommages et intérêts : somme d'argent compensatoire du dommage subi par une personne en raison de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'une obligation ou d'un devoir juridique par le cocontractant ou un tiers (GUILLIEN, VINCENT, 2010).

Droits de la personnalité : Ensemble des droits consacrés par le droit privé pour protéger la personnalité (TERCIER, 1984, n. 312).

Egalité des armes ou égalité entre les parties : Voir aussi « procès équitable ». Principe procédural extrait de la CEDH (art. 6). Il tend à protéger l'équilibre procédural entre l'accusation et la défense.

Erga omnes : « à l'égard de tous », expression signifiant qu'un acte ou une décision a un effet à l'égard de tous, et pas seulement à l'égard des personnes directement concernées. (GUILLIEN, VINCENT, 2010).

Erreur de droit : représentation inexacte du contenu de la loi ou ignorance de son existence. L'erreur de droit n'est exclusive de la responsabilité pénale que si elle a été invincible pour le prévenu. (GUILLIEN, VINCENT, 2010).

L'erreur de droit est admise par le Code pénal suisse : Art. 32 Erreur de fait ou erreur de droit

1. Une erreur de fait n'est un motif d'exonération de la responsabilité pénale que si elle fait disparaître l'élément psychologique du crime.
2. Une erreur de droit portant sur la question de savoir si un comportement donné constitue un crime relevant de la compétence de la Cour n'est pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale. Toutefois, une erreur de droit peut être un motif d'exonération de la responsabilité pénale si elle fait disparaître l'élément psychologique du crime ou si elle relève de l'art. 33.

Eurostat : Office statistique des communautés européennes. Voir le site web officiel : (<http://europa.eu.int/comm/eurostat>).

Exonération de la responsabilité : voir « preuve libératoire » (GUILLIEN, VINCENT, 2010).

Faute : manquement de la volonté au devoir imposé par l'ordre juridique (TERCIER, 1984, n. 1879).

Harcèlement : manquement de la volonté au devoir imposé par l'ordre juridique (TERCIER, 1984, n. 1879).

Illicéité : transgression d'une défense de nuire, sans motif justificatif ou comme la violation sans motif justificatif d'un principe de l'ordre juridique destiné à protéger le bien juridique atteint (TERCIER, 1984, n. 587).

Justiciabilité : Condition de celui qui est justiciable (LITTRÉ, 2004).

Lésion : modification de l'état des biens de la personnalité consécutive à une atteinte (TERCIER, 1984, n. 572). Atteinte portée aux intérêts de quelqu'un ; préjudice matériel qui résulte, pour une partie exploitée par l'autre partie, de l'inégalité abusive des prestations du contrat (Le Nouveau petit Robert, 2009).

Médiation : Entremise réalisée par un tiers et destinée à réconcilier les parties en litige. Elle est le principal des modes amiables de règlement des conflits qui présentent une alternative à la justice étatique et même arbitrale [...] (ALLAND, RIALS, 2003, GUY-ECABERT, 2002).

Mobbing : (du verbe to *mob*, en anglais, *molester*) notion qualifiant les agissements hostiles répétés sur une longue durée, commis par une ou plusieurs personnes sur le lieu du travail à l'égard d'un salarié. Se dit d'une conduite abusive se manifestant par des comportements, des paroles, des actes, des gestes, des écrits unilatéraux, de nature à porter atteinte à la personnalité, à la dignité ou à l'intégrité physique d'une personne, à mettre en péril son emploi ou à dégrader le climat de travail (en français : harcèlement moral, PERETTI, 2005).

Motifs justificatifs : faits qui autorisent dans un cas déterminé un sujet à porter atteinte à la personnalité d'autrui. On distingue les « motifs absolus » des « motifs relatifs » (TERCIER, 1984, n. 601).

Motifs justificatifs absolus : le plus souvent reconnus par une disposition légale, autorisent l'auteur à agir comme il l'a fait sans qu'il faille en plus procéder à une pondération. Le motif décrit suffit : la légitime défense, l'exercice d'une charge publique, le consentement de la victime (TERCIER, 1984, n. 604).

Motifs justificatifs relatifs : ils appellent au contraire une véritable pondération des intérêts à laquelle doit procéder le juge, au vu de toutes les circonstances (TERCIER, 1984, n. 604).

Péremption ou **déchéance** : perte d'un droit subjectif par suite de l'expiration du délai dans lequel le titulaire doit l'exercer ou accomplir un acte nécessaire à son exercice (TERCIER, 1984, n. 934). Anéantissement, du fait de l'écoulement d'un délai déterminé, de certains actes, sans retentissement sur le droit qui les justifie (GUILLIEN, VINCENT, 2007).

Préjudice : répercussion qu'a une lésion (voir ce mot) sur les biens de la victime. Lorsque cette répercussion touche le patrimoine, on parle de « dommage », et lorsqu'elle touche le « bien-être », de « **tort moral** » (TERCIER, 1984, n. 574).

Prescription : exception que le débiteur d'une créance ou d'une prétention peut invoquer ensuite de l'écoulement du délai prévu par la loi, afin de paralyser le droit d'**action** (voir ce mot) qui y est lié. Voir aussi « **péremption** » (TERCIER, n. 932).

Prescription de l'action publique : principe selon lequel l'écoulement d'un délai, qui diffère selon les différents droits positifs et selon le type d'infraction, entraîne l'extinction de l'action publique et de ce fait, rend toute poursuite impossible (ROLAND, BOYER, 1991).

Prescription civile : consolidation d'une situation juridique par l'écoulement d'un délai (GUILLIEN, VINCENT, 2010).

Preuves libératoires : lorsque les conditions de la responsabilité sont données, l'employeur peut tenter de s'exonérer de sa responsabilité ou de s'en **libérer**, en apportant des preuves, dites « libératoires ». Pour cela, il doit démontrer sa **diligence dans le choix** de son auxiliaire, la **diligence dans l'instruction** à l'égard de celui-ci, la **diligence dans le contrôle** du travail de son auxiliaire.

Prévention générale : ensemble des mesures réglementaires ou techniques tendant à éviter les accidents ou les maladies (GUILLIEN, VINCENT, 2010).

Principe de subsidiarité : riche d'une longue histoire, Aristote et Saint Augustin y faisaient déjà référence, l'idée consiste à percevoir les groupements les plus vastes, les plus intégrés comme des forces d'appoint, n'intervenant que pour aider les échelons inférieurs de l'organisation sociale, et donc uniquement quand l'action à ce niveau supérieur est plus efficace (FERREOL *et al.*, 2000).

Introduit dans le traité de Maastricht, pour chercher à définir le jeu du partage des compétences entre les Etats membres et la Communauté, et pour répondre à la critique d'extension indéfinie du champ d'action communautaire. La Communauté intervient seulement « si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire. » Le traité d'Amsterdam ajoute un protocole important sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

Le principe de subsidiarité est lié au principe de **proportionnalité**. L'action de la Communauté ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs envisagés.

Procès équitable : le droit à un procès équitable constitue aujourd'hui la pierre angulaire des procédures juridictionnelles. Il faut l'entendre comme le droit à un procès équitable entre toutes les parties (*equus* = équilibre) dont les principales manifestations, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, sont : le droit à un recours effectif devant un tribunal ; le droit à un tribunal indépendant et impartial ; le droit à un procès public, respectant l'égalité des armes et conduisant à un jugement rendu dans un délai raisonnable ; le droit à l'exécution effective de la décision obtenue. Le droit à un procès équitable est devenu un droit substantiel, la garantie de la garantie des droits.

Référé : une requête en référé est, en droit français, une procédure d'urgence.

Règlement : en droit communautaire, acte de portée générale obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout Etat membre. Voir aussi « directive ».

Relaxe : terme surtout utilisé en droit français, décision d'une juridiction répressive autre que la cour d'assise, déclarant non coupable le prévenu traduit devant elle.

Recommandation : en droit communautaire, l'**avis** ou la **recommandation** exprimant une opinion ou invitant à adopter telle ou telle attitude, n'a pas de valeur impérative (FERREOL et *al.*, 2000).

Résolution : texte voté par un organe délibérant (assemblée parlementaire, organe international) et qui a trait à son fonctionnement intérieur ou exprime son opinion ou sa volonté sur un point déterminé (GUILLIEN, VINCENT, 2005).

Responsabilité : Obligation de réparer le préjudice résultant soit de l'inexécution d'un contrat (responsabilité contractuelle), soit de la violation du devoir général de ne causer aucun dommage à autrui par son fait personnel, ou du fait des choses dont on a la garde, ou du fait des personnes dont on répond ; **responsabilité du fait d'autrui**, ou **responsabilité pour autrui**.

Responsabilité pour autrui : en général, dans le cadre de l'article 55 CO, l'employeur est responsable du dommage causé par ses travailleurs ou ses autres auxiliaires dans l'accomplissement de leur travail, s'il ne prouve qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner un dommage de ce genre ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire » ; voir « **preuves libératoires** » (TERCIER, 1984, n. 1890).

Tort moral : Souffrances physiques ou psychiques que ressent la personne lésée à la suite d'une atteinte à la personnalité. Par analogie avec la définition du **dommage**, on peut aussi dire qu'il s'agit de la diminution involontaire de bien-être d'une personne (TERCIER, 1984, n. 2029).

Tribunal de première instance des communautés européennes (TPI) : installé en 1989, il a pour objet d'alléger un rôle de la Cour de Justice devenu trop chargé. Siège à Luxembourg et reste lié à la Cour. Ses compétences ont été progressivement étendues. Le TPI est devenu une véritable juridiction de première instance. Il est possible de former un pourvoi limité aux questions de droit devant la Cour de Justice contre les décisions du TPI.

Tribunal de la fonction publique européenne : le tribunal doit son existence au traité de Nice, signé en 2001, dont l'article 225 A prévoit la création de chambres juridictionnelles afin de désengorger le Tribunal de Première Instance et la Cour de Justice européenne. Le Conseil de l'Union européenne a ensuite adopté le 2 novembre 2004 une décision établissant le tribunal de la fonction publique. Ce nouveau tribunal spécialisé a pour mission de traiter du contentieux pouvant opposer les institutions communautaires et leurs agents, ce contentieux qui relevait jusqu'alors du Tribunal de Première Instance. Le tribunal est composé de sept juges nommés par le Conseil de l'Union européenne pour une période de six ans renouvelable, après appel à candidatures et avis d'un comité composé de sept personnalités parmi d'anciens membres de la Cour de justice et du Tribunal de première instance et de juristes possédant des compétences notoires.

Union Européenne : objectif défini dans le cadre des Communautés européennes en 1972 visant à l'établissement d'une forme d'union politique entre les Etats membres. Ce terme a fait son apparition officielle dans le traité de Maastricht, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, après les ratifications nationales par les douze Etats membres (FERREOL et *al.*, 2000).

Volitif : relatif à la volition, à la faculté de volonté (Larousse, éditions Larousse, version 2009). Volition : fait de volonté (dictionnaire de l'Académie française, 8^{ème} édition).

Introduction

Les exigences issues des luttes sociales en matière de travail salarié ont connu plusieurs étapes depuis la deuxième moitié du vingtième siècle. Une première phase, correspondant au 19^{ème} siècle et à la première moitié du 20^{ème}, a porté sur l'élaboration de droits qui semblent de nos jours minimaux : l'interdiction du travail des enfants, la réglementation du travail des femmes enceintes, le/les jour-s de repos hebdomadaire, la durée de la journée de travail, les congés payés et le droit à la retraite, ainsi que les règles relatives à la sécurité sociale en général.

Depuis un peu plus d'un siècle, en Europe en particulier, ces droits et ces **prestations sociales**, conquis les uns après les autres ont été intégrées dans les ordres juridiques des démocraties occidentales et commencent petit à petit à s'imposer un peu partout dans le monde. Tels qu'ils existent aujourd'hui, ces progrès étaient encore impensables, il y a peu, sauf dans l'esprit de certains utopistes.

En ce qui concerne par exemple la condition des femmes et des enfants en Suisse, la première loi fédérale sur les fabriques prévoit, en 1877, une interdiction de travail de huit semaines en cas de maternité, mais sans compensation de salaire¹. La France, depuis 1909 avec la loi Engerand², accorde un congé de 8 semaines consécutives, non payées mais offre la garantie de retrouver son emploi.

Rappelons à cet égard que le congé maternité tel que nous le connaissons aujourd'hui en matière de droit du travail, n'a été inscrit dans une base légale fédérale en Suisse qu'en 2004³.

A partir des années septante, en raison, notamment, des conséquences des événements de mai 1968, et parallèlement aux revendications salariales, c'est une aspiration générale à une meilleure qualité de vie au travail, voire à la **réalisation personnelle** à travers l'activité professionnelle qui voit peu à peu le jour. Dans les Etats de droit qui tentent, avec plus ou moins de succès il est vrai, d'assurer le minimum vital à leurs membres, le travail n'est plus seulement un moyen d'assurer sa subsistance, y compris pour les classes sociales ou les couches de la société les plus défavorisées.

¹ Loi fédérale concernant le travail dans les fabriques du 23 mars 1877, Feuille fédérale, Vol. 2, Cahier 8, du 25.04 1877, pp. 113-126 (Ref. 10 064 550).

² Loi du 17 novembre 1909, du nom du député du département du Calvados, Fernand Engerand qui déposa le projet de loi en 1906, citée par : BOULBES Yves (2005), *L'histoire des maisons maternelles, entre secours et redressement / L'exemple du département de l'Aude*, Paris, L'Harmattan, 2005, 181 p., p. 33) et par COVA Anne (2000), « Généalogie d'une conquête : maternité et droits des femmes en France (fin XIX^e-XX^e siècles) » in : *Travail, Genre et Sociétés*, 3/2000, pp. 139-159.

³ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail) du 13 mars 1964, RS 822.11, art. 35 ; voir aussi : Loi fédérale sur le régime des allocations pour perte de gain en faveur des personnes servant dans l'armée, dans le service civil ou dans la protection civile (Loi sur les allocations pour perte de gain, LAPG, RS 834.1) III a, art. 16 b ss.

Le travail (étymologiquement *tripalium*, instrument de torture⁴), est devenu un moyen, non seulement de « survivre », d'assurer sa « pitance », mais aussi un moyen d'« existence » au sens propre. L'activité professionnelle permet dans les faits, à chacune et à chacun d'asseoir et de revendiquer sa présence voire son influence au sein de la communauté.

Même s'il est encore physiquement fort pénible pour certains, le travail n'est plus uniquement, y compris pour les classes dites « populaires » l'activité abrutissante du prolétaire. Le lexique argotique et de métier, est là pour nous le rappeler : l'usine est le lieu l'on « boulonne » (visser des boulons toute la journée durant toute sa vie, comme Charlie Chaplin dans « Les Temps modernes »), où l'on « bosse », avec un marteau et un burin... Ce n'est plus le *turbin* (où il fallait, à une vitesse infernale, faire marcher la turbine), ou encore l'endroit où il faut « marnier » (amender une terre avec de la marne), « bûcher », « aller au charbon », etc.

Le travail est devenu peu à peu le pilier d'une seconde vie parallèle et **complémentaire** à la vie privée et personnelle, dans laquelle on peut, et parfois même on doit se réaliser. C'est aussi un domaine dans lequel chacun et chacune peut espérer trouver une réelle reconnaissance sociale et le sentiment d'être utile à ses semblables.

L'activité professionnelle peut même aussi être synonyme d'émancipation. Certaines catégories de personnes telles que les migrants, les bénéficiaires d'une rente partielle d'invalidité ou les femmes peuvent y trouver une indispensable indépendance économique, familiale et sociale. Le travail, même peu qualifié et modeste, permet aussi l'accès à la dignité et contribue à l'intégration de chacun dans la société.

C'est pourquoi le bien-être au travail et, en tout cas, l'absence de souffrance, est devenu une aspiration entrant pleinement dans les composantes de la vie professionnelle. Cette préoccupation a été progressivement prise en compte par la doctrine tout comme par les normes juridiques de notre pays. Ceci a été partiellement réalisé en ce qui concerne la fonction publique, au niveau fédéral, de plus en plus souvent au niveau cantonal, et encore trop rarement au niveau communal.

Malgré de réelles avancées, les médecins du travail, les chercheurs, les partenaires sociaux attirent l'attention de toutes et tous, ainsi que celle des pouvoirs publics sur un mal qui ronge les relations de travail et dont on ne commence à parler que depuis quelques années. Ce mal affecte dans leur santé, parfois de manière très durable et invalidante, un nombre important de collaboratrices et collaborateurs, employé-e-s et cadres de toute catégorie et de tout niveau hiérarchique.

⁴ ROBERT, Paul (1975) *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Editions le Robert, Tome sixième, p. 640 : « travail ».

Il s'agit du **harcèlement** et de ses graves conséquences. Il peut être question de harcèlement psychologique, aussi appelé essentiellement en droits français et belge⁵, harcèlement moral⁶. Ce comportement peut être perpétré dans le cadre privé, du couple, de la famille ou dans le cadre d'autres relations sociales, mais nous ne nous intéresserons à sa naissance et à son déroulement, que dans le cadre spécifique des relations de travail. Dans cet univers particulier, il est aussi appelé « mobbing »⁷. Une autre forme de harcèlement dit « sexuel », également fréquente, a été définie par les spécialistes dans le cadre des relations de travail.

Nous verrons que ces vocables recouvrent chacun plusieurs notions, qu'il conviendra de cerner avec précision. Il arrive que les deux formes de harcèlement (psychologique et sexuel) se confondent, se succèdent, se complètent, s'imbriquent subtilement l'une dans l'autre. Il est vrai aussi que l'une ou l'autre forme de harcèlement s'utilise délibérément, se « choisit », comme outil pour briser un-e collègue, un-e subordonné-e ou même un-e supérieur-e. Ce phénomène n'est sans aucun doute pas plus présent actuellement qu'à l'époque où aucune protection n'était assurée aux travailleurs (et plus spécialement aux travailleuses). Mais, qu'il s'agisse de son caractère « psychologique » ou de ses composantes à caractère « sexuel », c'est un phénomène aujourd'hui fortement médiatisé que les employeurs tout comme les salariés eux-mêmes, ne peuvent feindre d'ignorer.

En particulier, en ce qui concerne le phénomène du mobbing, nous assistons à la parution de nombreux ouvrages théoriques, de récits, de dossiers ou d'articles de presse, ainsi que de guides à l'usage des travailleurs et même des employeurs.

Des émissions de radio ou de télévision sont consacrées au témoignage de victimes et sollicitent l'avis de spécialistes de plusieurs disciplines. On assiste également à la création d'associations de défense de personnes qui se disent « mobbées » sur leur lieu de travail. Le succès des écrits, cours, conférences et sessions de formation, données par des particuliers ou des organismes divers, souligne l'intérêt croissant du public.

Ceci montre également que de nombreuses personnes, salariés ou employeurs, sont en demande d'aide et d'informations. Ils sont souvent prêtes à payer -parfois des sommes importantes- pour suivre des stages ou des formations leur permettant d'affronter ce problème qui prend de l'ampleur au sein du monde du travail.

En conséquence, des entreprises de *coaching* à l'usage des salariés ou des employeurs voient régulièrement le jour, qui ont pour objet de mettre en garde contre le

⁵ Code pénal français, article 222-33-2, inséré par la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 (*Journal officiel du 18 janvier 2002*).

Loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail (*Moniteur Belge du 22.06.2002, p. 28521, ci-après : M.B.*).

⁶ HIRIGOYEN Marie-France (2001), *Le harcèlement moral dans la vie professionnelle / Démêler le vrai du faux*, Paris, Editions La Découverte, 289 p., p. 15.

⁷ LEYMANN Heinz (1993), *Mobbing, Psychoterror am Arbeitsplatz und wie man sich dagegen wehren kann*, Hamburg, Reinbeck, 133 p., *passim*.

harcèlement en général, et de proposer d'éventuels remèdes. Le phénomène a pris tant d'importance qu'il est devenu, en particulier, une source de revenus pour toutes sortes d'intervenants extérieurs à l'entreprise, compétents en la matière ou non. Ce nouveau « marché » est visiblement florissant.

A la différence du harcèlement psychologique ou moral, il est couramment admis que le **harcèlement sexuel** pratiqué sur le lieu de travail constitue un comportement essentiellement masculin. C'est pourquoi il existe des sessions organisées ou des « guides » et conseils, spécialement destinées aux femmes⁸. Les manifestations de harcèlement sexuel, de type brutal et grossier, destiné essentiellement à *obtenir des faveurs sexuelles*, sont désormais devenues unanimement choquantes, voire clairement prohibées.

Nous verrons que d'autres pratiques de harcèlement dit « sexuel » ou « sexualisé » sont parfois extrêmement subtiles et que, paradoxalement, leurs buts ne sont **pas** obligatoirement d'obtenir des faveurs sexuelles. Ces dernières formes de harcèlement que l'on peut aussi appeler « à caractère sexuel » sont encore assez bien tolérées au sein des entreprises, y compris dans la fonction publique. Il est vrai que, tout comme le harcèlement psychologique, certaines formes de harcèlement sexuel sont, dès leurs débuts au moins, le plus souvent indécélables. En outre, la culture de nos démocraties veut que l'on prenne en considération le respect de la personnalité des femmes en particulier, et que les plaisanteries sexistes commencent à être plus souvent réprochées. Les formes de harcèlement brutal diminuent peut-être, mais en tout cas, le phénomène devient vraisemblablement, peu à peu, plus discret dans ses manifestations et ses stratégies.

Il convient donc de miser sur la prévention dans l'entreprise privée comme au sein de la fonction publique. Dans ce cadre, il convient de porter haut les valeurs éthiques propres à la mission de l'Etat et de son administration, en développant l'information et l'éducation des personnels et ce, à tous les échelons de la hiérarchie.

Le harcèlement au travail n'est certainement pas nouveau. Il a dû vraisemblablement commencer à se manifester en même temps que les premières relations commerciales au sens large, les premières relations de travail, qui ont généré accords, prospérité, mais aussi tensions, rapports d'agression, de pouvoir et d'oppression entre les êtres humains. Les affrontements, parfois violents, autant que les **agissements** ou manœuvres plus subtiles des « harceleurs-harceleuses », des « mobbeurs-mobbeuses » ont certainement toujours existé et se sont développés avec **l'intelligence humaine**, individuelle et sociale. Cette intelligence, qui s'est développée tout au long de l'histoire de l'humanité, a façonné pendant des millénaires la compréhension progressive des enjeux de la nécessaire communication humaine, son pouvoir, tout autant que sa complexité.

⁸ Par exemple en Suisse: BFEG & SECO (2007), *Harcèlement sexuel sur le lieu de travail. Conseils destinés aux employées et employés*, Berne, éditions BFEG & SECO, F/A/I, 17 p. et autres documents auxquels on peut avoir accès sur le site du Bureau fédéral de l'égalité (<http://www.ebg.admin.ch/>).

En raison de l'existence de normes juridiques interdisant aujourd'hui des formes d'exploitation plus violentes et arbitraires que celles qui préfiguraient aux relations de travail des époques précédentes, il est possible que se soit développé le harcèlement dit psychologique, moral ou mobbing, forme d'agression plus pernicieuse. Le harcèlement a sans doute progressivement remplacé les anciens rapports de pouvoir.

Wennubst⁹ avait souligné que la question du mobbing avait encore très peu attiré l'attention de la doctrine juridique. Le problème n'a en fait été véritablement expliqué, défini, formalisé et vulgarisé dans une édition française, qu'il y a à peine 15 ans, avec la traduction de l'ouvrage de Leymann¹⁰. Ce psychosociologue allemand, qui a longtemps travaillé en Suède, a étudié le phénomène pendant plus de dix ans avant de publier, en 1993, son premier ouvrage à ce sujet, en allemand. La diffusion du résultat de ses recherches a conduit peu à peu à considérer le harcèlement comme un comportement qui provoque de graves **atteintes** à la **personnalité** tout comme à la **santé** physique, psychologique et psychique.

Les chercheurs en psychologie et médecine, notamment, tout comme les praticiens (avocats mandatés par leurs clients dans le cadre de litiges, employeurs, syndicats, politiciens, etc.) ont été les premiers à devoir façonner peu à peu les notions et définitions, relatives à la question du harcèlement. Ce n'est qu'ensuite que les juristes *au sens large*, ainsi que les législateurs ont été sollicités pour être en mesure de proposer les leurs.

C'est sur la base de ces notions, formalisées en termes juridiques, que l'on a pu commencer à mettre en place à grande échelle, des normes qui, s'appliquant à tous, ont permis de prévenir et de lutter contre le harcèlement au travail sous toutes ses formes.

Malgré tout, certaines personnes, cadres ou employeurs, et même salariés, considèrent que l'on parlerait aujourd'hui beaucoup trop de ce phénomène et qu'il ne s'agirait même que d'un « effet de mode ».

Je me propose de contribuer à démontrer le contraire, à la lumière de travaux pluridisciplinaires présentés et discutés tout au long de ces pages.

Des définitions précises, dans le cadre d'une élaboration lexicale minutieuse, sont *a fortiori* indispensables si l'on envisage que les comportements de harcèlement peuvent être passibles de sanctions administratives, civiles, ou encore pénales, selon les cadres juridiques. Ce phénomène se devait donc d'intéresser la doctrine juridique, les employeurs privés, tout comme les responsables des administrations, chargés d'élaborer des directives en matière de droit du travail de la fonction publique¹¹.

⁹ WENNUBST Gabriella (1999), *Le mobbing (ou harcèlement psychologique) analysé sur le lieu de travail*, Lausanne, Editions réalités sociales, 248 p., *passim*.

¹⁰ LEYMANN, 1993, *passim*.

¹¹ MOOR Pierre (1994), *Droit administratif, Vol. 1 Les fondements généraux*, Stämpfli, Berne, 556 p., pp. 264-265.

Comme nous le verrons, les conséquences du harcèlement engendrent des coûts financiers importants. La question du harcèlement lui-même devient donc un sujet de préoccupation pour les femmes et les hommes politiques. Ces personnes, qu'ils appartiennent à l'exécutif comme au législatif, sont responsables de la gestion des fonds publics et du respect du droit. A ce titre, elles et ils interviennent directement ou sont appelés à intervenir dans le cadre de leurs compétences, afin d'apporter des solutions à ces questions récurrentes de droit du travail. Mais elles et ils se heurtent encore à des obstacles, tels que la méconnaissance du phénomène du harcèlement, le flou des notions et, partant, l'absence de définitions précises et cohérentes.

Compte-tenu de la subtilité des agissements des mobbeurs et des harceleurs, il convient de définir en quoi consiste précisément l'illicéité d'un comportement, dans un but de **prévention générale et spéciale**¹². Dans un Etat de droit tel que la Suisse, il en va de la **prévisibilité du droit** et de la **sécurité juridique**.

Quel que soit le niveau de la juridiction, il est indispensable que les magistrats puissent trancher les conflits en se référant à des normes précises et communes. Ils peuvent même être amenés à confirmer une sanction civile, à l'égard des auteurs sans toutefois pouvoir prononcer, en Suisse, de sanctions pénales. Nous verrons que l'employeur peut aussi être sanctionné pécuniairement, en droit privé, tout comme en droit de la fonction publique. C'est pourquoi la terminologie juridique doit définir le comportement prohibé et de manière aussi précise que possible.

Plusieurs Etats européens se sont dotés d'une législation dans ce domaine et ont donné dans ce cadre une définition du harcèlement psychologique et du harcèlement sexuel. Les procédures ont été mises en œuvre pour permettre aux victimes de faire reconnaître le harcèlement à leur égard et de le faire sanctionner éventuellement ou encore pour demander réparation du préjudice découlant de tels actes. En outre, les auteurs peuvent faire l'objet de poursuites pénales. Malgré la protection qu'assurent les textes susmentionnés, la Suisse n'en est pas encore arrivée là.

Pourtant, il me semble qu'il conviendrait de rendre ces normes juridiques et la justice plus accessibles à tous les acteurs de la vie de l'entreprise (employeurs, employés, correspondants et responsables des services de ressources humaines, syndicats et associations).

Il m'a paru utile de présenter au lecteur un panorama pluridisciplinaire qui fasse état des principales études menées durant les 15 dernières années sur le harcèlement psychologique et sexuel dans le cadre des relations de travail. Dans une perspective critique accessible à tous, je proposerai au lecteur dans une **I^{ère} partie**, une synthèse pluridisciplinaire des principaux travaux effectués à ce jour dans le domaine qui ont conduit à une description et une définition du phénomène du harcèlement. Je pense en effet que tout juriste qui aborde la question du harcèlement devrait connaître ces références, comme toute personne travaillant dans le domaine des ressources hu-

¹² POZO José Hurtado (1998), *Droit pénal, Partie spéciale I&II*, Zurich, Schulthess, 412 & 181 p., pp. 17-18 & 20-21.

KILLIAS Martin, KUHN André, DONGOIS Nathalie, AEBI Marcelo F. (2007), *Précis de droit pénal général*, Berne, Stämpfli Editions SA, 378 p., pp. 161, 184, 193 & 233-234.

maines ou plus généralement, dans l'encadrement du personnel. Ce panorama sera suivi d'un aperçu du droit suisse en matière de harcèlement psychologique et sexuel.

Etant donné la prégnance des déplacements humains et commerciaux, la Suisse ne peut ignorer l'approche d'autres Etats démocratiques en matière de harcèlement. Le législateur fédéral a besoin d'**outils de comparaison** pour éclairer sa réflexion sur d'éventuelles modifications de notre droit en matière de harcèlement. C'est ce que je ferai dans une **II^{ème} partie** en étudiant de manière critique quelques exemples de droits étrangers.

Outre le législateur, puissent les avocats, juges, juristes spécialisés en droit du travail ou dans les ressources humaines, ou encore les cadres dirigeants, trouver dans ces pages des éléments d'information et quelques pistes leur permettant d'identifier en toute connaissance de cause la question complexe du harcèlement sous toutes ses formes, au sein de l'entreprise. Ceci est un préalable indispensable à une prise en charge efficace, voire à la lutte contre un phénomène dont même les pouvoirs publics s'inquiètent de plus en plus, mais à propos duquel la plus grande confusion règne encore, y compris sur le plan juridique.

J'espère ainsi apporter mon concours au travail politique et décisionnel déjà effectué ou en cours d'élaboration en matière de harcèlement dans le respect des règles de droit et d'éthique, au sein du monde du travail. Le présent travail vise donc à éclairer le législateur suisse dans le cadre d'une réflexion évaluant la nécessité ou non de légiférer au niveau fédéral sur la question du harcèlement en général (psychologique et sexuelle) et de réfléchir à la nécessité de donner à ce comportement une dimension pénale.

Cette étude, qui n'est pas uniquement destinée aux juristes, peut être utile à tout lecteur qui souhaite avoir une vision générale du problème. Je pense ici aux syndicalistes, et aux employeurs modestes, qui n'ont pas toujours les moyens de consulter un avocat spécialisé. Grâce à une bibliographie s'étendant à plusieurs disciplines, il peut également servir à orienter le lecteur prioritairement vers un domaine ou vers un autre. Il constitue également une introduction utile à des travaux que d'autres chercheurs poursuivront certainement sur le même thème.

-Terminologie épïcène

De nombreux termes (substantifs ou déterminants) seront féminisés autant que faire se peut. Toutefois, d'autres termes, dont nous jugeons la féminisation grammaticale insuffisamment entérinée par l'usage et encore variable du point de vue de la doctrine universitaire francophone en général, seront utilisés au masculin singulier ou pluriel. La langue française ne connaissant pas de genre grammatical neutre, ce choix difficile a été fait, afin de ne pas nuire à la fluidité de la lecture. Nous souhaitons éviter les répétitions telles que : « les travailleuses et les travailleurs concerné-e-s », « les collaboratrices et les collaborateurs impliqué-e-s », « les cheffes et chefs », « les successeurs et successeuses », « les agresseuses et agresseurs », lorsque ces

termes n'ont pas encore été entérinés, ni par l'usage, ni par les dictionnaires unilingues de langue française. Il s'agit ici d'éviter des néologismes peu élégants. Ce « masculin » n'aura qu'une valeur grammaticale et devra donc être considéré comme un « neutre » formel impliquant des situations ou des « genres » aussi bien féminins que masculins.

Toutefois, pour lever une ambiguïté ou lorsque que le besoin de précision se fera sentir (en particulier, lorsqu'il sera fait référence à des titres ou à des fonctions hiérarchiquement), nous indiquerons les deux vocables, au féminin comme au masculin, par exemple : « les auteur-e-s ». Afin de ne pas alourdir le texte, il ne sera pratiqué de la sorte que lorsque cela sera apparu comme strictement nécessaire pour des raisons sémantiques ou éthiques.

Première Partie :

Le harcèlement au travail : un sujet ancien, mais un objet d'étude et de préoccupation récent

Chapitre I. Généralités

I. Quelques éléments de définition préalables

Bien avant la définition du harcèlement donnée par Leymann en 1990¹³ dans sa première publication, puis dans son ouvrage de 1993¹⁴, les personnes qui s'intéressaient au sujet du harcèlement étaient contraintes de se référer aux définitions données par les dictionnaires. Déjà l'édition de 1975 du Robert en 7 volumes donnait la définition suivante du verbe « harceler »¹⁵:

« v. tr. (XV^e siècle), variation populaire de « herseler », herseler », dérivés de « herser », qui signifie dès le XII^e siècle, « soumettre à l'action de la herse ». La herse, « instrument à dents de fer ou d'acier (autrefois de bois), fixé à un bâti en fonte ou en bois, rigide ou articulé, qu'un attelage ou un tracteur traîne ou roule sur une terre labourée pour briser les mottes, pour enfouir les semences ».

« Briser, enfouir, soumettre, dents de fer ou d'acier [...] », le ton est déjà donné... Il s'agit bien d'imposer une volonté, de domestiquer par la force, de violenter, au besoin de détruire pour parvenir à un but donné, qu'il conviendra ensuite de préciser.

La première acception du même dictionnaire le Robert¹⁶ du verbe « harceler » propose :

« Soumettre sans répit à de petites attaques répétées, à de rapides assauts incessants. »

Suivent un certain nombre de synonymes tels que : attaquer, assaillir, poursuivre, aiguillonner, exciter, provoquer, tourmenter, presser, talonner, secouer, asticoter, importuner, tarabuster, agacer, empoisonner, fatiguer, etc.

¹³ LEYMANN Heinz (1990), « Mobbing and psychological terror at workplaces », in : *Violence and victims*, Vol. 5, pp. 119-126.

¹⁴ LEYMANN, 1993, *passim*.

¹⁵ *Le Nouveau petit Robert / Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* / Nouvelle édition du Petit Robert de Paul ROBERT / Texte remanié et amplifié sous la direction de Josette REY-DEBOVE et Alain REY, Paris, 2009, 2837 p. : « harceler » (ci-après : *Le Nouveau petit Robert*).

¹⁶ *Idem*.

Le « harcèlement » se définit comme « l'action de harceler en actes ou en paroles »¹⁷, nous dit encore le Robert. Ce dernier élément est particulièrement important, car nous verrons que le harcèlement procède d'une violence toute particulière, indépendamment des moyens employés.

Le dictionnaire cité souligne encore un autre aspect du harcèlement en donnant comme exemple : « guerre de harcèlement », « guérilla ».

Cette particularité, inhérente au harcèlement, souligne qu'il s'agit bien d'une agression violente, mais qui s'oppose à que l'on appelle une « guerre conventionnelle ». Par « guerre de harcèlement », il faut entendre des petites touches agressives, qui se répètent, qui prennent par surprise et dont la violence varie. Cette guerre a pour but de déstabiliser l'adversaire sur le plan psychologique. Plutôt que de l'anéantir physiquement, il s'agit donc de porter atteinte au **moral** de l'adversaire ou de la personne visée par ces agissements. Ainsi, dans le harcèlement, il s'agit rarement de violence physique, de violence « ordinaire », mais d'une violence exclusivement fondée sur la soumission voire la **destruction** psychologique ou psychique d'un individu. Toutefois, il n'est pas exclu que, parfois, des actes de violence physique accompagnent les actes de violence morale. Cette violence physique est rarement intense, elle peut être simplement humiliante ou se manifester sous forme de menace constante.

Nous verrons même que cette violence que constitue le harcèlement, peut aussi - paradoxalement- se manifester, non sous forme d' « actes » de violence physique ou psychique, mais sous forme de « non actes », de « non paroles », de « non regards » ou encore d'attitudes d'évitement pur et simple, qui consacrent magistralement la **négation de l'existence de l'autre**.

Le harcèlement consiste donc en des attaques au **moral** d'une personne, qui visent sa déstabilisation psychique ou qui en sont la conséquence logique.

La dernière version du dictionnaire « le Petit Robert », propose à l'entrée intitulée « harcèlement » une nouvelle acception du terme, plus précise, attestée depuis 1998 :

*« Harcèlement moral : conduite abusive (humiliations, menaces...) exercée de manière insidieuse et répétée par une personne sur une autre, pour la déstabiliser (au travail, dans le couple...) »*¹⁸ Cet ouvrage fait également mention de l'exemple : « *Conseils aux victimes de harceleurs* ».

L'examen attentif de cette définition permet d'affirmer qu'il ne s'agit que rarement d'un comportement ou d'une somme d'agressions simples et brutales « comme n'importe quelle autre » ; il s'agit d'une pratique qui n'est, le plus souvent, ni franche, ni directe, mais **insidieuse**. L'une des caractéristiques du harcèlement en général et du harcèlement dans les rapports de travail en particulier, réside le plus souvent dans son caractère **sournois**. Il est donc difficile de l'identifier rapidement, de prendre connaissance de sa portée, de ses effets, et par conséquent de le dénoncer en temps voulu. La personne envers laquelle s'exerce le harcèlement est clairement nommée dans la définition précitée comme « victime ». Le caractère immoral, con-

¹⁷ *Le Nouveau petit Robert* : « harcèlement ».

¹⁸ *Id.*

traire à ce qui est communément admis et tolérable, est déjà présent dans cette définition.

Dans les pages qui suivent, j'emploierai le terme de harcèlement dans le cadre des rapports de travail ou dans les « relations de travail » au sens où l'entend Christophe Dejours¹⁹, à savoir, « tous les rapports humains créés par l'organisation du travail ». Il faut entendre par là, tous les rapports horizontaux, autrement dit entre collègues, ou encore verticaux, c'est-à-dire dans un rapport hiérarchique, qu'il soit défini ou non par un cahier des charges. Les manifestations de harcèlement vertical, si elles se manifestent (ou si elles sont dénoncées) le plus souvent du haut vers le bas (descendant), n'empêchent pas que l'on rencontre aussi parfois paradoxalement des manifestations de harcèlement ascendant sous la forme, par exemple, d'une équipe qui « veut la peau » de son chef.

Du point de vue lexicographique, il est regrettable qu'aucun dictionnaire ou lexique juridique spécialisé unilingue en français n'existe pour le droit ou les droits suisses romands. En effet, qu'il s'agisse de n'importe quel domaine du droit privé ou public, droit interne ou international, les seuls lexiques ou dictionnaires juridiques, unilingues et francophones qui soient complets sont consacrés aux notions du droit français. En conséquence, plus que des données exprimées « en français », les notions définies sont des notions de droit français qui diffèrent parfois grandement du droit suisse ou *des droits suisses*²⁰.

Cette lacune ne devrait pas, en théorie, gêner les juristes, rompus aux techniques de recherche, qui doivent patiemment se replonger jour après jour dans l'étude des lois, de la doctrine et de la jurisprudence, même si cette lacune est vraiment notable en droit suisse.

En revanche, les personnes chargées dans l'entreprise de l'application du droit du travail et des ressources humaines doivent faire montre de plusieurs domaines de compétence. Ce sont des généralistes, qui gèrent des projets mettant en scène des êtres humains, et doivent répondre, souvent avec des temps de réaction très courts, aux multiples sollicitations des chefs de service et des collaborateurs eux-mêmes. Ces professionnels n'ont pas toujours le temps de solliciter des avis de droit avant de traiter un cas de harcèlement présumé ou avéré.

La définition proposée ci-dessus se réfère aux actes de harcèlement « au sens étroit », harcèlement moral ou psychologique. Or, l'on parle et l'on dénonce aujourd'hui plus ouvertement une autre forme de harcèlement, orientée vers la violation de la sphère privée et de l'intimité, le **harcèlement sexuel**, ou « à caractère sexuel » ou « sexualisé ». Ainsi que nous le verrons par la suite, ce que l'on appelle communément « harcèlement sexuel » -et qui comporte des éléments particuliers et aggravés de harcèlement psychologique- peut revêtir lui-même plusieurs variantes.

¹⁹ DEJOURS Christophe (2000), *Souffrance en France, la banalisation de l'injustice sociale*, Paris, Le Seuil, 225 p., p. 105.

²⁰ Il faut entendre par « les droits suisses » le droit de fond qui régit l'ensemble des normes impératives sur le travail, tout comme les conventions collectives, les lois et règlements des différentes fonctions publiques, fédérale, cantonales ou communales, tout comme les lois de procédure y relatives, ainsi que celles des 26 cantons.

Dans le cadre d'une approche de définition, il convient en premier lieu, de donner celle du vocabulaire juridique français couramment utilisé par les praticiens et les universitaires: « Action de poursuivre une personne de ses assiduités pour en obtenir des faveurs [...] »²¹ Dans cette définition, plusieurs précisions sont ensuite apportées quant à l'incrimination de ces actes du point de vue du droit positif français :

« [...] qui est incriminée (comme délit) lorsque son auteur, usant d'ordres, de menaces ou de contraintes, abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions (employeur, supérieur hiérarchique) pour parvenir à ses fins (C. pén., a.222-33). »

Cette acception renvoie à la notion d'« abus d'autorité », définie comme suit :

« Contrainte morale exercée par une personne sur une autre, à raison de son âge, de sa situation sociale ou de toute cause, en vue de la décider à accomplir un acte (le patron qui use de son ascendant pour séduire une employée de sa maison) [...] »²²

L'« abus », quant à lui, dérivé du latin *abusus*, du verbe *abuti*, « faire mauvais usage », connaît les deux acceptions suivantes :

1) « Usage excessif d'une prérogative juridique; action consistant pour le titulaire d'un droit, d'un pouvoir, d'une fonction, à sortir, dans l'exercice qu'il en fait, des normes qui en gouvernent l'usage licite. »

2) « Exploitation outrancière d'une situation de fait ; mise à profit d'une position de force souvent au détriment d'intérêts plus vulnérables. »²³

La **vulnérabilité** de la personne agressée est soulignée par cette définition. Le harcèlement sexuel est introduit par l'édition du dictionnaire Le Robert:

« Harcèlement sexuel (de la part d'un supérieur hiérarchique) »²⁴ qui cite un article du journal *Le Nouvel Observateur* en 1989 : « La version moderne du droit de cuissage que la loi reconnaît sous la rubrique « harcèlement sexuel » est le délit le moins puni de France. »²⁵

Il conviendra de compléter plus loin cette notion qui ne tient compte que de certains aspects du phénomène du harcèlement sexuel.

Dans les définitions susmentionnées, la notion de **répétition** et d'**abus** est présente autant dans les actes de harcèlement psychologique que dans ceux de harcèlement

²¹ CORNU Gérard (2003), *Vocabulaire juridique* Paris, PUF (collection « Quadrige »), 951 p., p. 434 et p. 832 ss.

²² *Id.*, p. 833.

²³ *Ibidem*, p. 7.

²⁴ Notons que la mention « supérieur hiérarchique » est utilisée ici au masculin grammatical.

²⁵ *Le Nouveau petit Robert* (2009) : « harcèlement ».

sexuel. Cette notion, définie en tant qu'acte illicite, est commune aux ordres juridiques de nombreuses démocraties.

Il convient à présent de faire le point sur les observations et les conclusions des chercheurs et des praticiens qui ont étudié avant nous le phénomène du harcèlement psychologique et du harcèlement sexuel.

Les terminologies proposées par les uns et les autres sont parfois flottantes, en raison notamment des langues d'origine dans lesquelles les travaux de recherche ont été menés et rédigés, ainsi que du risque de polysémie inhérent à toute transposition linguistique.

En conséquence, je dégagerai des différents termes employés et des nuances qui les accompagnent la terminologie qui me paraît la plus claire et la plus adaptée à notre propos.

II. Le harcèlement psychologique et sexuel, un phénomène inhérent à l'histoire de la construction de l'humanité

Selon Di Martino et Chappell,

« La violence, ou l'agressivité qui en est souvent synonyme, est l'un des sentiments les plus profondément ancrés du répertoire des comportements humains. À l'origine, il constituait pour l'homme un mécanisme d'adaptation très utile pour la survie de l'espèce. Aussi l'agressivité fait-elle partie de l'héritage génétique de l'homme. »²⁶

La Bible (l'Ancien Testament comme le Nouveau Testament), la dramaturgie de la Grèce antique comme la littérature moderne (en particulier les romans « noirs » de notre époque), tout comme l'expression cinématographique et théâtrale démontrent à l'envi que la violence -physique ou psychique- et l'attraction perversie qui aboutit au rejet de l'autre, sont des phénomènes qui sont nés avec l'**intelligence** de l'homme. Ils sont inhérents à sa prise de conscience de sa supériorité sur les autres êtres vivants, intimement liée à la notion de puissance et de pouvoir. Majoritairement, le phénomène de la violence physique est mentionnée comme l'apanage du genre masculin. Toutefois, certaines légendes comme celles des Amazones²⁷ relatent cette puissance guerrière et une domination des femmes, mais cela reste un phénomène

²⁶ DI MARTINO Vittorio, CHAPPELL Duncan (2000), *La violence au travail*, Genève, BIT, 193 p., p. 55.

²⁷ « Peuple fabuleux de femmes vivant dans le Caucase ou dans le nord de l'Asie mineure, ou encore en Scythie. Chasseresses et guerrières farouches vivant de pillages, elles se brûlaient un sein (*mazos*) pour ne pas être gênées dans le tir à l'arc ou dans le manie- ment de la lance. Ne tolérant pas la présence des hommes, elles tuaient leurs enfants mâles à la naissance ou les mutilaient et les gardaient comme esclaves. », in : *Le nouveau Petit Robert* (2009) : « Amazones ».

historique ou légendaire très marginal. De même, l'appropriation du corps des femmes par les hommes s'est souvent effectuée au cours de l'histoire de l'humanité sur un mode physiquement et psychiquement violent et, dans une certaine mesure, sur un mode non consenti, en temps de guerre ou lors de périodes troublées en particulier.

Le thème du harcèlement a aussi inspiré la littérature moderne et nous renvoyons le lecteur aux nombreux ouvrages déjà cités par d'autres auteurs²⁸. Nous ne citerons ici que le remarquable roman -en partie autobiographique- d'Amélie Nothomb d'une drôlerie folle et grinçante²⁹.

Le cinéma moderne regorge aussi d'exemples de chefs-d'œuvre qui ont pour thème le harcèlement moral. Citons l'admirable film de Luis Buñuel, *El*, sorti en français, sous le titre de *Tourments*, avec Arturo de Córdova, Delia Garcés et Luis Beristain. Un homme harcèle et torture moralement une femme, par jalousie malade, et lui rend la vie impossible en basculant dans la folie. Le harcèlement sexuel et le harcèlement moral sont complètement imbriqués dans le désir d'emprise et de possession sans partage sur cette femme. On voit ici comment le harcèlement sexuel est constitutif d'une violence morale et psychologique extrême.

Dans *Les Diaboliques*, de Henri-Georges Clouzot, le duo « diabolique » interprété par Simone Signoret et Paul Meurisse, s'attaque à la victime candide et fragile, interprétée par Véra Clouzot. Celle-ci, « gentille », trop gentille victime, est harcelée moralement, violente en raison de sa fragilité psychologique, de sa faiblesse physique -autant que de sa fortune matérielle- jusqu'à ce que ses bourreaux la rendent folle et la fassent mourir de peur. En fait, elle succombe à une crise cardiaque, provoquée par le coup de grâce (dernière vision d'horreur) que lui imposent ses tortionnaires.

Et bien sûr, Alfred Hitchcock nous donne dans tous ses films de fameux exemples d'êtres tourmentés, tourmenteurs habiles, dont la personnalité correspond aux critères de ce que l'on appelle parfois abusivement les « **pervers narcissiques** ». Ils profitent de certaines failles de l'autre dans lesquelles ils peuvent s'engouffrer pour nuire. Eux-mêmes sont, la plupart du temps, des êtres profondément perturbés et souffrants, qui redoublent de cruauté envers des êtres qui leur sont souvent très proches, qui peuvent être leurs doubles adorés ou abhorrés.

La théorie élaborée en 1989 par George Steiner³⁰, illustre cette omniprésence des faux-semblants dans la communication humaine : Il est évident, dit-il :

«[...] qu'on parle dans le dessein de communiquer. Mais aussi pour tromper l'interlocuteur, dissimuler, omettre sciemment. Le don qu'ont les êtres hu-

²⁸ RHODES Daniel et Kathleen (2000), *Le harcèlement psychologique*, Paris, Editions Marabout, 189 p., pp. 182-189.

²⁹ NOTHOMB Amélie (1999), *Stupeur et tremblements*, Paris, Albin Michel, 176 p. (Un film et des pièces de théâtre ont, depuis, été tirés de cette œuvre).

³⁰ STEINER Georges (1989), *Après Babel / Une poétique du dire et de la traduction*, Paris, Albin Michel, 470 p., p. 55.

mains de fausser l'information emprunte toutes les formes possibles, du mensonge éhonté au silence. »

Selon cet auteur, le langage verbal n'aurait pas été uniquement conçu par l'homme pour faciliter sa communication avec l'autre, mais largement autant pour la **brouiller** et pour mentir, pour tromper ses semblables en diffusant des messages polysémiques.

Le harcèlement -qu'il soit psychologique ou sexuel- est donc l'une des multiples composantes du comportement intelligent, dominateur et manipulateur de l'espèce humaine. L'intelligence de l'homme peut se mettre avec la plus grande abnégation au service de comportements altruistes autant qu'elle est capable de se mobiliser pour accomplir les actions les plus destructrices à l'égard d'autrui, ou encore de se déployer sur un mode autodestructeur.

Dans le domaine du droit, l'intelligence de l'être humain a permis d'élaborer les règles qui définissent ce qu'est le bien commun, de développer l'aide humanitaire et de se doter des instruments nécessaires à sa mise en œuvre, permettant l'accès à un bien-être partagé ou l'éradication de fléaux sociaux ou sanitaires. Cette même intelligence peut aussi, avec ou sans le soutien d'outils juridiques redoutables, se mettre au service de l'oppression individuelle ou collective la plus effroyable.

Chapitre II. Principaux travaux en médecine et psychosociologie : le mobbing

Après avoir inspiré les auteurs de fictions, prenant modèle sur les aspects les plus noirs ou gris de l'âme humaine, le harcèlement n'a commencé à intéresser les chercheurs que depuis peu de temps. Ainsi que l'affirme le médecin psychiatre et psychanalyste Christophe Dejours, « le harcèlement n'est pas une pratique nouvelle dans le monde du travail. Ce qui est nouveau, en revanche, c'est la sensibilisation et les réactions contre le harcèlement au travail, dans de nombreux pays occidentaux. »³¹

Je vous invite à cheminer vers une définition plus affinée en rappelant ci-après quelques travaux parmi les plus pertinents sur le sujet, sans toutefois respecter une présentation chronologique qui ne me semble pas adéquate. Il s'agit donc d'une présentation thématique.

I. Harcèlement moral, harcèlement psychologique, mobbing : quelle (s) définition (s)?

Ce sont d'abord les psychologues et les médecins qui ont été amenés à s'intéresser à ce problème et à décrire le phénomène. En effet, ils sont les premiers praticiens vers lesquels se tournent les personnes en souffrance, celles qui ne peuvent plus continuer à supporter leur vie quotidienne et professionnelle en raison de l'altération de leur état de santé. Ces praticiens se trouvent en première ligne pour repérer les pathologies liées aux maltraitements et aux agressions dans le cadre des relations de travail.

Les différentes études sur le harcèlement ont associé un adjectif au terme de « harcèlement ». Outre le harcèlement sexuel, on entend souvent parler de harcèlement « moral » ou de harcèlement « psychologique », ou encore de harcèlement « professionnel ».

Le harcèlement psychologique ou moral a été qualifié de « **vampirisme psychoaffectif** »³². Les auteurs précisent que « ce vampirisme se rencontre dans la vie ordinaire, parfois quotidiennement » et que « le sang que sucent ces vampires ne court pas dans nos veines : il s'agit de son équivalent psychoaffectif, soit notre fluide énergétique mental et émotionnel ». Un peu à la mesure de leurs modèles de légende, ces « vampires » d'un genre particulier, sont décrits comme des personnes qui requièrent une énergie psychoaffective supérieure à celle qu'elles parviennent à produire d'elles-mêmes et **sucent l'énergie** de leur victime afin d'accroître la leur³³.

³¹ DEJOURS Christophe (2000), « Violence et domination », in : *Travailler*, N°3, pp. 11-31, p. 16.

³² RHODES, 2000, p. 17.

³³ RHODES, 2000, p. 18.

Les dommages causés par cette forme de vampirisme sont immenses et vont du harcèlement « mineur » (qui fatigue la victime et nuit à sa concentration) aux affections psychoaffectives graves qui minent la carrière et la vie professionnelle, voire la vie tout court. Les auteurs ajoutent que dans des cas extrêmes, on assiste parfois à un déséquilibre mental et à des manifestations autodestructrices qui peuvent conduire ces malheureux au suicide.

La psychiatre et psychanalyste française Marie-France Hirigoyen a tout d'abord étudié ce phénomène qui se manifeste dans tous les domaines de la vie sociale, et l'a nommé « harcèlement moral ». Après une formation en victimologie aux Etats-Unis, elle soutient en 1995 un mémoire intitulé : *La destruction morale, les victimes des pervers narcissiques*.³⁴ Elle centre ensuite ses travaux sur la violence psychologique et publie en 1998 un essai³⁵ dans lequel elle étudie certains comportements pervers visant à dominer et à soumettre l'autre dans tous les aspects de la vie, familiale ou sociale. Tout comme Rhodes, elle décrit également le phénomène de « vampirisation » des pervers narcissiques qui ont besoin de combler un vide interne. Ils sont toutefois « incapables d'accueillir une substance que peut lui offrir l'autre » mais « ressentent une envie très intense à l'égard de ceux qui semblent posséder des choses qu'ils n'ont pas ou qui simplement tirent plaisir de leur vie [...] ». Pour des raisons qui tiennent à leur histoire dans les premiers stades de leur vie, les pervers n'ont pas pu se réaliser. Hirigoyen précise qu'« Ils observent avec envie que d'autres individus ont ce qu'il faut pour se réaliser. Passant à côté d'eux-mêmes, ils essaient de détruire le bonheur qui passe près d'eux. »³⁶ C'est donc souvent l'**envie**, la **jalou-**
sie qui motivent l'acharnement des harceleurs et harceleuses.

Son ouvrage consacré au harcèlement moral, connaîtra un immense succès et sera traduit et publié dans les langues de 22 pays. Hirigoyen publie ensuite un deuxième ouvrage consacré au harcèlement dans le monde du travail, une première fois en 2001,³⁷ puis en format poche en 2002, sous un titre quelque peu différent³⁸.

Selon l'auteure, on peut entendre le terme de harcèlement « moral » comme une mise à mal de l'équilibre psychique, une atteinte au « moral » d'autrui. Le harcèlement dit « moral » serait un phénomène destructeur de l'aptitude naturelle de chacun au bien-être, au bonheur de vivre. Cette atteinte au moral peut générer des états dépressifs, des dépressions durables et toutes sortes de pathologies ou de syndromes que les médecins décrivent aujourd'hui avec précision.

Il n'y aurait donc pas de différence entre le harcèlement « moral » -qu'Hirigoyen décrit aussi comme une forme de « vampirisme » ou de « vampirisation»- et le harcèlement dit « psychologique », tel que nous l'avons évoqué dans la définition donnée par Leymann. À ce stade, ces termes semblent parfaitement synonymes. On

³⁴ Non publié.

³⁵ HIRIGOYEN Marie-France (1998), *Le harcèlement moral, la violence perverse au quotidien*, Paris, Editions La Découverte et Syros, 216 p., *passim*.

³⁶ *Id.*, p. 158.

³⁷ HIRIGOYEN, 2001, 289 p., *passim*.

³⁸ HIRIGOYEN Marie-France (2002) *Le harcèlement moral dans la vie professionnelle*, Paris, Pocket, 190 p., *passim*.

trouve effectivement dans la littérature scientifique ou juridique, ces deux termes souvent employés indifféremment l'un pour l'autre³⁹.

Toutefois, Hirigoyen émet une différence dans l'emploi de ces deux vocables. Elle n'opère aucune distinction entre les **conséquences** des phénomènes décrits eux-mêmes (harcèlement « psychologique » ou harcèlement « moral »), mais elle tient à expliquer l'importance d'une terminologie différenciée entre harcèlement « moral » et harcèlement « psychologique ». Certains auteurs parlent aussi de « harcèlement professionnel »⁴⁰.

Qu'il s'agisse du cadre de la vie quotidienne ou de celui de la vie professionnelle, le harcèlement est associé pour Hirigoyen au terme de « moral » dont elle souligne l'importance. En effet, qualifier cette forme d'atteinte de « **psychologique** » signifierait qu'il s'agit uniquement « d'une étude pour spécialistes sur des mécanismes psychologiques »⁴¹. Ce serait réduire ce phénomène à une description technique, à un état de fait froidement observable. Elle insiste sur la nécessité de ne pas stigmatiser les victimes en **psychiatrisant** le phénomène⁴². Il existe en effet une tendance à rejeter la « faute » sur les victimes, qualifiées de personnes « **spéciales** » ou au caractère difficile, ou de « **moutons noirs** » souffrant de difficultés d'ordre psychologique ou social et attirant de façon inévitable l'agressivité sur elles. Cette attitude de rejet permet d'éviter de considérer comme fautif le comportement des agresseurs.

Elle souligne au contraire que le terme « **moral** » implique une prise de position, au sens où cette agression constitue une atteinte non seulement au **moral** des victimes, mais aussi aux **valeurs morales** de notre société. « Il s'agit effectivement de bien et de mal, de ce qui se fait et de ce qui ne se fait pas, de ce qu'on estime acceptable dans notre société et de ce que l'on refuse. »⁴³ En effet, il est impossible d'étudier ce phénomène sans prendre en compte les **perspectives éthique et morale**, afin de mettre en place une prévention et une répression efficaces⁴⁴.

Dans une perspective juridique, une réflexion sur l'importance de cette distinction nous paraît justifiée. Le choix, non seulement d'éléments de définition a priori synonymes, mais également la prise en compte de leur contenu précis est fondamental.

³⁹ Harcèlement psychologique, voir RHODES, 2000, *passim* ; WENNUBST, 1999, *passim* ; Harcèlement moral, voir HIRIGOYEN, 1998, *passim*.

⁴⁰ DUCRET Véronique / Avec la collaboration de BARONE Anne-Marie et GAFNER Magalie (2001), *Pour une entreprise sans harcèlement sexuel / Un guide pratique*, Chêne-Bourg, Genève et Paris, Georg Editeur, 159 p., p. 27. Le rapport ne différencie pas les auteurs de la rédaction de leurs écrits en particulier, nous citerons donc de manière globale les auteurs sous la forme : DUCRET, *et al.* Il s'agit de la première étude réalisée en Suisse sur le harcèlement sexuel subi par les femmes au travail;

POILPOT-ROCABOY Gwenaelle (1998), « Violation du contrat psychologique et harcèlement professionnel », *in* : *Gestion 2000*, n° 4, pp. 15-34, 31-34.

POILPOT-ROCABOY Gwenaelle (2000), « Le harcèlement professionnel : proposition d'un cadre d'analyse », *in* : *Revue française de Gestion*, n° 127, pp. 31-51.

⁴¹ HIRIGOYEN, 2001, p. 15 *ss.*

⁴² *Id.*, p. 9.

⁴³ *Ibid.*, p. 15.

⁴⁴ HIRIGOYEN, 2001, p. 16.

En effet, les actes de harcèlement dans les relations de travail constituent non seulement des comportements contraires aux valeurs morales et sociales, mais à des degrés divers selon les ordres juridiques, leur caractère illicite est souvent nommé et reconnu par le législateur. Ce comportement est donc de nature à avoir pour son auteur des conséquences sur le plan juridique et/ou judiciaire. De même, les personnes à l'encontre desquelles auront été perpétrés de tels actes illicites seront fondées à revendiquer un statut de plaignant ou de victime, et à demander aux autorités -administratives ou judiciaires- d'entrer en matière sur leurs demandes.

Les distinctions opérées par Hirigoyen présentent, pour les juristes, un intérêt certain pour la compréhension du phénomène dans sa portée morale et éthique. C'est la raison pour laquelle je pense utile de les mentionner. Les juristes doivent éviter de mener leur réflexion de manière schématique et -paradoxalement- « légaliste ». Ils et elles doivent avoir présent à l'esprit une vision globale et approfondie, mais **nuancée** du problème à traiter. Ils et elles doivent nourrir leur réflexion de multiples paramètres et des outils utilisés par les **autres sciences humaines**. Les distinctions d'Hirigoyen concernant la notion de harcèlement « moral » et « psychologique », tout comme les « prises de position » qu'elles impliquent nous paraissent donc fondamentales. Dans leur pratique, les juristes doivent avant tout respecter la terminologie utilisée par les sources (légales, jurisprudentielles ou, dans une moindre mesure, doctrinales) du droit, ils doivent se conformer à la terminologie en vigueur. La distinction entre harcèlement « moral » et harcèlement « psychologique » est donc porteuse de sens au plan juridique.

En conséquence, lorsque je me référerai aux bases légales, j'emploierai, selon l'expression consacrée, le terme de « harcèlement psychologique ». Lorsque j'évoquerai ce phénomène de manière générale et théorique, sans précision particulière de notre part, j'utiliserai indifféremment les termes de « harcèlement psychologique » ou « harcèlement moral » ou « harcèlement professionnel », sans toujours préciser « sur le lieu de travail », pour parler de ce que l'on appelle couramment le « mobbing ».

Lorsque je ferai référence à la doctrine ou à la jurisprudence du TF, j'emploierai indifféremment, conformément à la terminologie utilisée par ces deux autres sources du droit, les termes de « harcèlement psychologique » ou « harcèlement moral » - sans toujours préciser « dans les relations de travail » ou « dans les rapports de travail », puisqu'il s'agit du thème de cette étude. J'emploierai également, en me conformant à la terminologie utilisée, le terme de « mobbing » pour désigner ce comportement illicite dans le cadre particulier des rapports de travail.

Bien entendu, lorsque je me référerai à une base légale ou à une référence jurisprudentielle ou doctrinale particulière, je reproduirai fidèlement la terminologie utilisée par le législateur ou l'auteur et la définition correspondante.

II. Le harcèlement moral ou psychologique dans les relations de travail : le mobbing.

Le mobbing est un terme à la mode, tout le monde en a aujourd'hui entendu parler. Il est couramment admis, ou presque, que quiconque, ouvrier, employé ou cadre, femme ou homme, peut théoriquement en être victime.

1. Premiers éléments de définition

La notion de « mobbing », au sens où nous l'entendons aujourd'hui, a été identifiée et qualifiée comme telle déjà dans les années 1980 par Leymann pour désigner le harcèlement moral ou psychologique sur le lieu de travail, ainsi que le précise le sous-titre de son ouvrage « La persécution au travail »⁴⁵. Ce n'est que sous l'impulsion de ses travaux et la publication en français de son célèbre ouvrage en 1996, que la problématique de la violence sur le lieu de travail a commencé véritablement à être prise en considération chez nous. C'est également à partir de ce moment que la compréhension du phénomène du harcèlement et la prise de conscience de la nécessité de son traitement dans les rapports de travail a été enfin appréhendée. Il s'agit par conséquent d'un objet d'étude encore relativement nouveau, en particulier sur le plan juridique.

Leymann donne du mobbing la définition suivante : ce phénomène désigne, dans le cadre d'une relation conflictuelle sur le lieu de travail, « *une situation communicative qui menace d'infliger à l'individu de graves dommages psychiques et physiques. Le mobbing est un processus de destruction ; il est constitué d'agissements hostiles qui, pris isolément, pourraient sembler anodins, mais dont la répétition constante a des effets pernicieux* »⁴⁶.

Il s'agit d'actes qui sont de peu d'importance, presque insignifiants par eux-mêmes. C'est leur accumulation, leur multiplicité, voire leur imbrication les uns dans les autres, qui en constitue le caractère **hostile**. Par exemple, un haussement d'épaules systématique ou des soupirs répétés, à chaque fois qu'une personne prend la parole, constitue une **attitude hostile**. Cette hostilité est d'autant plus blessante qu'elle se manifeste en public.

Le concept de mobbing définit donc « l'enchaînement, sur une assez longue période, de propos et d'agissements hostiles, exprimés ou manifestés par une ou plusieurs personnes envers une tierce personne (la cible). La répétition de ces agissements suffit à déstabiliser, à angoisser la victime, à la briser et à l'exclure. »⁴⁷

Les mots-clés sont donc les suivants : « conflit », « agression répétée », « exclusion ». Bien que Leymann situe le mobbing dans le contexte d'un conflit, les termes « agression », « agissements hostiles » signifient clairement que l'on parle

⁴⁵ LEYMANN Heinz (1996), *La persécution au travail*, Paris, Seuil, 231 p., *passim*.

⁴⁶ *Id.*, p. 26 *ss.*

⁴⁷ *Ibid.*, p. 26 *ss.*

d'attaques unilatérales. La personne harcelée, est appelée « **victime** ». Elle est **agressée** de façon **répétitive** sur une période de **six mois au moins**. Néanmoins, cette durée est de plus en plus contestée par les praticiens et admet également des restrictions de la part de la jurisprudence. Le but de ces agissements est d'**exclure** la personne cible.

L'étymologie du terme de « mobbing », tel qu'employé par Leymann trouve son origine dans le verbe anglais « to mob » qui signifie « assaillir, agresser, tourmenter ». Dans les traductions françaises de son ouvrage, les termes de « harcèlement » et de « mobbing » ont été employés indifféremment l'un pour l'autre.

2. Eléments de définition complémentaires

Au sein du monde du travail, le phénomène de nuisance à l'autre peut se manifester sous des formes diverses, par des brimades, des pressions, des vexations, voire tout simplement des refus de communication ou des non-dits. Il se manifeste encore sous la forme de tout un ensemble de comportements multiples et diversifiés qui, de prime abord, peuvent paraître anodins, mais dont la répétition est déstabilisante et gravement préjudiciable à la personne visée. Ce sont ces conséquences qui en font une victime sans que l'on parle encore de **volonté de nuire**.

Le harcèlement moral, tel que l'a décrit Hirigoyen, est un phénomène qui peut aussi voir le jour dans le monde du travail, où les pervers narcissiques « s'attaquent à l'estime de soi, à la confiance en soi de l'autre, pour augmenter leur propre valeur. Ils s'approprient le narcissisme de l'autre. »⁴⁸

Hirigoyen a consacré une partie de son travail à une étude plus détaillée des faits de harcèlement dans les rapports de travail. Elle dresse une liste précise des attitudes dont la fréquence, la répétition et la relative durée constituent des actes de harcèlement. Elle cite notamment le fait de refuser la communication, disqualifier, isoler, discréditer, brimer et de pousser l'autre à la faute. Elle précise que ces actes peuvent se manifester autant par des paroles, des comportements, que des actions. L'auteure met également en cause le fonctionnement même de l'entreprise, en mettant en évidence les relations et les interactions perverses qui se développent au sein de l'organisation. Celles-ci permettent l'émergence d'un **mauvais climat de travail** ou même encouragent la manifestation et le développement de méthodes qui portent atteinte à la personnalité et engendrent le mobbing.

Il arrive que des personnes au comportement parfaitement lisse dans leurs relations sociales (amicales, ou au travail) dysfonctionnent gravement dans leurs relations familiales et se rendent coupables de violences conjugales, par exemple (ou d'autres comportements déviants ou manipulations de tout ordre, qui ne tombent pas toujours sous le coup de la loi pénale). Le cadre du travail, où les gens passent le plus clair de leur temps et vivent de multiples situations gratifiantes ou frustrantes, tout en étant obligés de se côtoyer, est aussi un endroit privilégié pour que naissent toutes sortes de comportements abusifs.

⁴⁸ HIRIGOYEN, 1998, p. 158.

Dans l'entreprise, les hommes et les femmes sont confrontés à des rapports sociaux différents de leur sphère privée, et ce peut être l'occasion de donner libre cours à des comportements déviants, à des attitudes que l'ordre moral ou juridique réprouve et/ou condamne. Le cadre du travail -haut lieu de l'expression sociale- peut ainsi laisser à certaines personnes un espace leur permettant d'exercer une forme d'expression de leurs désirs ou de leurs pulsions qui ne leur est pas permise en dehors de ce contexte. Tout dépendra des valeurs dominantes de la culture de l'entreprise -et dans une autre mesure- de la force de résistance des individus cibles des attaques.

Le mobbing, qui désigne également, par extension, les relations qui s'installent entre les agresseurs et leur victime⁴⁹, peut aussi se manifester sous la forme de calomnies et de médisances qui ont pour but de discréditer de manière irréversible la victime⁵⁰.

Ce phénomène, que Leymann a qualifié également de « psychoterreur », désigne une relation conflictuelle sur le lieu de travail, aussi bien entre collègues, qu'entre supérieur-e-s et subordonné-e-s. Ce chercheur a mis au point en 1996 un instrument de mesure, le « Leymann Inventory of Psychological Terrorization » (LIPT) qui dresse la liste de 45 agissements agressifs. Au cours d'un entretien, le praticien ou l'enquêteur demande à la personne si elle est la cible de tels agissements et, dans l'affirmative, depuis combien de temps et à quelle fréquence. Si la fréquence est d'au moins une fois par semaine durant une période d'au moins 6 mois, on se trouve face à une situation de mobbing.⁵¹ Le but visé par ces agressions répétées est d'exclure la victime d'une manière ou d'une autre. Le harcèlement au sein du monde du travail est un comportement délibéré qui détruit petit à petit la victime, mais qui porte également atteinte à son environnement professionnel. Dans le cadre des relations de travail, les conséquences directes du mobbing ne consistent plus seulement en une souffrance privée dont la collectivité n'aurait que faire. Si un-e employé-e souffre et va assez mal pour être atteint-e dans sa santé, s'absenter souvent ou durablement pour raison de santé, ou effectue son travail de manière insuffisante et incorrecte. Il « déserte » son travail en raison du poison distillé, nous assistons alors à une répercussion, voire à une véritable **contamination** des relations au sein l'entreprise et partant, à une mauvaise exécution du travail qui peut devenir de manière dangereuse, la **norme**. Il s'agit d'un véritable fléau pour l'entreprise qui peut avoir des répercussions sur sa bonne marche.

La connaissance du problème s'est aujourd'hui développée et les victimes elles-mêmes commencent à n'avoir plus honte de ce qui leur arrive, à dire leur souffrance, à décrire les agissements qu'elles ont eu à subir jour après jour et à se défendre. Toutefois, certaines personnes considèrent qu'il s'agit exclusivement d'une souffrance privée, due à une réactivité exacerbée aux contraintes normales imposées par les rapports de travail. Or, lorsque ce comportement se développe au sein des relations de travail, il devient un fléau qui rend délétères les relations dans le travail, nuit à la productivité et à la bonne marche de l'entreprise, qu'elle soit privée ou publique.

⁴⁹ LEYMANN, 1996, p. 27.

⁵⁰ *Id.*, pp. 36-40.

⁵¹ *Ibid.*, p. 43 ss.

Le mobbing doit être alors étudié et décrit afin d'être défini en tant que **phénomène social**. La recherche de solutions indispensables à la paix au travail devient alors possible. Ces agressions qui surgissent sur le lieu de travail deviennent un élément dont la connaissance et la prise de conscience s'impose dans l'entreprise. Il convient donc, en premier lieu d'expliquer le harcèlement et de former les employé-e-s de l'entreprise (quel que soit leur niveau hiérarchique) aux règles d'éthiques en vigueur et à la connaissance des multiples formes du harcèlement. Il convient aussi de démontrer à tous les acteurs de la vie économique qu'ils ont, chacun dans son rôle, une **responsabilité** dans le respect des rapports humains au sein du monde du travail.

En outre, le fait que des personnes, qualifiées ou non, se retrouvent victimes de situations de harcèlement a des répercussions sur l'ensemble du marché du travail. En particulier, il convient d'insister sur les conséquences financières des arrêts de travail et des démissions dus, directement ou non, aux conséquences du harcèlement et à ses répercussions sur la santé.

Le mobbing, mode de communication vicié et destructeur, peut se manifester aussi bien entre collègues de même niveau hiérarchique⁵² (mouvement horizontal), qu'entre subordonnés et supérieurs hiérarchiques (dans un mouvement vertical). Lorsqu'il s'exerce de la part de supérieurs envers des subordonnés, il est qualifié de mouvement **vertical descendant**, et il peut également s'établir, dans un mouvement **vertical ascendant**, lorsque des subordonnés « mobbent » un supérieur hiérarchique⁵³. Cette forme de mobbing est beaucoup plus rare mais elle existe. En particulier, lorsque le supérieur hiérarchique est nouveau dans le poste ou qu'il a pour mission de réorganiser un service en bouleversant les habitudes de toutes et de tous, il arrive que les subordonnés s'emploient -à plusieurs- par des actes de sabotage du travail ou en exerçant une force d'inertie suffisante à paralyser le déroulement du travail. Mais, dans l'ensemble, il est, bien entendu plus aisé de commettre des actes abusifs lorsque sont établies des relations de pouvoir permettant de fragiliser la victime.

Le mobbing peut s'exercer de la part d'une personne à l'encontre d'une autre, d'un groupe de personnes à l'égard d'une seule, ou encore de plusieurs personnes à l'égard d'autres personnes. Il peut également s'exercer de la part d'une personne à l'encontre de plusieurs autres. Mais cela n'est véritablement possible que si cette personne se trouve, au sein de l'entreprise, dans une situation suffisamment influente pour avoir une action sur la situation professionnelle des victimes. Citons ici dans une administration le cas de la secrétaire du directeur qui s'était attribué un rôle prépondérant alors qu'elle n'avait aucune formation, qualification, ni reconnaissance de fait, particulière. Elle était devenue depuis de nombreuses années un membre influent du service, grâce à l'art de se rendre indispensable auprès du directeur, un entregent certain et un don particulier pour donner des ordres de manière à ce que cela ne puisse lui être refusé. Par exemple, elle demandait de manière systématique aux autres secrétaires de même rang qu'elle de lui servir le café en prenant pour prétexte le fait que le directeur souhaitait lui aussi un café. Au fur et à mesure qu'elle asseyait son pouvoir, elle commettait des actes de plus en plus abusifs. Un jour, prétextant que ses collègues (qu'elle prenait pour ses subalternes) n'avaient pas

⁵² LEYMAN, 1996, pp. 44-50.

⁵³ *Id.*, pp. 50-54.

assez d'occupation, elle a apporté ses propres petits pois et les a fait écosser par ses collègues. Ces personnes, de même classe administrative qu'elle, se sont exécutées sans rechigner le moins du monde. L'affaire s'est sue, mais n'a pas suscité de véritable indignation, ni, bien sûr de sanctions. Cette affaire n'a déclenché que des torrents d'hilarité...

Après l'immense succès rencontré par son premier ouvrage consacré au harcèlement moral, Hirigoyen a affiné son analyse du harcèlement dans la vie professionnelle. En effet, certaines personnes ont eu tendance à appeler « harcèlement » un peu « tout et n'importe quoi ».

Parallèlement, elle a donné à ses lecteurs des pistes et des éclaircissements sur la véritable nature du harcèlement et propose la mise en place de solutions. Afin de « démêler le vrai du faux »⁵⁴, expression qu'elle a reprise pour le sous-titre de son nouvel ouvrage, elle évoque de manière éloquente ses préoccupations quant aux utilisations abusives et détournées du mot. Le chapitre III, entièrement consacré à ce thème, met en garde contre une utilisation, non seulement abusive, mais également perverse du terme « harcèlement ». Cet usage sciemment dévoyé, sert à détourner le mot « harcèlement » de son sens premier. L'auteur rend le lecteur attentif aux risques de fausses allégations de harcèlement qui visent, le plus souvent, à retourner la situation au profit du harceleur. Elle élabore une grille de réflexion pour identifier les abus et fait des propositions pour mettre en place des solutions.

Effectivement, les « fausses » plaintes pour harcèlement ou les véritables dénonciations calomnieuses sont nombreuses dans le cadre des relations de travail. Certains n'hésitent pas à commettre, soit des abus de droit, soit parfois même des actes de diffamation, de manière à se prémunir contre des remarques ou des remontrances justifiées émanant de collègues ou de la hiérarchie. Dans certains cas, le premier qui « se met » en congé maladie a gagné... Les employé-e-s, et tout particulièrement la hiérarchie, doivent être à même d'identifier les détournements des termes de harcèlement ou de mobbing, ainsi que la manipulation des définitions, qui visent souvent à opérer de spectaculaires revirements de situation.

Lorsque Leymann utilise le mot « mobbing », il se fonde sur l'acception étymologique (en anglais : « to mob », action d'un groupe, d'une meute contre un individu), qui implique un phénomène d'agression collective, de « meute » qui s'attaque à une personne en particulier. Une certaine confusion pourrait s'installer car, selon sa propre définition et aujourd'hui, dans les acceptions courantes, le mobbing peut n'être le fait que d'une seule personne. Leymann appelle « cibles » les personnes désignées, « visées » par les harceleurs. Autrement dit, le harcèlement procède d'un comportement délibéré, qui ne doit rien au hasard.

Ce sont des tracasseries de tous ordres, des attaques verbales ou non verbales, simplement discourtoises ou d'une certaine violence, qui s'exercent à l'encontre d'une autre personne ou d'une autre catégorie de personnes. Dans la nature, des phéno-

⁵⁴ HIRIGOYEN, 2001, pp. 83-87.

mènes comparables ont été observés par des éthologues, comme Lorenz⁵⁵, qui avaient déjà décrit chez les oiseaux, notamment, l'assaut de « meutes », qui se mettent à attaquer des prédateurs afin de protéger leur progéniture et de se débarrasser de l'intrus qui représente un danger.

Pour Wennubst, le mobbing est « un acte unique (harcèlement), une entité composée d'un ensemble d'agissements »⁵⁶. Elle relève aussi que le mobbing « vise à exclure la victime d'un cercle de relations données [...] ».

Du point de vue strictement terminologique, nous pensons qu'il existe une contradiction dans le fait de définir comme « acte unique », un « ensemble d'agissements ». Du point de vue du rapport au temps, un acte unique connaît un début, bien marqué et une fin, également circonscrite. Il est préférable de qualifier cet « acte unique » de « comportement », composé d'agissements, d'actes ou d'attitudes hostiles, répétés, qui ont, le plus souvent, peu d'importance en eux-mêmes. Il existe cependant un cas, à mon avis, où un **acte unique** est constitutif de harcèlement, ses effets font que l'acte illicite se répercute de lui-même, sans que l'auteur ait de nouveau à intervenir. Il s'agit du déclenchement d'une rumeur. C'est d'ailleurs ce que Tercier⁵⁷ appelle « **l'atteinte état** »⁵⁸, par rapport à « **l'atteinte ponctuelle** »⁵⁹, en tant que conséquence d'un l'acte isolé. Si cette atteinte ponctuelle se reproduit sur une certaine durée, elle est de nature à se convertir en une atteinte état, dont les conséquences sont démultipliées.

A cet égard, le législateur vaudois précise qu'« Est constitutif d'un harcèlement sexuel tout comportement importun de caractère sexuel qui porte atteinte à la dignité de la personne sur son lieu de travail »⁶⁰. On peut dans ce cas, considérer que le déclenchement et/ou l'entretien d'une rumeur concernant les relations sexuelles vraies ou supposées d'une personne ou toute « information » sur sa vie sexuelle ou intime est un acte constitutif de harcèlement sexuel⁶¹, car c'est un comportement qui importune la personne visée par ces actes.

Sur la question de l'**exclusion d'un « cercle de relations données**», il convient d'opérer une distinction entre deux éléments.

⁵⁵ LORENZ Konrad (1977), *L'agression, une histoire naturelle du mal* (traduit de l'allemand), Paris, Flammarion, 240 p. cité par FROMAIGÉAT Denise et WENNUBST Gabriella (2000), *Souffrance psychologique au travail/Guide dans les méandres du harcèlement psychologique*, Genève, OCIRT, 115 p., p. 17.

⁵⁶ WENNUBST Gabriella (2004), « Mobbing, thème choisi : La définition », in : *Revue du Centre d'études des droits de la personnalité*, cahier N° 1, p. 19.

⁵⁷ TERCIER, Pierre (1984), *Le nouveau droit de la personnalité*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 330 p., p. 81.
N.B. l'ouvrage ancien de Tercier sera pris comme référence tout au long de cet ouvrage car il reste d'une pertinence très actuelle.

⁵⁸ Voir lexique : « atteinte-état ».

⁵⁹ Voir lexique : « atteinte-acte isolé ».

⁶⁰ Loi du 12 novembre 2001 sur le personnel de l'État de Vaud et règlement général du 9 décembre 2002, RSV 1.6, art. 3.

⁶¹ Cette distinction entre « atteinte état » et « atteinte ponctuelle » peut également, en dehors de toute disposition légale spécifique, s'appliquer au harcèlement psychologique.

- Premièrement, le « mobbing », ou le harcèlement (moral, psychologique, professionnel, etc.) sous toutes ses formes, en tant que ce comportement perpétré au travail. Je me réfère en cela à la terminologie de Leymann qui intitule son ouvrage *phare*, « mobbing » en tant que « **persécution au travail** »⁶².

- Deuxièmement, le harcèlement (« moral » ou « psychologique »), qui ne concerne pas exclusivement les relations de travail, mais un **autre champ de relations sociales ou familiales**.

Le harcèlement perpétré dans le cadre de la sphère privée ne relève pas, en Suisse en particulier, des mêmes règles juridiques que le mobbing ou toute forme de harcèlement dans le cadre des relations de travail. Cette distinction opérée par Künzi⁶³ me paraît nécessaire pour comprendre la diversité du phénomène qui se manifeste dans un cadre précis.

Conformément à ces précisions, j'exclurai de la définition du « mobbing » le cadre de la sphère privée et des relations sociales en général, telles que la famille, le club de sport, une association ou un parti politique, etc., pourvu que n'existe aucun rapport de travail entre les protagonistes.

Je choisirai de limiter ma réflexion aux relations de travail, en tant qu'elles constituent une sphère d'influence juridique spécifique. Toutefois, lors de la présentation dans la deuxième partie de cette étude de certaines législations étrangères, il sera parfois nécessaire de présenter le cadre général de la législation donnée, si elle traite le sujet du harcèlement dans toutes les sphères de la vie, professionnelle ou privée.

Pour Poilpot-Rocaboy⁶⁴, le harcèlement (moral, en général) consiste en « toute **attitude** durable et répétée d'un ou plusieurs membres de l'organisation qui **tend à** intimider, à dévaloriser ou à isoler un autre de ses membres dans le but de le déstabiliser ».

Cette définition du harcèlement prend en considération, d'une part, les conséquences du comportement de l'auteur sur la victime. D'autre part, les précisions apportées par dite définition permettent d'éviter de donner prise aux dénégations du harceleur sur l'**intention** qui l'anime. Le verbe « tendre à », « tendre vers » signifie :

« *Avoir un but, une fin, et s'en approcher d'une manière délibérée* »⁶⁵.

Ce verbe indique à la fois le but vers lequel se dirige l'acteur (auteur du harcèlement), ainsi que l'aboutissement présumé et logique de son action. Ainsi, l'auteur de harcèlement avéré comme tel ne peut s'exonérer de sa responsabilité, se dérober en

⁶² LEYMANN, 1996, *passim*.

⁶³ JEANDET Catherine, KÜNZI Denise, KÜNZI Gilbert, VICARIO Angelo (2006), *Harcèlement sur le lieu de travail / L'entreprise en question*, Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 298 p., p. 29.

⁶⁴ POILPOT-ROCABOY Gwenaëlle (1998), « La fonction GRH comme garant du respect du contrat psychologique relationnel dans l'entreprise : Le cas du harcèlement professionnel », in : ALLOUCHE José et SIRE Bruno (1998), *Ressources humaines : une gestion éclatée*, Paris, Economica, 412 p., pp. 273-291.

⁶⁵ *Le Nouveau petit Robert, 2009* : « tendre ».

niant farouchement sa volonté de nuire ou d'exclure la personne, cible de ses attaques.

C'est l'intimidation, la dévalorisation et/ou l'isolement de la victime, considéré de manière **objective**, ainsi que la **vraisemblance** du but visé (la déstabilisation, la déconsidération ou la mise à l'écart d'un milieu professionnel donné) qui englobent les faits constitutifs de harcèlement. Ce comportement peut être motivé par des raisons diverses, qui peuvent être : « le désir de se divertir aux dépens de l'autre, la volonté de nuire, la jalousie, l'obtention de la démission, le souhait de conquérir ou de garder le pouvoir, le refus d'une différence. »⁶⁶

Au surplus, ce sont les effets de cette déstabilisation ou de cet isolement qui peuvent conduire à l'émergence de troubles physiques ou psychiques, à la commission de fautes en cascade, à la démission due au découragement ou au désespoir, etc.

Il est intéressant de relever également un élément constitutif de mobbing qui peut paraître paradoxal. Ce sont les **attitudes d'évitement**⁶⁷, la mise à l'écart de la victime. Nous avons entendu lors d'auditions d'agresseurs, nombre d'entre eux s'exclamer avec aplomb : « Je ne vois pas ce qu'on me reproche ! De toute façon, cela fait des mois que je ne lui adresse plus la parole ! Et puis, je ne lui dis même plus bonjour, comme ça, ça évite les problèmes ! »

Effectivement, personne n'est obligé d'« aimer » ou même de « supporter » un collègue peu amène, ou franchement difficile. Toutefois, et nous y reviendrons, dans la plupart des démocraties européennes (de manière certes, très différente selon les Etats), le cadre des relations de travail comporte un certain nombre de normes de droit public qui s'imposent *erga omnes*⁶⁸. L'employeur doit **respecter** et **faire respecter** la personnalité du travailleur tout en garantissant la santé et la sécurité de ses employés. À cet égard, il peut sembler quelque peu paradoxal, qu'une attitude d'indifférence, qu'une « non action », ne soit pas automatiquement, par défaut, pourrait-on dire, une non agression. Il ne s'agit que d'une apparence de non agression, d'une **apparence** seulement.

En effet, ces attitudes d'évitement et de mépris, sont rarement isolées et s'inscrivent en général dans un contexte plus agressif qui fait parfois « boule-de-neige ». D'autre part, si l'on ne parle pas à quelqu'un, il est vrai qu'on ne lui parle ni « bien », ni « mal », mais lorsqu'on s'arrange systématiquement pour ne pas aller boire le café avec lui ou elle, ou encore plus grave, pour inviter d'autres personnes à une pause-café sans elle, on organise la négation de sa personnalité par ses autres collègues. Or, éviter quelqu'un, de surcroît intentionnellement, (attitude qui est souvent contagieuse) équivaut à signer pour lui, « un arrêt de mort sociale ». Car la souffrance d'une personne qui devient « transparente » est immense. La prohibition de cette atteinte à sa personnalité est, selon les Etats, protégée par le droit. Les relations humaines qui se tissent dans le cadre des relations de travail ne sont pas des relations sociales comme les autres. Les employés qui souffrent ne peuvent pas partir, sim-

⁶⁶ POILPOT-ROCABOY, 1998, p. 276.

⁶⁷ RAVISY Philippe (2004), *Le harcèlement moral au travail*, Paris, Editions Delmas Express, 3^{ème} édition, 241 p., p. 56.

⁶⁸ Voir lexicque : « *erga omnes* ».

plement tourner le dos à une situation psychologiquement insupportable sans mettre à mal leur pouvoir économique. C'est dans ce cadre que certains Etats (appartenant au modèle *social-démocrate*) édictent des règles visant à assurer une relative harmonie dans les relations de travail, afin de préserver l'**équilibre socio-économique** de la société.

3. Formes particulières de harcèlement au travail

Certains chercheurs ont employé différents termes pour identifier et décrire les manifestations particulières de violence au travail. Nous verrons que ces catégories ne sont pas toujours opérantes, en raison d'une certaine fluctuation terminologique, mais je ne retiendrai que celles qui paraissent utiles à mon propos.

J'ai utilisé à plusieurs reprises le terme de « violence », au sens courant du terme sans le définir de manière précise. Il me paraît utile à ce stade de ma réflexion de donner la définition de Garcia⁶⁹ afin de préciser ce que ce terme revêt précisément, à savoir : « [...] la transgression de règles de vie en société, d'infraction à l'éthique des relations humaines ». Ce terme « se réfère à l'exercice de la contrainte, à l'utilisation de la force sur autrui ».

En tant que comportements violents, le harcèlement psychologique et sexuel sont donc des formes d'agressions comme l'est le « bullying »⁷⁰, terme utilisé également pour décrire un type d'**agressions collectives**⁷¹.

Notons que ce terme a également été employé comme synonyme de « brimades » par Chappell et Di Martino, qui emploient, quant à eux, le terme de « mobbing » comme synonyme de « persécution collective »⁷².

La doctrine n'a donc pas entériné en la matière un usage commun. Une certaine confusion règne donc et il conviendra donc d'arrêter une terminologie simple et rigoureuse.

Certains parlent de « bossing » pour désigner un type particulier de pressions exercées par le chef, le « boss ».

Par souci d'exhaustivité, il est fait référence à ces formes particulières de harcèlement dans le cadre des relations de travail, telles que mentionnées par certains auteurs. Toutefois, signalons que cette distinction n'est pas déterminante dans le cadre

⁶⁹ GARCIA Ada, HUE Catherine, *et al.* (2002), *Violences au travail / Harcèlement moral et sexuel : Caractéristiques et conséquences sur les travailleurs féminins et masculins / Projet réalisé à l'initiative du Ministère de l'Emploi et du Travail, direction de l'humanisation du travail, avec le soutien du Fonds social européen*, Louvain, Université catholique, Département des sciences politiques et sociales, 95 p., p. 12.

⁷⁰ Voir *infra*, 1^{ère} partie, chap. II, II, 3, B.

⁷¹ OLWEUS Dan (1993), *Bullying at school : What we know and what we can do (Understanding children's worlds)*, Oxford, Blackwell Publishers, 140 p., *passim* et HIRIGOYEN, 2001, pp. 96 ss.

⁷² DI MARTINO, CHAPPELL, 2000, pp. 12 ss., p. 48.

de la présente étude, d'autant plus que nous venons de mentionner qu'elle est assez flottante selon les auteurs.

A. *Le bossing*

La terminologie anglo-saxonne a également donné le terme de bossing lorsque la violence psychologique à l'égard des employés est exercée par le boss, patron ou supérieur hiérarchique.

Citant encore le « Oxford Dictionary », Rhodes qualifie la personne du « bossy » comme quelqu'un d'essentiellement « dominateur ». Il donne une explication psychologique. Il s'agit d'un type de comportement agressif, mais qui ne tiendrait pas forcément sur la durée des rapports. Ce type de comportement, offre parfois un espace de résistance plus important dans l'entreprise car les employés peuvent tenter d'échapper à ses contraintes et développer des stratégies pour s'en accommoder. Dans ce cas, le manager exploiteur, « bossy », est confronté seul à une équipe d'employés. C'est souvent une forme de « mauvais management » tentant de faire atteindre aux employés des objectifs disproportionnés et irréalisables.

Au départ, il peut simplement s'agir d'un mode de gestion du personnel « ultra-productif », qui engendre des mauvaises conditions de travail, une surcharge de travail, des horaires dépassant la normale ainsi que des pressions visant à l'augmentation des performances, favorisant l'émulation entre les travailleurs, poussée à l'extrême. En langage courant (et occidental), on parle de manière parfois abusive de « Stakhanovisme ». Il s'agit une référence à ce mineur soviétique, Aleksei Grogorievitch Stakhanov, qui, en 1935 (selon ce qui est sans doute en grande partie une légende, visant à servir la propagande soviétique), avait réussi à extraire 105 tonnes de charbon en une seule nuit, alors que la norme n'était que de 7 tonnes. On a appelé « stakhanovisme » la méthode de travail employée, fondée sur l'utilisation de techniques nouvelles et l'émulation des travailleurs en vue d'améliorer le rendement⁷³.

Ariès⁷⁴ n'hésite pas à qualifier le harcèlement au travail de « nouveau management ». L'auteur veut dire que la maltraitance systématique au travail, à l'égard des employés, les ordres arbitraires, une forte pression au-delà de ce qui est ordinairement nécessaire et, par conséquent, injustifiée et non éthique, serait devenue la norme en matière de direction de personnel.

Dans le « bossing », ces pressions qui viennent d'en haut rendent la vie du salarié difficile à supporter. Les personnes les plus sensibles ne peuvent tenir dans de telles

⁷³ *Le Nouveau petit Robert / Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*/Nouvelle édition du Petit Robert de Paul Robert/ Texte remanié et amplifié sous la direction de Josette Rey-Debove et Alain Rey.- Paris, 2009, 2837 p. : « Harceler » ; *Le petit Robert des noms propres*, Editions le petit Robert, Paris, 2010, 2470 p. : « Stakhanov ».

⁷⁴ ARIES Paul (2002), *Harcèlement au travail ou nouveau management ?* Villeurbanne, Editions Golias, 286 p., *passim*.

situations. Elles tombent malades, sont victimes de « burn-out ». Hirigoyen⁷⁵ a aussi appelé ce phénomène « maltraitance managériale ». Il s'agit d'exploitation, de conditions de travail pénibles tant sur le plan physique que psychologique -voire illégales selon les ordres juridiques-, mais ce n'est pas encore tout à fait du harcèlement.

En revanche, les risques de « dérapage » s'accroissent quand les collaborateurs les plus conscients, parfois syndicalistes ou délégués du personnel refusent de collaborer ou se rebellent. Il arrive alors que le supérieur s'acharne sciemment à leur en demander toujours plus. C'est aussi ce que l'on appelle l'« exploitation » des collaborateurs, qui peut donner lieu à des conflits collectifs (revendications, grèves, etc.).

Si des personnes, ainsi malmenées, plus réticentes que les autres, résistent plus fort et plus longtemps, le « boss » peut décider de les écarter de l'ensemble du personnel, soit parce qu'elles ne sont plus assez performantes, soit parce qu'il existe un risque de contamination des autres salariés de l'entreprise. « Il vaut mieux qu'ils s'en aillent et s'ils partent d'eux-mêmes, c'est encore mieux ! »

Cette mise à l'écart peut se manifester également sous forme de « mise au placard » qui est souvent un procédé très efficace pour faire craquer quelqu'un. En effet, sans plus aucune tâche intéressante, la personne se sent inutile et niée dans sa compétence.

Or, même si la règle en droit privé du travail -et dans une certaine mesure aujourd'hui, en droit public du travail- est la liberté contractuelle, celle-ci n'est pas absolue. Un employeur doit respecter un certain nombre de règles (éthiques notamment), avant de licencier un collaborateur. Les règles sont plus strictes pour l'employeur en droit de la fonction publique, où l'employé bénéficie d'une protection plus étendue.

Le mobbing, venant du « boss », peut alors se mettre en place pour se débarrasser d'un collaborateur gênant, selon les stratégies que nous avons décrites. Le mobbing correspond, selon les définitions retenues à un palier de plus dans la pression et l'agression perpétrées à l'encontre du travailleur.

Le bossing serait donc une manière, autoritaire et déshumanisée de diriger, ainsi qu'une forme particulière de mobbing « venant d'en haut », venant du boss. Dès lors, dans le bossing, l'on peut considérer qu'il s'agit d'un comportement « peu amène », d'un management « dur », mais la question se pose de savoir si nous sommes en présence d'actes illicites ou non. La différenciation entre un comportement illicite et une direction quelque peu autoritaire doit être faite grâce à des normes juridiques spécifiques. Dès que l'on bascule dans l'atteinte à la personnalité et la santé, il s'agit de mobbing, peu importe qu'il soit ascendant ou non. Dans ce cas, la notion purement psychologique appréhendée par Rhodes⁷⁶, se double d'une analyse socio-juridique.

Si l'on définit le mobbing, selon les critères généraux énoncés, un comportement attentatoire à la personnalité, peut nous chaut, dans une perspective immédiate de

⁷⁵ HIRIGOYEN, 2001, p. 33.

⁷⁶ RHODES, 2000, *passim*.

définition juridique de lui donner un nom particulier, selon qu'il vienne d'en haut, d'en bas ou « de côté ».

Pour appréhender de manière complète le phénomène dans une perspective de ressources humaines, le besoin se fait sentir de comprendre les origines ou les causes du mobbing. Il convient de prendre en compte le contexte dans lequel le phénomène se développe. Je ne me référerai pas à une forme ou à une catégorie de harcèlement au travail spécifique, car, à ce sujet, il n'existe aucun consensus de la part de l'ensemble des chercheurs ou praticiens.

B. Le bullying

Le terme de « bullying » a été employé par certains chercheurs américains et anglais pour définir une forme particulière de harcèlement, observé et étudié principalement en milieu scolaire, et accompagné fréquemment de violences physiques⁷⁷. Avant d'être étudié essentiellement dans ce cadre, ce phénomène avait préalablement été introduit en psychologie du travail par Lazarus⁷⁸ en 1984. Parmi d'autres éléments de stress, ce chercheur met en évidence une catégorie qu'il appelle « stress social », dans lequel il inclut le « bullying ». Des manifestations de cet ordre, incluant des violences de toutes sortes, y compris physiques, existent également dans les rapports de travail les plus pervers. C'est pourquoi nous nous arrêterons rapidement sur ces éléments de définition.

To bully : « To threaten, to hurt someone or frighten them, especially someone smaller or weaker. »⁷⁹, c'est à dire « Menacer de blesser quelqu'un ou l'effrayer, particulièrement quelqu'un de plus petit ou de plus faible », que l'on pourrait traduire en français par « brutaliser », « tyranniser », « persécuter », « brimer », « malmener ». Dans la définition en anglais, intervient clairement la notion de faiblesse avérée de la victime.

Bully, en tant que substantif, se traduit en français par petit tyran (qui fait subir des brimades à ses camarades)⁸⁰.

Le verbe, to bully -qui donne de manière significative comme exemple wife, employee (femme, employé)- est traduit par brimer, persécuter. L'expression to bully somebody into doing something correspond à « faire faire quelque chose à quelqu'un contre son gré » ou « exercer des manœuvres d'intimidation ».

Le terme « bullying », qui prend une valeur d'adjectif, dans l'expression « a bullying person » est aussi traduit par « tyrannique, brutal », et en tant que substantif, il est traduit par « brimade, intimidation, brutalité »⁸¹.

⁷⁷ OLWEUS, 1993, *passim*.

⁷⁸ LAZARUS Richard, FOLKMAN Susan (1984), *Stress, Appraisal, and Coping*, New York, Springer, 280 p., cité par : HIRIGOYEN, 2001, p. 98.

⁷⁹ LONGMAN, *web dictionary*, 2001, <http://www.ldoceonline.com>.

⁸⁰ TERREL, 1996, « bully », p. 120.

C'est vraisemblablement de l'expression « to be bullied » que sont nés en français les néologismes (anglicismes) tels que « victimisé ». Ce terme a été employé précisément sous la forme de « school bullying », une forme de violence particulière, se manifestant dans le cadre scolaire et faisant intervenir plusieurs manifestations de violences, physiques et/ou psychologiques ou les deux en même temps, entre enfants ou adolescents. Ces agressions s'apparentent parfois au « racket ». L'actualité mondiale a été ponctuée de plusieurs « faits-divers » de cet ordre qui ont semé l'épouvante. Outre le fait que les victimes et les auteurs étaient très jeunes, les tragédies se sont déroulées dans le cadre familial, scolaire, ou encore dans la rue, mais en rapport néanmoins avec les relations nouées dans le cadre scolaire ou du quartier d'habitation.

Le bullying se manifeste par des brimades, des humiliations, des moqueries, qui, perpétrées quotidiennement au sein d'un établissement scolaire ou même sur le chemin de l'école, transforment en enfer la vie de celui qui en est victime. C'est en Scandinavie dans les années 70-80 qu'ont eu lieu les premières études sur le bullying (non pas sans doute que le problème y soit plus grave, ou ait été plus aigu là-bas qu'ici). Olweus⁸² a mené dans les écoles norvégiennes la première recherche à grande échelle auprès d'un échantillon de 140 000 jeunes de 8 à 16 ans. Il a ensuite élaboré un programme de prévention et d'intervention qui est aujourd'hui utilisé dans de nombreux pays européens.

Le « school bullying » a été traduit par « harcèlement et brutalités entre élèves » dans la traduction française de l'ouvrage d'Olweus⁸³. C'est un « abus de pouvoir agressif et systématique à long terme dont les effets traumatiques sont particulièrement graves pour les victimes ». Il s'agit d'une violence à long terme, physique ou psychologique, perpétrée par plusieurs agresseurs (chacun étant un seul « bully ») à l'encontre d'une victime (bullied) dans une relation de domination. C'est une forme de violence spécifique, en raison, en particulier, de l'âge des victimes et des agresseurs, ainsi que du milieu où elle s'exerce et où elle a été observée, décrite et étudiée : la sphère scolaire. C'est donc un phénomène assez proche du mobbing dans ses manifestations et ses conséquences. Il est différent quant-au cadre social dans lequel il s'exerce ainsi que quant-à sa sphère juridique.

Cet environnement est, avec le cercle familial, un lieu privilégié où se déploient et s'exercent l'éducation, et, en principe, la protection de l'enfant. Il peut donc paraître paradoxal que soient fréquentes, à l'école, les expériences traumatisantes observées

⁸¹ ROBERT & COLLINS *et al.* (2006), *Dictionnaire français-anglais et anglais-français, 8ème édition*, Paris, Dictionnaires le Robert, 2285 p. : « bully ».

⁸² OLWEUS Dan (1972), « Personality and aggression », *in* : *Nebraska symposium on motivation*, Lincoln, University of Nebraska Press, J.K. Cole & D.D. Jensen (Eds), *passim*.

⁸³ OLWEUS Dan (1999), *Violence entre élèves, harcèlement et brutalités. Les faits, les solutions*, Paris, ESF éditeur (Editions Sociales françaises), 108 p., *passim*.

et étudiées par plusieurs chercheurs, dont Blaya⁸⁴, qui, en tant que sociologue, a été coordinatrice de l'observatoire européen de la violence scolaire. Cette structure regroupant des chercheurs sociologues, tous spécialistes des questions de violence à l'école, a reçu pour mandat en 1997 de Claude Allègre, alors ministre français de l'Éducation nationale, d'évaluer la situation dans certains établissements que l'on dit « sensibles », désignés spécialement pour la mise en place d'un plan de lutte contre la violence à l'école. Les chercheurs ont donc enquêté dans un certain nombre d'établissements urbains « à problèmes » et ont analysé l'évolution du climat sur le terrain alors que les mesures ministérielles se mettaient en place⁸⁵.

Ce problème peut paraître éloigné de la question de la violence dans les relations de travail, mais il faut toujours garder à l'esprit que l'éducation des jeunes, les habitudes et les valeurs sociales, comme l'utilisation de formes de communication non-violentes et le respect de l'autre, acquises dans l'enfance et l'adolescence, ont une influence déterminante sur les comportements de l'adulte. Or, il s'avère que l'on déplore aujourd'hui, et pourrait-on dire « même en Suisse », des violences perpétrées par des individus très jeunes. Sans vouloir dramatiser la situation, il faut être conscient du fait que les enfants ou adolescents violents d'aujourd'hui, ne deviendront pas tous, par les hasards de leur développement, des adultes bien insérés socialement et des modèles de civilité dans leur vie professionnelle future. Le problème est réel et il mériterait peut-être de susciter dans les écoles de Suisse une étude du type de celle réalisée par Haas⁸⁶, sur des jeunes recrues. Utilisant la méthode de la « délinquance auto-reportée », ce travail met en évidence par, les rapports entre des victimisations vécues dans l'enfance et des comportements criminels ou agressifs à plusieurs degrés, ou simplement des comportements « déviants » ou « à risque », notamment sur le plan sexuel.

Étant donné la grande majorité de personnes potentiellement touchée par le mobbing et le harcèlement sexuel sur le lieu de travail, peut-être serait-il souhaitable de réaliser une étude comparable à celle-ci dans le cadre de l'école. Il s'agirait d'évaluer la prévalence de perturbations psychiques et de faits de harcèlement autoreportés. Ce travail mettrait certainement en évidence de possibles relations entre des faits d'agressions perpétrés et/ou de victimisation subies à l'école (sous forme de harcèlement) et des comportements de mobbing ou de harcèlement sexuel, adoptés en tant qu'adulte sur le lieu de travail. Une étude de cette envergure serait intéressante car

⁸⁴ BAUDRY Patrick, BLAYA Catherine, CHOQUET Marie *et al.* (2000), *Souffrances et violences à l'adolescence / Qu'en penser ? Que faire ? / rapport à Claude Bartolone, ministre délégué à la ville*, Paris, Editions ESF (Collection « Actions sociales »), 168 p., *passim* ; DEARBIEUX Eric / Avec la collaboration de BLAYA Catherine *et al.* (2002), *L'oppression quotidienne : recherches sur une délinquance des mineurs*, Paris, La Documentation française, 249 p., *passim*.

⁸⁵ DEARBIEUX Eric (1996), *La violence en milieu scolaire: 1. Etat des lieux*, Paris, ESF (Collection « Actions sociales »), 180 p., *passim*.

⁸⁶ HAAS Henriette (2001), *Agressions et victimisations : une enquête sur les délinquants violents et sexuels non détectés – Gewalt und Viktimierung : eine Untersuchung zu nicht entdeckten Gewalt und Sexualstraftätern*, Aarau, Sauerländer (Série scientifique / Enquêtes fédérales auprès de la jeunesse et des recrues), vol. 15, 483 p., *passim*.

elle permettrait peut-être d'approfondir la connaissance des mobiles des auteurs ou des facteurs déclencheurs de ces comportements de harcèlement du point de vue psychologique et criminologique. Des résultats de cet ordre pourraient servir à tracer des pistes pour des actions de prévention dans les entreprises privées et publiques. Ils pourraient être des indicateurs d'une grande utilité pour comprendre de manière plus approfondie les facteurs individuels de ces comportements déviants et les prévenir.

Relatant un cas cité par Leymann, Di Martino et Chappell⁸⁷ titrent en encadré : « Exemple de persécution collective (mobbing) dans une usine norvégienne »⁸⁸. Ils réitèrent cette association de mots (persécution collective/mobbing) à une autre rubrique de leur ouvrage. Ils laissent ainsi supposer que le mobbing est une forme particulière de harcèlement ou de persécution perpétrée à plusieurs. Leurs critères de définition sont donc quelque peu mouvants par rapport à la définition de Leymann. Ils considèrent également que le terme de « bullying » est l'équivalent de brimades. Ces brimades constituent un comportement offensant qui vise à rabaisser un ou plusieurs salariés, par des moyens vindicatifs, cruels, malveillants ou humiliants. Ce sont des remarques constamment négatives sur les compétences personnelles et professionnelles de la victime, toujours imprévisibles, irrationnelles et injustes. Ces brimades peuvent revêtir diverses formes dont certaines, brutales, sont criantes et faciles à détecter, d'autres plus subtiles et difficiles à mettre en évidence. Cette définition se rapproche de la notion de « bossing », hormis le fait que cette forme de persécution peut émaner de collègues tout autant que de supérieurs hiérarchiques. Ils ne font toutefois pas référence aux notions développées à de multiples reprises par Olweus dès 1993⁸⁹, à savoir celle d'un groupe (même s'il s'agit d'enfants) s'attaquant à un individu isolé.

Dans le cadre du travail, le fait que plusieurs acteurs s'attaquent à un individu isolé, dans un processus de mobbing rend les choses encore plus graves. Ces actes, dont les effets sont alors multipliés, mettent la victime en position de faiblesse accrue, car, outre la peur qui s'installe d'emblée face au nombre, elle n'a aucune possibilité d'échapper aux agressions qui fusent de toutes parts, et ne connaît aucun répit. Elle est de plus en plus marginalisée, fragilisée plus intensément dans sa capacité à chercher du soutien ou à constituer des alliances au sein de son entourage.

Le terme de « bullying » pourrait alors se prêter à cette forme particulière de mobbing perpétré à plusieurs. Mais dans les faits, nous avons vu qu'il existe une certaine confusion dans les termes employés. Selon les premiers travaux de Leymann, le terme de mobbing doit être réservé aux relations de travail. Jacquemain réserve le terme de « bullying » au comportement qui désigne le rudolement du supérieur à

⁸⁷ DI MARTINO, CHAPPELL, 2000, pp. 13, 48.

⁸⁸ *Id.*, p. 14.

⁸⁹ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. II, II, 3, B.

l'égard du subordonné qui, selon lui, constitue « un comportement strictement interpersonnel »⁹⁰.

Le rudolement ponctuel ne répond aux termes de la définition du mobbing, que s'il est répétitif et constitue à la longue, une « norme » dans les relations. Il s'agit certes d'une forme de maltraitance, mais celle-ci n'est pas systématique, si elle ne s'inscrit pas dans un enchaînement d'actes qui nuisent à l'employé, ce n'est pas du mobbing. D'autre part, il peut s'agir du comportement d'une équipe managériale à l'égard d'un ou de plusieurs collaborateurs. Nous voyons de nouveau ici que cette notion se rapprocherait du bossing. Là encore, l'unité terminologique n'est pas toujours de mise dans la doctrine, de manière générale.

Rhodes⁹¹, citant le « Oxford Dictionary », désigne le « bully », comme quelqu'un « qui utilise la force ou le pouvoir pour contraindre ses semblables par la peur ». L'agresseur est donc considéré comme une personne seule, a priori, le « harceleur », le « mobbeur », qui peut agresser plusieurs personnes. Pour l'auteur susmentionné, le « bullying » ne désigne pas une forme de harcèlement exercé à plusieurs, mais un mobbeur ou une mobbeuse. Ce terme « bully », selon Rhodes, rejoint donc plutôt le terme de « bossing », le tyran qui exerce abusivement son pouvoir.

Pour Hirigoyen, le « bullying » semble « d'acception plus large » que le terme « mobbing ». Il va des moqueries et de la mise à l'écart jusqu'à des conduites d'abus à connotation sexuelle ou des agressions physiques. « Il s'agit plus de brimades ou de violences individuelles que de violence organisationnelle. » L'auteur souligne aussi qu'au Québec, où l'on tente d'éviter la terminologie anglo-saxonne, on emploie le terme de harcèlement psychologique, pour décrire ce que les anglo-saxons appellent « bullying »⁹². Le terme de « bullying » serait plutôt utilisé par les anglophones pour décrire ce que l'on appelle « mobbing » dans les autres pays. On constate donc que les critères de définition, dans l'ensemble de l'Europe et outre-Atlantique, sont très fluctuants et que des catégories rigoureuses ne sont pas encore tout à fait mises en place.

Dans d'autres contextes culturels, comme au Japon, on parle de « ijime », qui se traduit par « harcèlement ». Ce terme est « utilisé pour décrire les brimades et les humiliations subies par les enfants à l'école, mais aussi pour décrire, dans les entreprises nippones, les pressions d'un groupe afin de former les jeunes recrues ou de mâter les éléments perturbateurs. » Il s'agit ici de rendre ces personnes « conformes »⁹³. Il s'agirait d'un phénomène très ancien, ce qui signifie que ses manifes-

⁹⁰ JACQMAIN Jean (2001), *Violences au travail / Harcèlement moral et sexuel : Caractéristiques et conséquences sur les travailleurs féminins et masculins / Projet réalisé à l'initiative du Ministère de l'Emploi et du Travail, direction de l'humanisation du travail, avec le soutien du Fonds social européen*, Louvain, Université catholique, Département des sciences politiques et sociales, 95 p., p. 9, cité par : GARCIA, HUE, OPDEBECK, 2002, p. 9.

⁹¹ RHODES, 2000, p. 31.

⁹² HIRIGOYEN, 2001, p. 98 ss.

⁹³ *Id.*, p. 102.

tations ne sont pas forcément liées à une nouvelle manière de concevoir les rapports humains au sein d'une entreprise moderne déshumanisée. Comme dans le roman de Nothomb, il s'agit d'un engrenage d'humiliations aboutissant à une mise à l'écart, qui n'est pas obligatoirement corrélé avec la notion de profit⁹⁴.

Le terme de « bullying » n'ayant pas fait l'objet d'une acception uniforme entérinée par la doctrine, il serait malvenu et ambigu pour l'instant, d'utiliser ce terme pour une forme particulière de harcèlement (collectif ou non) sur le lieu de travail. Pour qu'il n'y ait pas de confusion, j'écarterai ce terme, considérant qu'il ne concerne que le harcèlement de type « scolaire ».

Les critères moraux des Etats de droit, distinguent l'agression perpétrée à plusieurs contre un individu isolé d'une agression perpétrée par une seule personne. L'agression perpétrée en groupe étant, dans de nombreux ordres juridiques, une circonstance « aggravante ». Sur le plan de la gravité des faits et de la responsabilité des auteurs, il est certainement souhaitable de distinguer les actes de mobbing exercés par une personne à l'encontre d'une autre, d'agressions par plusieurs personnes à l'encontre d'une seule.

Les définitions données pour le bullying n'étant pas uniformes, nous n'utiliserons pas non plus ce terme pour parler de harcèlement dans le cadre des rapports de travail. Toutefois, dans le cadre du travail, il peut s'avérer nécessaire de prendre en compte les formes particulières que peut prendre le mobbing, dit « collectif », exercé à plusieurs, contre une victime seule, isolée, et par conséquent plus vulnérable. Ceci peut permettre de donner un traitement juridique ou judiciaire plus adéquat, dans le cadre de sanctions prononcées.

Pour éviter toute confusion par rapport à la terminologie dominante, et en l'absence de catégorie juridique spécifique, nous considérerons ces agissements perpétrés à plusieurs comme des faits de harcèlement ou de mobbing, en général. Néanmoins, cette forme particulière de mobbing étant plus intense quant aux effets sur la victime, elle est plus dommageable que le mobbing « ordinaire ». À ce titre, un tel comportement collectif mériterait de faire l'objet d'un traitement juridique particulier. Nous réfléchissons aux possibilités de procéder à des analogies avec le droit pénal en y introduisant les notions de complicité et de coaction.

Signalons qu'actuellement, en droit pénal, ces notions n'introduisent pas une circonstance aggravante. Tout au plus, des coauteurs sont-ils réputés avoir chacun commis le délit reproché. On se posera la question de savoir s'il faudrait comparer ces actes collectifs avec des délits commis en bande, comme, par exemple la rixe. En l'absence de terme approprié, je garderai en tant que de besoin l'expression de « harcèlement psychologique ou mobbing perpétré à plusieurs ».

⁹⁴ NOTHOMB, 1999, *passim*.

C. *Harcèlement et « harassment »*

Le terme de mobbing n'a été introduit aux Etats-Unis qu'en 1990 par un article de Leymann dans la revue américaine « violence and victims ». Auparavant, Brodsky avait, lui⁹⁵, employé le terme de « harassment », dès 1976 pour désigner le harcèlement dans le monde du travail, en en donnant une définition très proche de celle de Leymann. Ce terme anglo-américain est employé de manière courante, pour désigner le mobbing et en particulier dans l'expression « sexual harassment » (harcèlement sexuel).

Lorho et Hilp signalent encore qu'aux Etats-Unis, on parle d'employee abuse (abus commis sur les travailleurs), ou encore de workplace terrorism (terrorisme sur le lieu de travail) et qu'au Royaume-Uni, on désigne le phénomène par workplace bullying (harcèlement moral sur le lieu de travail) ou simplement bullying, expression dont nous avons déjà mentionné qu'elle s'employait surtout dans le contexte de l'école. Se référant à Duden⁹⁶, il précise enfin que le verbe allemand mobben est défini comme le « harcèlement incessant à l'encontre de collègues mené dans l'intention de les chasser de leur poste ».

4. Choix terminologiques de l'auteur

Nous avons mentionné préalablement la possibilité que le chef ou « boss », mette en place une stratégie destinée à faire « craquer » son subordonné devenu indésirable, ou à le pousser à la faute, ce qui permettra de le licencier en toute légalité. C'est ainsi par peur et par impuissance que certains supérieurs finissent par exercer une forme exacerbée, acharnée de « bossing ». Le harcèlement apparaîtrait donc lorsque la frontière est franchie et que s'installe véritablement la volonté de nuire. Le harcèlement visera cette fois, non plus à obtenir les résultats demandés mais à se débarrasser des employés les plus gênants (les meneurs, par exemple), ou de ceux et celles qu'ils auront désignés comme boucs émissaires⁹⁷ en leur demandant des performances impossibles à atteindre.

Dans le cas où des conditions de travail se meuvent en instrument utilisé pour se débarrasser de quelqu'un au sein de l'entreprise, le « bossing » est synonyme de « mobbing », selon les critères de la définition de Leymann. Afin d'éviter tout risque de confusion devant la profusion des termes (anglo-saxons pour la plupart), je n'emploierai pas le terme de « bossing » pour définir une forme particulière de harcèlement vertical descendant au travail. J'emploierai le terme de mobbing en précisant le harcèlement spécifique dont il s'agit.

⁹⁵ BRODSKY Carroll M (1976), *The harassed worker*, Lexington, D C Health & Company, 174 p., cité par HIRIGOYEN, 2001, p. 99.

⁹⁶ DUDEN (1996), *Die deutsche Rechtschreibung*, Mannheim/ Leipzig/ Vienne/ Zurich, Duden, 910 p., p. 498, cité par LORHO Frank et HILP Ulrich (2001), *Le harcèlement moral au travail*, Luxembourg, EP, Série Affaires Sociales, 33 p., p. 7.

⁹⁷ RHODES, 1992, p. 32 ss.

Selon Adams⁹⁸, un élément permet de faire la différence alors entre le « bossing » et le « bullying » (pris ici dans le sens que nous donnons de manière générale à « harcèlement » ou encore « mobbing »). Il s'agit de la capacité vindicative de l'individu, de sa propension personnelle à isoler, dévaloriser ou même à avilir l'autre. Même une très grande dureté, un indéniable manque d'humanité dans les méthodes de management n'aboutissent pas obligatoirement à du mobbing. Le mobbing est donc, selon Adams, une stratégie, voire une méthode, propre à un individu, à une équipe ou à toute une entreprise qui vise l'exclusion de sa de ou ses victimes. En ce sens, il rejoint La définition de Leymann, qui applique aussi le terme de « bullying » au cadre des relations de travail.

Zapf⁹⁹, professeur à l'Université de Francfort, psychologue du travail et spécialiste du mobbing, quant à lui, considère que le bullying provient majoritairement de supérieurs hiérarchiques, alors que le mobbing est beaucoup plus un phénomène de groupe¹⁰⁰. Il se réfère en ce sens à l'étymologie du terme « mobbing » (meute) et partage l'opinion de Chappell et Di Martino qui définissent le phénomène comme des actes de « persécution collective au travail »¹⁰¹. C'est donc une forme de harcèlement moral ou psychologique.

Outre la distinction effectuée par Hirigoyen, les termes de « harcèlement moral » et « harcèlement psychologique » sont le plus souvent employés comme synonymes par les spécialistes du domaine et nous emploierons donc indifféremment un vocable ou l'autre. Nous préciserons en tant que de besoin le type de harcèlement ascendant, descendant, horizontal ou exercé à plusieurs. Le terme de « mobbing » est également bien entériné par l'usage, y compris dans le monde francophone et nous l'utiliserons comme synonyme de harcèlement psychologique ou moral dans le cadre des rapports de travail.

Nous nous éloignons dans notre propos de la définition de Wennubst qui écrit : « Par mobbing, nous entendons une répétition d'actes hostiles (harcèlement) par un ou des auteurs tendant à isoler, marginaliser, éloigner ou exclure la victime d'un cercle de relations données, voire à la neutraliser. »¹⁰² Dans un sens plus restreint que le « cercle de relations données » auquel Wennubst se réfère.

Suivant la définition de Leymann, je parlerai exclusivement du cercle des relations nouées dans le cadre des relations de travail. Même si un mobbing peut aboutir par ricochet à une perturbation de la qualité des relations extra-professionnelles (familiales, par exemple) de la victime, en raison de l'altération de ses capacités commu-

⁹⁸ ADAMS Andrea, with contributions from CRAWFORD Neil (1992), *Bullying at work / how to confront and overcome it*, London, Virago Press, 195 p., p. 32.

⁹⁹ ZAPF Dieter, EINARSEN Stale (2003), « Individual antecedents of bullying: Victims and perpetrators », in : *Bullying and emotional abuse in the workplace. International perspectives in research and practice*, EINARSEN, HOEL, ZAPF, & COOPER, Eds., London, Taylor & Francis, pp. 165-184.

¹⁰⁰ ZAPF Dieter (1999), « Mobbing in Organisation / Überblick zum Stand der Forschung », in : *Zeitschrift für Arbeits und Organisationspsychologie*, Göttingen, Hogrefe-Verlag, Vol. 43 (N.F.17) 1, pp. 1-25, cité par HIRIGOYEN (2001), p. 99.

¹⁰¹ DI MARTINO, CHAPPELL, 2000, pp. 14, 48.

¹⁰² WENNUBST, 2004, p. 9.

nicatives, nous considérons que le mobbing ne concerne que des faits de harcèlement dans le cadre des relations de travail.

Il peut certes arriver que le mobbing s'accompagne d'autres agressions verbales ou physiques qui tombent sous le coup de la loi pénale, que ce soit en droit suisse ou dans la plupart des Etats de droit. Cependant, la plupart du temps, le mobbing tel que l'ont défini les chercheurs mentionnés ci-dessus est exempt d'actes qui, pris isolément, sont répréhensibles pénalement. Il s'agit plutôt de « méthodes raffinées, perverses ou brutales », d'attaques par surprise ou de brimades « en gants blancs »¹⁰³. Les agressions perpétrées, qui peuvent être de toute nature (gestes de mépris, attitudes de rejet, silences, refus de saluer, sarcasmes, ou encore méthodes de management subtiles) sont, en apparence, souvent anodines en elles mêmes. Elles sont difficilement identifiables comme des actes dont la répétition peut « rendre fou », au sens figuré, mais aussi parfois au sens propre.

Voyons maintenant la distinction entre les difficultés relationnelles ou les conflits et le harcèlement, manifestations d'agressions unilatérales.

A. Différences et relations entre conflit(s) et « mobbing »

De nombreux ouvrages ont été consacrés au « conflit ». Il s'agira dans le présent chapitre de broser les grandes lignes mettant en relation et en opposition « conflits » et « harcèlement ». Nous insisterons sur ce qui différencie ces deux phénomènes. Ces distinctions et ces critères précis sont utiles pour dessiner les contours de ce qu'est le mobbing lorsque qu'il conviendra d'en parler dans les droits étrangers proposés, ce qui est du harcèlement et ce qui n'en est pas. Ceci est fondamental, car de nombreuses personnes appellent désormais mobbing ce qui est un conflit, autrement dit une relation bilatérale difficile au travail. Ainsi, les divers protagonistes brandissent le mot « mobbing », pour servir leurs propres intérêts en accusant l'autre de commettre des agressions envers lui, mettant ainsi fin à tout dialogue.

Pour Hirigoyen, un certain nombre de conduites individuelles, une certaine forme de dureté du travail ou dans les relations de travail ne doivent pas être confondues avec du harcèlement. Elle énumère dans ce sens le stress, la maltraitance managériale¹⁰⁴, les agressions ponctuelles, les mauvaises conditions de travail ou les contraintes liées à l'exécution du travail.

Les autres formes de violences telles que celle des clients d'une entreprise à l'égard des membres de celle-ci, la violence physique et la violence sexuelle, ne sont pas non plus du harcèlement au sens de « mobbing ». Les employés peuvent cependant être « harcelés », au sens premier du terme, par des personnes extérieures à l'entreprise. Ainsi que l'ont mentionné de nombreux observateurs et chercheurs, l'on rencontre ces cas de harcèlement tout particulièrement dans les secteurs hospitaliers

¹⁰³ DURIEUX Albert, JOURDAIN Stéphane (1999), *L'entreprise barbare*, Paris, Albin Michel, 238 p., p. 14.

¹⁰⁴ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. II. III. 1.

ou celui de l'aide sociale. Ces atteintes peuvent être graves, mais cela ne constitue pas pour autant du mobbing au regard de la définition de Leymann¹⁰⁵.

En revanche, si l'employeur laisse s'installer sciemment une situation de maltraitance qui provient de l'extérieur de l'entreprise (clients, fournisseurs, usagers de l'administration, etc.) sans agir, il se peut que sa responsabilité puisse être engagée pour les atteintes que subit son employé. Ceci dans la mesure où cet employé travaille dans des conditions mettant sa santé en péril.

Au surplus, si une situation de harcèlement venant de l'extérieur persiste et que les collègues ou l'employeur alimentent ces violences ou s'en servent pour nuire à la personne, on peut alors parler de mobbing. Dans ce cas, on peut dire que cette agressivité provenant de l'extérieur est utilisée au sein de l'entreprise pour perpétrer des actes de mobbing, qui viendra ensuite des autres employés, supérieurs hiérarchiques ou collègues. Citons le cas d'une assistante sociale, victime à plusieurs reprises d'un client particulièrement agressif qui, dans un premier temps, n'a pas été soutenue par ses collègues. Ensuite ceux-ci ont utilisé sa déstabilisation pour la déconsidérer et l'humilier durablement.

Zapf¹⁰⁶ propose une définition similaire à celle de Leymann: « Le mobbing est le résultat de nombreuses tentatives avortées pour résoudre un conflit. Nous ne parlerions pas de harcèlement moral s'il existait un équilibre des pouvoirs ou si ces agissements étaient ponctuels. » Le mobbing présuppose donc des tentatives qui ont échoué pour résoudre un conflit.

Cette définition comporte à mon sens une faiblesse, celle de restreindre la notion de responsabilité individuelle des agresseurs. Le mobbing peut, certes, naître de tentatives infructueuses de résolutions de conflits. Toutefois, celles-ci ne sont pas obligatoirement un préalable à une situation de mobbing. Le mobbing peut naître de différentes tensions ou jeux de pouvoir non contrôlés ou non canalisés, mais il peut être simplement l'expression d'une volonté de nuire et l'outil d'expression d'une jalousie primaire. Il peut être également la conséquence d'un harcèlement sexuel, qui n'est pas un conflit.

Tout comme Leymann, Hirigoyen¹⁰⁷ pense que même s'ils sont un « mal nécessaire », les conflits ouverts engendrent une déperdition d'énergie considérable. Elle considère qu'ils sont toutefois positifs, qu'ils sont même utiles, car les changements essentiels sont difficilement réalisables sans conflits, qui sont source de renouvellement et de réorganisation.

¹⁰⁵ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. II, I.

¹⁰⁶ ZAPF Dieter, EINARSEN Stale (2003), « Individual antecedents of bullying: Victims and perpetrators », in : EINARSEN, HOEL, ZAPF & COOPER, Eds. (2003), *Bullying and emotional abuse in the workplace. International perspectives in research and practice*, London, Taylor & Francis, pp. 165-184.

¹⁰⁷ LEYMANN Heinz (1996), *Mobbing / La persécution au travail*, Paris, Editions du Seuil, 237 p., p. 75 ; HIRIGOYEN, 2001, p. 27.

Leymann ajoute que si les conflits sont, bien sûr, très nombreux, seul un petit nombre de conflits dégénèrent en mobbing ou psychoterror¹⁰⁸. Il ajoute que le conflit est « une manifestation normale des rapports humains » et affirme même que, sans conflit, « rien ne se passe »¹⁰⁹. Cette opinion sur les bienfaits du conflit est partagée par Hirigoyen¹¹⁰, qui, dans son chapitre intitulé « Les vertus du conflit », affirme que le harcèlement naît du fait qu'aucun conflit n'a pu se mettre en place et que les reproches ne sont pas nommés : « derrière tout procédé de harcèlement, il y a du non-dit et du caché. »

Tschan¹¹¹ ne partage pas ce point de vue. A la question de savoir si les conflits au travail sont inévitables et s'ils sont sains, elle répond que les effets positifs sont en réalité très rares. Ils ne sont bénéfiques que s'ils se limitent strictement aux tâches, sont gérés de manière à en éviter l'escalade¹¹² et à exclure toute personnalisation du conflit. De plus, elle mentionne que ces conditions ne sont que rarement remplies. Par ailleurs, elle soutient que les conflits peuvent nuire au bien-être psychologique, à la santé des employés et qu'ils en diminuent la productivité, car les aspects positifs du conflit sont le plus souvent un « vœu » et non une « réalité ».

Pour Leymann, les deux phénomènes (conflit et harcèlement) sont intimement liés et il insiste sur le fait que l'un des moyens de prévention du mobbing s'inscrit dans une politique adéquate de résolution ou, tout au moins, de traitement ou de gestion des conflits. Selon lui, un conflit non résolu, qui s'envenime et s'enkyste, peut dégénérer en mobbing¹¹³.

Un conflit est décrit par Zapf¹¹⁴, comme une « polémique, un désaccord ou une opposition ». Lorho considère que « le harcèlement moral, commençant toujours par un conflit et doit être considéré comme un « conflit excessif », qui part d'un « simple » conflit ». Il évolue ensuite, après un certain temps, tantôt très rapidement, tantôt après des semaines ou des mois. En conséquence, le harcèlement moral va toujours de pair avec un conflit, mais un conflit existant ne se traduit pas nécessairement par un harcèlement¹¹⁵.

Le conflit est inhérent à toute relation humaine et naît en raison de la diversité même des personnes qui se côtoient dans l'univers professionnel et de leurs intérêts divergents. Il peut en résulter un bienfait et un enrichissement des relations, mais le conflit, résolu ou non, ou simplement non géré, peut aussi dégénérer. L'un des protagonistes et parfois même des personnes extérieures au conflit, directement concernées

¹⁰⁸ LEYMAN, 1996, p. 76.

¹⁰⁹ *Id.*, p. 75.

¹¹⁰ HIRIGOYEN, 2001, p. 27.

¹¹¹ TSCHAN Franziska (2008) *in* : Santé et travail /sous la direction de GUILLOD Olivier, éditeur/, 14^{ème} journée de droit de la santé de l'Institut de droit de la santé (Université de Neuchâtel), Berne, Editions Weblaw, p. 140.

¹¹² TSCHAN, 2008, p. 141.

¹¹³ LEYMAN, 1996, p. 76.

¹¹⁴ ZAPF, 1999, pp. 1 *ss.*, cité par LORHO & HILP, 2001, pp. 9 *ss.*

¹¹⁵ LORHO, 2001, p. 10.

ou non, peuvent alors exercer des actes de harcèlement sur l'une des personnes qui deviennent des victimes.

Pour ma part, je n'adhère pas à la thèse selon laquelle le harcèlement moral commence toujours par un conflit.

Si le harcèlement moral naît le plus souvent d'un conflit, nié ou non résolu, il peut naître, en dehors de tout conflit, ouvert en tout cas. En outre, le conflit implique des interactions et une dynamique qui se poursuit de manière bilatérale ou collective et dont peut surgir la solution d'un problème : une rupture, une dilution des difficultés. Mais il peut aussi, lorsqu'il n'est pas résolu ou « vidé », dégénérer en mobbing. Le mobbing n'est plus un conflit d'ordre bilatéral, mais un processus agressif, dans lequel une personne agit et l'autre subit. Cette situation de mobbing durera plus ou moins longtemps. Sa durée ou son arrêt peut dépendre de multiples facteurs : de l'attitude de l'entourage professionnel et en particulier, de l'attitude de l'employeur, du soutien social et/ou familial dont peut bénéficier la victime, de la capacité de résistance de cette dernière, de la violence des agressions, etc.

Quant au mobbing, il ne naît jamais de manière naturelle et automatique. Il faut à son émergence des raisons précises. Les causes de la naissance du mobbing sont multifactorielles. Elles tiennent aussi bien au contexte professionnel, qu'à certains traits de personnalité relatifs à la victime¹¹⁶, ou encore à la personnalité du mobbeur ou de la mobbeuse. Comme le souligne Wennubst¹¹⁷, tout mobbing est essentiellement dû aux peurs, au rejet ou à la jalousie ou à un intérêt confus que l'auteur ressent et qui pousse un individu à nuire à l'autre.

J'ai déjà également constaté, comme les chercheurs et les praticiens qui se sont intéressés au sujet, que le mobbing est, le plus souvent grandement favorisé par l'action autant que par l'inaction des supérieurs hiérarchiques. La question se pose alors de mesurer quelle est la responsabilité de l'employeur, même si celui-ci a participé activement ou non aux actes illicites. Dans certains droits positifs, l'inaction ou la passivité peut faire l'objet de sanction¹¹⁸, et même de répression¹¹⁹.

Dans d'autres cas, il est de bon ton au sein d'une certaine « culture » de l'entreprise ou d'un milieu professionnel donné de s'affirmer ou de se valoriser par le biais de l'exclusion de l'autre. Nous pouvons citer l'exemple d'un trio qui a « martyrisé » (selon le terme employé par un supérieur hiérarchique) pendant des années des apprenties, les unes après les autres. Les auteurs se prêtaient à un jeu sadique sous forme de concours à celui ou celle qui, avant les autres, réussirait à faire pleurer la jeune fille.

On a vu que l'une des caractéristiques du mobbing est son caractère insidieux. C'est également en raison de son caractère répétitif selon une certaine fréquence, de son caractère durable, qu'il est cause de souffrances et particulièrement difficile à sup-

¹¹⁶ Par exemple, une personne qui se laissera faire ou qui aura tendance à se dévaloriser.

¹¹⁷ WENNUBST, 1999, p. 49.

¹¹⁸ Art. 328 CO *al.* 1 et 2.

¹¹⁹ Voir *infra*, 2^{ème} partie, chap. III, III.

porter. Ces trois derniers éléments conjugués empêchent la victime de se remettre, ils empêchent les blessures de se cicatriser. C'est sur une plaie, relativement bénigne au départ, mais qui n'est pas encore refermée que l'agresseur recommence à frapper une première fois. C'est ensuite sur les blessures répétées et enflammées, alors que la victime croit qu'elle a trouvé le répit et que cette somme de plaies superposées se cicatrise doucement, que l'agresseur s'acharne de nouveau en piquant, en tapant fort ou même en frottant doucement, mais suffisamment longtemps. L'une des difficultés reste à définir ce que veut dire « longtemps ». C'est sans doute une notion subjective, juridiquement indéterminée sur laquelle il conviendra de revenir. C'est la raison pour laquelle les spécialistes du mobbing parlent souvent de traces, de cicatrices qui perdurent. Si ces plaies ne peuvent plus cicatriser, elles s'incrument dans l'âme et il n'est pas rare que cela puisse conduire à des troubles relevant de la psychiatrie¹²⁰.

C'est la raison pour laquelle, bien que ces petits actes pris isolément soient le plus souvent sans importance en eux-mêmes, ils constituent néanmoins dans leur ensemble une atteinte à la personnalité.

Signalons enfin que –et malgré les a priori que l'on peut avoir dans ce domaine– selon les chiffres mis en évidence par plusieurs enquêtes¹²¹, les femmes, dans une proportion toutefois un peu inférieure à celle des hommes, sont également « mobbeuses ». De plus, et en tenant compte des facteurs socioéconomiques, en particulier de l'existence d'une plus grande proportion d'hommes dans les catégories socioprofessionnelles les plus élevées, et donc des possibilités accrues d'exercer un mobbing ascendant, le harcèlement psychologique est sensiblement perpétré autant par les femmes que par les hommes.

Le mobbing se caractérise par son aspect essentiellement sournois, mais il n'est pas exclu que des manifestations ouvertement agressives, voire violentes, ponctuent le processus de déstabilisation et s'enchaînent avec des actes neutres ou excessivement obséquieux. Le mobbeur souffle souvent « le chaud et le froid », et c'est ainsi que ses effets sont les plus destructeurs.

C'est ainsi que le mobbing se distingue également du conflit par ses effets et par la place qu'il prend au sein de l'entreprise. N'oublions pas que Leymann a qualifié le mobbing de « persécution » au travail et de « psychoterreur »¹²².

Il est vrai que la mise à jour d'un conflit, et en particulier le fait que celui-ci puisse ainsi être « vidé », peut avoir certains effets positifs. En revanche, le mobbing peut naître d'un conflit non résolu ou mal résolu, ou dont les effets perdurent, est une nuisance pour l'entreprise¹²³. Il peut détruire professionnellement et psychologiquement l'un de ses membres et « pourrir » le climat de l'entité. Il doit être mis fin, tant à la situation installée, qu'aux actes de mobbing. L'employeur doit même mettre

¹²⁰ LEYMAN, 1996, p. 203.

¹²¹ HIRIGOYEN, 2001, p. 120.

¹²² LEYMAN, 1996, *passim*.

¹²³ LEYMAN, 1996, p. 154.

tout en œuvre, pour éviter que cette nuisance ne se produise, par des mesures de prévention. Il ne doit pas hésiter non plus, afin d'éviter que ces agressions se reproduisent, à mettre en place des sanctions.

B. Différences et relations entre « harcèlement » et « stress »

Le harcèlement est souvent associé au stress professionnel, qui lui aussi, comporte des effets sur la personne qui le subit et sur l'ensemble de l'entreprise. Il est indéniablement difficile de définir le mobbing. Définir le stress s'avère sans doute encore plus compliqué car il comporte des éléments d'ordre médical et ses causes et ses manifestations varient considérablement d'une personne à l'autre. Certains chercheurs ont toutefois tenté d'en donner une définition scientifique.

Selon Gbézo¹²⁴, c'est le docteur Hans SEYLE (1907-1982) qui découvrit le phénomène physiologique du stress dans les années trente. C'est un syndrome général d'adaptation, qui désignait au départ une réponse ou une réaction non spécifique de défense se déroulant à l'intérieur de l'organisme. On emploie ce terme aujourd'hui de manière plus large pour désigner l'agent responsable de cette réaction. À chaque fois donc que nous sommes exposés à un changement et qu'il faut s'adapter à une situation nouvelle, nous sommes en proie au stress. Gbézo retient la définition suivante :

« Ensemble de réactions physiologiques et psychologiques d'alarme et de défense d'un sujet face à une agression ou à une menace. »

Voici ce qu'en dit Cox¹²⁵:

« Définir le stress est une question très complexe qui est le sujet d'analyses divergentes et de discussions continues parmi des experts. Cependant, en dépit de ces débats contradictoires, un consensus général émerge sur une définition du stress en tant que phénomène lié à l'idée d'un déséquilibre, perçu entre un individu, son environnement et d'autres personnes. Lorsque quelqu'un est confronté aux demandes, soit d'autres personnes, soit de l'environnement physique ou psychosocial, et qu'il se sent incapable de répondre de façon adéquate, son organisme active certaines réponses pour faire face à la situation. La nature de cette réponse dépendra d'une combinaison de différents éléments, qui comprennent l'ampleur de la demande, les caractéristiques personnelles et les ressources de la personne, ses contraintes dans ses

¹²⁴ GBEZO Bernard E. (2000), *Agressivité et violences au travail/Comment y faire face*, Paris, ESF Editeurs (Collection « Formation permanente, séminaires Mucchielli »), 182p., p. 52.

¹²⁵ COX Tom (1987), « Stress, coping and problem solving », in : *Work and stress*, Vol. 1, N° 1, p. 6, cité par DI MARTINO Vittorio (1992), « Preventing stress at work », in : *Conditions of work digest*, Geneva, International labour Office, Volume 11, Number 12, 41 p., pp. 3 ss.

tentatives à faire face à la situation et finalement à l'appui éventuel reçu des autres personnes. »¹²⁶

Plusieurs auteurs ont proposé des typologies différentes de la problématique.

Leymann écrit pour sa part que le stress est avant tout un « état biologique »¹²⁷, généré par les situations sociales ou socio-psychologiques, qui résultent des conditions d'organisation du travail. La tension psychique qui en résulte provoque des symptômes caractéristiques, qui selon les personnes, soumises à des tensions semblables, développent des symptômes différents. On peut ajouter que les causes ponctuelles de stress peuvent disparaître rapidement, entraînant la disparition des symptômes.

En revanche, le mobbing n'est pas un phénomène biologique, un symptôme, un état observable par les thérapeutes. Le mobbing ne surgit pas, ne survient pas ex nihilo, ou d'une situation globalement stressante, que les uns ou les autres vivent avec plus ou moins de facilité. Le mobbing suppose l'exercice d'actes de nuisance perpétrés à l'encontre d'une autre personne. Cependant il est vrai que des personnes soumises à un mobbing présentent fréquemment des symptômes communs de stress. Si la situation perdure (ce qui est souvent le cas), les symptômes « s'installent de façon chronique »¹²⁸. En particulier, les victimes « ressassent la situation qu'ils vivent, et ce sujet constant de préoccupation tourne rapidement à l'obsession. Le stress s'accroît et la personne est envahie par le stress. Cette situation peut conduire à de réels troubles psychiatriques ». Il existe donc quant à leurs effets, une différence notable entre le stress inhérent à tout travail, à toute activité humaine et le stress qui résulte du mobbing. Le stress qui résulte du mobbing peut être atténué ou supprimé lorsqu'en disparaît la cause, pourvu que ces effets ne se soient pas installés chez la victime de manière chronique.

Jacqmain distingue un autre type de comportement de harcèlement moral du subordonné, qui fait partie d'une conception particulière de la gestion des ressources humaines et qu'il appelle le « Management par le stress »¹²⁹. Le stress, même intense dans ses manifestations, ne doit pas être confondu avec le mobbing, lui-même. Le stress peut être la conséquence de multiples situations, et en particulier d'actes de mobbing. L'exercice d'un stress permanent peut même devenir un instrument utilisé pour mettre en place ou perpétrer des actes de mobbing.

Le stress est donc une manifestation biologique d'alarme, et en ce sens, il peut précéder et/ou accompagner l'installation d'un processus de mobbing. Ces manifestations résultent également du processus lui-même, une fois qu'il s'est mis en marche et a pris de l'ampleur et il devient un facteur de résistance¹³⁰ à la situation d'agression. Selon Gbézo, le 3^{ème} stade est celui de l'épuisement et peut alors aboutir à une véritable détresse. Tschan¹³¹ souligne qu'un niveau de stress élevé est un fac-

¹²⁶ Traduction libre de l'auteure.

¹²⁷ LEYMAN, 1996, p. 186.

¹²⁸ *Id.*, p. 137.

¹²⁹ JACQMAIN, 2000 et 2001, cité par : GARCIA, HUE, OPDEBEECK, *et al.*, 2002, p. 9.

¹³⁰ GBEZO, 2000, pp. 53 *ss.*

¹³¹ TSCHAN, 2008, p. 142.

teur déclencheur de conflits au travail en raison du fait qu'il rend les personnes agacées et nerveuses. De plus, les situations de stress rendent les personnes plus vulnérables dans la mesure où elles se sentent en danger. Or, nous savons qu'un état de stress engendre fréquemment une réaction d'auto-défense qui peut se manifester sous la forme d'une agression vis-à-vis de l'autre qui est perçu comme un danger ou un ennemi potentiel, réel ou fantasmé. Un état de stress personnel et une situation de stress généralisée de plusieurs employés est un terreau idéal pour que naissent et se développent des situations de harcèlement.

Hirigoyen¹³², dans son chapitre intitulé « Ce qui ressemble à du harcèlement mais qui n'en est pas », mentionne le stress et la transmission du stress par des chefs angoissés par leurs objectifs à atteindre, qui répercutent sur leurs subordonnés les pressions qu'ils subissent eux-mêmes. La maltraitance qu'ils subissent de la part de la hiérarchie les pousse, sans aucune échappatoire possible, à reproduire cette violence sur leurs subordonnés. Ce comportement, parfois très agressif, n'est pas toujours délibérément malveillant. Il peut toutefois être l'un des éléments d'une réaction en chaîne et n'en est pas moins destructeur. Il faut être attentif à ne pas « normaliser la violence » dit encore Hirigoyen. Les pressions multiples, la pression au travail ne sont jamais des excuses valables pour maltraiter l'autre, d'autant plus que ce climat peut, nous l'avons vu, générer du mobbing. Dans ce cas précis, un mobbing vertical, descendant, répercuté à deux échelons successifs de la hiérarchie, peut se développer en réaction, par désir de revanche ou de vengeance envers le supérieur hiérarchique. Ce phénomène peut aboutir à un mobbing vertical descendant et/ou ascendant. Toujours selon Hirigoyen, il faut absolument distinguer ce type « réactif » de stress transmis, de l'agressivité de la violence perverse du mobbing (qui s'exerce le plus souvent à froid). Pour combattre ce stress « contagieux du chef vers ses employés, c'est l'ensemble de l'organisation et des conditions de travail qu'il faut revoir ». La personne responsable d'une équipe doit être formée par l'entreprise tout autant que protégée par celle-ci afin d'assumer ses responsabilités et sa fonction hiérarchique sans rendre victime ses subordonnés des manifestations de son propre stress.

5. Conséquences du mobbing sur la santé

A. Santé et situation sociale des personnes physiques

J'ai relaté précédemment les distinctions qu'opère Leymann entre « stress » et « mobbing » et les conséquences de ce dernier sur la santé. Pour Leymann, aucune victime ne peut résister longtemps au mobbing et à la psychoterreur, car pour supporter de très fortes pressions et faire face à de lourdes exigences, une personne a besoin de ressources considérables¹³³. Il souligne également qu'en raison du mobbing, la victime voit souvent son avenir irrémédiablement « compromis, appauvri et assombri »¹³⁴, en raison de l'exclusion qu'implique le mobbing, la perte de confiance en soi et la perte de repères qui en résulte au sein de son environnement.

¹³² HIRIGOYEN, 2001, pp. 318 ss.

¹³³ LEYMAN, 1996, p. 86.

¹³⁴ *Id.*, p. 134.

Lorsque le phénomène de harcèlement moral est récent, qu'il existe encore des possibilités de riposter et que la situation n'est pas désespérée, la personne mobbée présente des symptômes que les médecins reconnaissent comme très proches des manifestations de stress, et qu'ils appellent « troubles fonctionnels ». C'est une « réponse de l'organisme à une hyperstimulation et une tentative d'adaptation du sujet pour faire face à cette situation » et qui se traduit par de la fatigue, de la nervosité, des troubles du sommeil, des migraines, des troubles digestifs, des lombalgies, etc. À ces symptômes s'en ajoutent d'autres qui sont propres à la situation de harcèlement : sentiment d'impuissance, d'humiliation, profond sentiment d'injustice¹³⁵, de décalage par rapport à la réalité vécue.

Hirigoyen ajoute qu'à ce stade, la personne peut récupérer facilement, si elle est séparée de celui ou celle qui la tourmente, ou encore si on lui fait des excuses, ce qui est rare. Si les agressions cessent à ce moment-là encore, « la personne retrouve alors son équilibre, sans plus de conséquences à long terme. » En revanche, si aucune intervention ne met un terme au harcèlement, si celui-ci se fait encore plus dur, peuvent s'installer la dépression, les troubles psychosomatiques, ainsi que la symptomatologie, propres aux conséquences d'un traumatisme : stress post-traumatique, désillusion, réactivation des blessures passées, etc. Hirigoyen décrit encore des conséquences spécifiques au harcèlement moral, telles que le sentiment de honte et d'humiliation (qui se manifeste sous la forme d'une envie de se cacher, de se retirer du monde, sans manifester toutefois de haine pour l'agresseur)¹³⁶. Elle décrit des réactions de perte de sens, de modifications psychiques (dévitalisation, rigidification), ainsi que de « défense par la psychose ». Pour plus de précisions sur l'ensemble de la symptomatologie des victimes de harcèlement moral, nous renvoyons le lecteur à Hirigoyen et à ses chapitres consacrés aux conséquences aspécifiques et spécifiques du harcèlement sur la santé¹³⁷.

Hirigoyen souligne qu'« il s'agit d'un mode d'adaptation, de survie, qui évolue en plusieurs étapes se succédant rapidement » et affirme que « cette symptomatologie spécifique est telle qu'il est possible, pour un clinicien ayant une bonne expérience de ce type de situations, de repérer le harcèlement moral uniquement à partir de ses conséquences sur la santé des personnes et de le distinguer ainsi des plaintes abusives. »¹³⁸

L'ignorante que je suis en matière de psychologie et a fortiori de médecine a trouvé dans l'exposé de ladite psychiatre une démonstration brillante, convaincante et à la portée du plus grand nombre. Toutefois, cette dernière remarque me laisse fort sceptique sur les limites du rôle du médecin. Les critères scientifiques qui amènent un médecin à poser un diagnostic sont les mêmes d'un pays voisin à l'autre, d'une entreprise à l'autre. Le stress, une dépression nerveuse se diagnostiquent et se soignent à peu près de la même manière à Genève que dans sa périphérie française. Ce ne sont pas les cultures et les systèmes de santé de deux Etats, qui, bien que différents, conduisent à une appréciation scientifique fondamentalement différente.

¹³⁵ HIRIGOYEN, 2001, pp. 195, ss.

¹³⁶ *Id.*, p. 211.

¹³⁷ *Ibid.*, pp. 193-223.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 193.

En revanche, la qualité et la légitimité du climat dans lequel se développent les relations de travail s'inscrit dans un système de droit positif. En conséquence, une situation de mobbing s'« identifie », se « diagnostique », se dénonce ou trouve un remède dans un cadre juridique précis, en fonction de bases légales et de critères d'organisation juridique du travail spécifiques. En outre, une situation de harcèlement moral s'exerce à partir d'actes perpétrés par... quelqu'un d'autre, une autre personne, qui, en tant qu'elle est supposée commettre un acte illicite¹³⁹ a le droit de se défendre. Autant pour éviter des désillusions aux victimes que pour ne pas porter atteinte à la présomption d'innocence, il est donc de première importance de distinguer les rôles de thérapeute et celui de juge. Des « diagnostics » de mobbing ne doivent donc pas être posés dans un cadre exclusivement médical et de relation patient/thérapeute dans laquelle le médecin n'entend qu'une version des faits : celle de son patient pour lequel il prend fait et cause.

En outre, l'on sait que certaines personnes ont une capacité de résistance bien supérieure à d'autres. Certaines personnes seront anéanties par une remarque, justifiée ou non, lorsque d'autres supportent une situation de stress ou de mobbing très dure pendant un certain temps, sans présenter de véritables symptômes décelables, ou sans consulter de médecin car ils estiment ne pas en avoir besoin, font face à la situation ou croient y faire face.

Par ailleurs, les quelques tristes dérapages de la justice pénale nous rappellent que les conclusions d'expertises de crédibilité des victimes ont, trop souvent, envoyé des innocents en prison. Il peut donc être dangereux qu'un médecin sorte de son rôle, et que, partie (qui prend le parti de son patient), se déclare en même temps juge.

B. Les relations de travail et la santé de l'entreprise

Les effets du mobbing se font sentir tout autant sur le plan de la santé physique et mentale que dans le rendement et la qualité des prestations : s'ensuivent des maux, un certain mal-être, du stress, de la peur, de l'insécurité, une démotivation, de l'absentéisme, ainsi que des conflits relationnels en chaîne, etc. Cette violence peut également avoir des répercussions sur l'organisation elle-même : morosité, formation de clans, accroissement des risques (accidents, erreurs), baisse de productivité, coûts supplémentaires, climat de travail malsain, mauvaise image de l'organisation à l'extérieur. Les collaborateurs ont besoin de se sentir reconnus et respectés pour respecter leur employeur et se comporter conformément aux règles établies par la société et l'entreprise.

Debout, médecin et professeur de médecine légale au Centre hospitalier universitaire (CHU) de Saint-Étienne en France, vice-président de la section du travail du Conseil économique et social (CES), est l'auteur de trois rapports sur le suicide, la violence et le harcèlement moral au travail¹⁴⁰. Citant Hirigoyen, il souligne que le harceleur

¹³⁹ Voir lexique : « acte illicite ».

¹⁴⁰ DEBOUT Michel / Rapport présenté par/ (1999), *Travail, violences et environnement*, Journal Officiel de la République française, Conseil Economique et Social, N° 20 décembre 1999, 145 p.

fait souffrir psychiquement sa victime de façon à lui imposer sa volonté, ou parfois simplement jouit de cette souffrance lorsqu'il présente une personnalité perverse. Il s'agit là d'une situation d'emprise psychique, dans laquelle n'existe plus de relation d'égalité, mais au sein de laquelle prédomine une relation de soumission où « la victime perd pied, se sent dépassée, humiliée, ce qui provoque des conséquences graves, parfois majeures sur son état de santé. »

Pour ce médecin « du travail » qui n'hésite pas à affirmer que « la déshumanisation est en marche »¹⁴¹, lorsque les violences exercées à l'encontre du salarié l'ont été dans ce cadre ou à l'occasion de son activité professionnelle, ces atteintes doivent être considérées comme « accidents du travail »¹⁴². Il s'agit là d'une forme particulière d'accident du travail, car elle est la conséquence d'un acte délibéré et qui relève d'une incrimination pénale en droit français. Il considère que, dans cette acception, les violences morales ou agressions au travail doivent être considérées comme des risques professionnels et traités comme tels. Il ajoute que l'origine de ces faits « accidentels » peut être rattachée aux effets négatifs d'un certain état de la société, plutôt qu'à l'activité même du salarié, mais que l'entreprise doit en tenir compte, « ne serait-ce que pour en éviter la répétition »¹⁴³.

Pour cet auteur, le harcèlement moral se produit parce qu'il existe des terrains favorables liés à une exploitation intense des travailleurs et que ceux-ci s'y habituent. De plus, en raison de l'âpreté de la bataille économique, les directions supportent mal que les salariés ne manifestent pas une disponibilité totale à l'égard de l'entreprise. C'est la raison pour laquelle, il arrive que la hiérarchie recourt au harcèlement, pour se débarrasser d'un collaborateur. Cette attitude est, dans ce cas, directement liée aux changements économiques, notamment ceux qui concernent le contenu du travail¹⁴⁴. On exige des performances de la part des salariés, on met en place des critères d'évaluation individuelle fondés sur les résultats, les contrats de qualité, etc., qui ont le plus souvent un contenu extrêmement flou ou correspondent à des objectifs qui ne sont pas raisonnablement réalisables. Ceci peut s'apparenter à du mobbing.

Leymann relève que les coûts cumulés d'un mauvais climat de travail sont énormes, non seulement pour l'entreprise mais pour la société tout entière et que le coût global de la prise en charge des victimes de mobbing se chiffre en milliards. Il s'étonne également du fait qu'autant d'individus puissent être maltraités à ce point sur le lieu de travail. Il affirme non sans humour que :

« Sur le plan de l'économie, même le moins doué des managers devrait s'apercevoir que son entreprise (si ce n'est pas lui-même) jette l'argent par les fenêtres. Au lieu de traiter les salariés d'une manière propre à faciliter leurs performances, leur créativité, leur intégration dans l'entreprise et tout

¹⁴¹ DEBOUT, LAROSE, 2003, p. 15.

¹⁴² Loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA), RS. 832.20, Titre 6, Chap. 1, section 2.

¹⁴³ *Id.*, p. 81.

¹⁴⁴ DEBOUT, LAROSE, 2003, pp. 90 ss.

ce dont se targuent généralement les employeurs, on semble s'ingénier à leur imposer des contraintes inverses. »¹⁴⁵

Les conclusions tirées des études consacrées au harcèlement tendent donc à montrer que les conséquences sont graves dans tous les pays tant pour les entreprises que pour la société tout entière.

6. Causes principales du mobbing et mobiles des harceleurs

Les auteurs susmentionnés citent de multiples causes au mobbing, mais ils insistent sur le fait que celui-ci provient le plus souvent de dysfonctionnements de caractères organisationnels et institutionnels. Le mobbing peut trouver sa source dans l'intensification des rythmes de travail, la précarité généralisée au sein de l'entreprise, la concurrence accrue, le démantèlement des solidarités¹⁴⁶. Les causes du harcèlement peuvent aussi être uniques et provenir de conduites individuelles déviantes ou perverses¹⁴⁷, ou simplement de petites lâchetés qui poussent les individus à se comporter comme des moutons¹⁴⁸.

Wennubst¹⁴⁹ effectue une distinction majeure. D'une part, le « mobbing-angst ». C'est le mobbing motivé par la peur, l'angoisse que suscite une personne pour de multiples raisons, fondées ou non. Ce harcèlement se manifeste, par les actes d'agressivité, déployés contre un intrus qui est perçu comme une menace que l'on cherchera à éloigner. La personne mobbeuse se trouve en butte à une problématique dans laquelle elle se met en conflit avec la personne-cible, commet des actes d'agression répétés contre elle, par peur, ou par intérêt. La victime est perçue comme une rivale ou un obstacle. L'agresseur met en œuvre une stratégie pour l'isoler et finalement, quel que soit le *modus operandi*, pour s'en débarrasser. Wennubst relève une autre forme de mobbing, qu'elle appelle le « mobbing-lust ». C'est le mobbing « plaisir », « divertissement », où le mobbeur-euse agit « par pur désœuvrement ou choisit quelqu'un en situation de faiblesse qu'elle se plaira à faire souffrir ».

Ce sont des actes d'agression qui sont le propre de personnalités perverses qui choisissent soigneusement leur victime, tout comme certains délinquants agressent des personnes en situation de faiblesse.

¹⁴⁵ LEYMAN, 1996, p. 154 ss. ; voir à ce propos, il y a de nombreuses années déjà, l'étude citée par Leymann, effectuée par le constructeur automobile Volvo, qui mettait en évidence le fait que la principale cause d'absentéisme devait être recherchée dans les défaillances psychosociales sur le lieu de travail, et entre autres, dans les conflits latents ou déclarés. La somme équivalant à la moitié des 17 millions de couronnes suédoises correspondant aux coûts résultant d'une baisse de la productivité, était imputable à l'absentéisme et aux fluctuations de personnel.

¹⁴⁶ DEJOURS, 2000, p. 18.

¹⁴⁷ HIRIGOYEN, 2001, pp. 345-349.

¹⁴⁸ *Id.*, p. 336.

¹⁴⁹ WENNUBST, 1999, pp. 46-48.

Quels que soient les mobiles psychologiques des actes de harcèlement purement gratuits, cette forme de mobbing doit être repérée très tôt, et pourquoi pas, dans la mesure du possible, dès le recrutement. La qualité du recrutement revêt une importance toute particulière pour les cadres, notamment. Ainsi que le dit Wennubst¹⁵⁰, on retrouve dans certains « bossing »¹⁵¹ ces caractéristiques psychologiques, quelque peu sadiques. La position d'autorité facilite en effet l'assouvissement d'une certaine soif de pouvoir.

Les psychologues du travail et les multiples sociétés de conseil en matière de recrutement excellent aujourd'hui dans la mise en place de tests de personnalité. Peut-être serait-il justifié de mener des recherches dans ce sens en proposant aux employeurs, au moment du recrutement des tests permettant de souligner chez un sujet de telles tendances. En outre, il serait également utile aux employeurs de disposer de certains outils permettant de lutter contre les tendances destructrices de ces personnalités, sans pour autant être contraintes de licencier ces collaborateurs qui peuvent, s'ils sont compétents par ailleurs, rendre de grands services à l'entreprise. Il suffirait, dans la mesure du possible, de neutraliser leur pouvoir de nuire.

¹⁵⁰ WENNUBST, 1999, p. 65.

¹⁵¹ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. II, III, 1.

Chapitre III. Principaux travaux en médecine et psychosociologie : Le harcèlement sexuel

I. Introduction

Dans les démocraties d'Europe occidentale, la naissance de relations amoureuses sur le lieu de travail, même si elle peut susciter des réactions, n'est pas, en général, proscrite. Lorsque des rapports hiérarchiques n'interfèrent pas dans la bonne marche d'un service, ne créent pas d'inégalités de traitement entre les collaborateurs et collaboratrices d'une même entité, il n'y a aucune raison d'interdire a priori ce type de relations. Ce n'est pas toujours le cas en Amérique du Nord.

Dans notre culture du monde du travail, ces relations ne sont pas en général, stigmatisées. Rien ne s'oppose donc à ce que les relations que l'on noue au travail puissent se muer en relations amoureuses librement consenties et puissent perdurer indépendamment de la continuation des rapports de travail. De même, le fait de faire des avances, la « drague », le flirt, ou une cour assidue ne sont pas des attitudes -a priori- contraires à la morale ou à la bienséance.

Le harcèlement sexuel, ainsi que l'indique le premier vocable, comporte quant à lui, toutes les caractéristiques du harcèlement préalablement défini. En raison de sa nature particulière, il ne peut être confondu ni avec un conflit ni avec des difficultés relationnelles.

Les rapports de travail se prêtent bien à la mise en place d'un harcèlement sexuel ou « de nature sexuelle ». Les personnes passent en effet beaucoup de temps ensemble, partagent à la fois des joies, des émotions et des frustrations, ce qui crée un espace de partage, une certaine forme d'intimité. Cette proximité peut être propre aux abus, dans la mesure où les barrières protectrices sont cavalièrement franchies par l'autre. Si cette personne est malveillante ou intrusive, il est en effet difficile de se reconstruire un espace protégé, où l'intimité et certains éléments de la vie privée seront à nouveau préservés.

1. Éléments de définition

Leymann évoque trois comportements relevant du harcèlement sexuel :

- l'utilisation de propos obscènes ou dégradants ;
- une approche ou une proposition verbale de relations sexuelles ;
- des agressions physiques, qu'il appelle « passages à l'acte »¹⁵².

¹⁵² LEYMANN, 1996, pp. 112 ss.

S'agissant du « passage à l'acte », il faut relever, qu'outre le fait que ce comportement est une composante du phénomène du harcèlement sexuel dans les rapports de travail, il est en même temps constitutif d'infractions pénales dans plusieurs législations européennes¹⁵³. Ce comportement, lorsqu'il relève d'infractions à des normes pénales, est donc plus facile à cerner au sein de l'entreprise que des formes de harcèlement plus subtiles, dont la réalité devra être établie par l'employeur lui-même.

Nous reprenons ci-après la définition rapportée par Chappell et Di Martino qui nous paraît très complète:

« On entend par harcèlement sexuel un comportement intempestif à connotation sexuelle ou tout autre comportement fondé sur le sexe qui affecte la dignité de la femme ou de l'homme au travail. Ces termes peuvent recouvrir tout comportement physique, verbal ou non-verbal importun. Ainsi, une série de comportements peuvent être considérés comme relevant du harcèlement sexuel. Il est inacceptable, si ce comportement est intempestif, abusif et blessant pour la personne qui en fait l'objet ; si le fait qu'une personne refuse ou accepte un tel comportement de la part d'un employeur ou d'un travailleur (y compris un supérieur hiérarchique ou un collègue) est utilisé explicitement ou implicitement comme base d'une décision affectant les droits de cette personne en matière de formation professionnelle, d'emploi, de maintien de l'emploi, de promotion, de salaire, ou toute autre décision relative à l'emploi, et/ou si un tel comportement crée un climat d'intimidation, d'hostilité ou d'humiliation à l'égard de la personne qui en fait l'objet. »¹⁵⁴

Retenons dans la définition ci-dessus l'élément clé de ce qui constitue le caractère inacceptable d'un comportement ou d'une série de comportements donnés. Un comportement est « inopportun » si la personne qui le subit juge qu'il est inacceptable. Si cette personne considère que dit comportement est intempestif, la blesse ou l'humilie, alors, on peut parler de harcèlement (sexuel en l'occurrence). C'est donc la victime potentielle qui donne le ton et qui, selon sa propre sensibilité doit formuler que cette situation ne peut durer. Il s'agit donc d'une analyse subjective¹⁵⁵.

En outre, selon dite définition, le harcèlement sexuel comporte une dimension objective. Celle-ci est relative aux mesures et décisions dans le cadre de l'organisation du travail et de la situation face à son emploi, en général de la victime qui refuse légitimement un traitement qu'elle juge dégradant.

Cette définition présente donc l'intérêt de balayer le spectre du harcèlement sexuel dans son ensemble. Toutefois, il nous semble que le terme d'« attouchement » n'est pas approprié en ce qu'il relève déjà de l'agression sexuelle et peut en lui-même comporter un acte pénalement répréhensible. L'« attouchement », selon la définition de la dernière édition du dictionnaire le Robert¹⁵⁶, est déjà un « passage à l'acte », « à connotation sexuelle », puisque cet ouvrage de référence pour la langue française

¹⁵³ Voir pour exemple, 2^{ème} partie, chap. I, II, III, IV et V ; (bases légales de l'Union européenne, législations européenne, française et belge).

¹⁵⁴ DI MARTINO, CHAPPELL, 2000, Annexe pp. 3-8.

¹⁵⁵ Voir 1^{ère} partie, chap. I, I, 4.

¹⁵⁶ *Le Nouveau petit Robert*, 2009 : « attouchement ».

indique que « par euphémisme, un « attouchement » est assimilé à une « caresse sexuelle » ou encore à la « masturbation ». Or, le harcèlement (qu'il soit de nature psychologique ou sexuelle) procède d'une répétition, d'un enchaînement et d'un processus composé d'actes, de comportements, de gestes ou d'attitudes. Ceux-ci pris isolément ne comportent pas obligatoirement un caractère répréhensible ou illicite en eux-mêmes, car ils ne sont pas toujours clairement identifiables. C'est la répétition, même peu marquée, qui permet la mise en place du processus de harcèlement.

Kaufmann¹⁵⁷, tout comme Ducret¹⁵⁸, reprenant les critères utilisés essentiellement par la critique juridique féministe et l'expérience états-unienne, distinguent deux formes de harcèlement sexuel : le harcèlement « chantage » ou *quid pro quo* et le harcèlement « climat de travail hostile »¹⁵⁹.

C'est la même distinction que fait la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (ci-après : LEg). Ce texte fait une distinction entre « tout comportement importun de caractère sexuel, ou tout autre comportement fondé sur l'appartenance sexuelle » et « ... le fait de proférer des menaces, de promettre des avantages, d'imposer des contraintes ou d'exercer des pressions de toute nature sur une personne en vue d'obtenir d'elle des faveurs de nature sexuelle. Il est toutefois nécessaire d'expliquer en quoi et pour qui ce climat est hostile, car les agresseurs en général revendiquent la légitimité de leur comportement. Ils se défendent souvent par une pirouette : « Si on ne peut même plus rigoler ! ». Nous allons voir en quoi le harcèlement sexuel est une forme de violence.

2. Le harcèlement sexuel, une forme de violence parmi d'autres ?

La 4^{ème} de couverture de l'ouvrage de Leymann indique brièvement que le harcèlement sexuel dans la vie professionnelle n'est qu'une forme de violence parmi d'autres¹⁶⁰. Il s'agit, il est vrai, d'une forme de harcèlement psychologique, puisqu'il agit sur l'équilibre psychique de la victime, mais nous mettrons en évidence ci-après en quoi il en diffère et quelles sont les différentes formes qu'il peut prendre.

Les enquêtes menées dans ce domaine par Leymann ont débouché sur des études statistiques portant aussi bien sur les femmes que sur les hommes. Dans les ques-

¹⁵⁷ KAUFMANN Claudia in : BIGLER-EGGENBERGER Margrith, KAUFMANN Claudia (2000), *Commentaire de la loi sur l'égalité*, Lausanne, Union syndicale suisse et Bureau fédéral de l'égalité entre les femmes et les hommes, Réalités sociales, 518 p., pp. 107 ss. Claudia KAUFMANN a été secrétaire de la Commission fédérale des questions féminines, a dirigé le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes de 1988 à 1993, conseillère de Madame Ruth DREIFUSS, Secrétaire générale du Département fédéral de l'Intérieur (DFI) de 1996 à 2003.

¹⁵⁸ DUCRET *et al.*, 2001, p. 22.

¹⁵⁹ LEMPEN Karine (2006), *Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur / Le droit suisse à la lumière de la critique féministe et de l'expérience états-unienne.*- Genève, Zurich, Bâle, Schulthess Médias Juridiques SA, Thèse n° 770 de la Faculté de droit de Genève, 386 p., pp. 24-48.

¹⁶⁰ LEYMANN, 1996, 4^{ème} de couverture.

tions posées au cours de l'étude précitée, le harcèlement sexuel n'était pas mentionné en tant que tel, mais était évoqué comme l'une des formes de harcèlement sur le lieu de travail, en général. Pour Leymann, les hommes tout autant que les femmes sont exposés au harcèlement sexuel, mais il souligne que les femmes sont, davantage que les hommes, exposées à des ragots les accusant de débauche sexuelle. Il parle aussi de « harcèlement sexuel au cours d'un mobbing » et n'isole pas de manière catégorique le phénomène du mobbing de celui du harcèlement sexuel sur le lieu de travail. Il précise que, contrairement aux conclusions de certaines études féministes, le harcèlement sexuel « a rarement pour but l'accomplissement de l'acte sexuel »¹⁶¹. Le plus souvent, la sexualité est utilisée uniquement comme moyen de provocation, d'humiliation et de destruction de la part des hommes, plus souvent que de la part des femmes¹⁶².

S'il possède toutes les caractéristiques du harcèlement en général (psychologique ou moral), le harcèlement sexuel ne saurait se confondre avec le mobbing, ainsi que défini plus haut. Il est une forme de harcèlement tout à fait particulier et n'est pas l'un des nombreux agissements entrant dans la description du mobbing.

En effet, le harcèlement sexuel comporte une donnée se référant à l'intimité la plus profonde de l'individu. En ce sens, cette forme de harcèlement comporte des effets beaucoup plus déstabilisants que le « simple » harcèlement psychologique qui n'induirait aucune connotation sexuelle. Il est vrai que chaque personne réagit d'une manière qui lui est propre, car la nature de sa réponse ou de sa non-réponse (qu'elle soit de gêne ou de colère), est liée aux multiples caractéristiques de sa personnalité. À la différence du harcèlement psychologique « seul », le harcèlement sexuel met à mal la sensibilité de chacun car il réveille chez l'individu toutes les peurs, les tabous, les fantasmes qui ont peuplé son histoire familiale, son enfance et son adolescence, avant même sa vie d'adulte au travail. C'est le rapport aux relations amoureuses, à l'idée que l'on se fait de la conception, aux pensées les plus intimes, qui est malmené dans le harcèlement sexuel. C'est également le rapport aux sentiments religieux, au sens du sacré propre à chacun, qui se trouvent bousculés par les agressions de cet ordre.

En ce sens, le harcèlement sexuel, en particulier dans les rapports de travail, est un phénomène à part entière, qui mérite un examen approfondi dans le cadre de cette étude. Il ne saurait être une violence parmi d'autres.

3. Le harcèlement sexuel, en tant que propositions ou signaux à caractère sexuel

La première idée que l'on se fait du harcèlement sexuel dans les rapports de travail se réfère souvent au « droit de cuissage » du supérieur hiérarchique ou, entre collègues, à une insistance grossière et intolérable essentiellement de la part d'un homme envers une femme. On ne peut pas nier qu'il existe du harcèlement sexuel de cette nature d'un homme envers un homme, d'une femme envers un homme, ou

¹⁶¹ LEYMANN, 1996, p. 113.

¹⁶² *Id.*, p. 113.

d'une femme envers une femme. On peut formuler l'hypothèse que ces cas ne sont peut-être pas dénoncés en proportion de leur existence. Ces éventualités ne sont certes pas uniquement théoriques, mais tout de même, ces situations sont vraisemblablement très marginales.

Cette pression exercée est abusive parce qu'elle se situe hors du cadre que deux partenaires admettent comme étant celui de la séduction qui implique réciprocité et égalité. Cette pression est répétée, elle refuse les règles communément admises de la bienséance, c'est-à-dire de ce qui « sied » à l'autre, de ce qui lui convient et dans le cadre desquelles il (ou elle) est à même de se mouvoir en toute confiance.

Lorsqu'une femme est harcelée sexuellement par un homme, en tant qu'objet de convoitise, la question de son consentement ne se pose même pas, puisque son avis importe peu. Elle est « à disposition ». Mais il est toutefois fréquent que l'agresseur prétende, soit que la femme était consentante, soit qu'elle l'a aguiché ou encore qu'elle était demandeuse¹⁶³. Il s'agit donc d'une forme de manipulation au cours de laquelle la personne harcelée est mise en accusation perfidement ; elle perd ses repères et peut se retrouver en pleine confusion, face à l'expression du désir émanant de l'autre, autant que du sien propre.

Chappell et Di Martino considèrent que le harcèlement sexuel consiste le plus souvent dans la répétition d'actes importuns, non souhaités et subis à son corps défendant par la victime, qui peuvent avoir un effet dévastateur sur la personne qui en fait l'objet. Il peut s'agir de propositions réitérées, sans ambiguïté, insistantes et grossières, parfois sur un mode humoristique. Ils précisent aussi toutefois qu'un seul élément peut suffire à constituer un acte de harcèlement sexuel¹⁶⁴.

Ces deux dernières assertions semblent a priori contradictoires. Nous avons vu que ce qui caractérise le harcèlement est justement la répétition des attaques, des piques, qui à la longue finissent par « user » la victime. Un seul acte, aussi grossier et dommageable soit-il, est antinomique avec la définition première, la notion même de « harcèlement ». C'est justement cette répétition qui « fatigue », « détruit », déstabilise la victime et constitue un comportement (et non un acte), voire un processus lourd de conséquences.

Autrement dit, un seul acte -même déplacé, même odieux- commis par un seul auteur, une seule proposition, même énoncée sur un mode grossier et intolérable, refusée clairement par la victime et non réitérée, est une atteinte, certes, mais c'est un acte unique.

Un acte unique, répréhensible au regard de la morale ou de la bienséance, du règlement de l'entreprise ou même, susceptible de faire l'objet d'une plainte pénale est une agression de nature sexuelle. Si cet acte ou ce propos n'est pas réitéré, il est contradictoire de le définir comme du harcèlement sexuel.

On pourrait considérer que dès qu'un propos ou un acte isolé se reproduit, cet acte devient un comportement et répond aux éléments de définition du « harcèlement » en général. La question se pose dès lors de savoir si l'on est en présence d'un com-

¹⁶³ HIRIGOYEN, 1998, pp. 84 ss.

¹⁶⁴ DI MARTINO, CHAPPELL, 2000, Annexe, pp. 3-8.

portement qui admet la commission d'un, de deux ou plusieurs actes ou d'une conduite, d'une attitude, qui implique alors une certaine durée et correspond au sens premier du terme « harcèlement ».

Au moment d'aborder la question de la définition juridique, il conviendra d'avoir présent à l'esprit la définition légale correspondant à un ordre juridique donné. Pour une même langue (le français), la notion de « harcèlement » -sexuel en l'occurrence est différente, et dépend du sens que le législateur (national ou fédéral) a voulu lui donner.

Car il faut bien reconnaître que le harcèlement sexuel se manifeste le plus souvent sous une autre forme que de « propositions » ou d' « attaques » directes, frontales et sans équivoque. Il faut surtout retenir l'une de ses principales caractéristiques, très proche du mécanisme du harcèlement psychologique, quant à ses manifestations, ses effets et ses buts. Tout comme le harcèlement moral, le harcèlement sexuel est souvent insidieux. En général, dans le cadre du travail, il ne s'agit pas d'agressions sexuelles « sauvages et brutales ». Il n'est pas fait non plus d' « attouchements » au sens d' « agression sexuelle » ou de divers comportements qui entrent dans les catégories du droit pénal et sont réprimés en tant que tels.

Le harcèlement sexuel n'est en général -à ses débuts tout au moins- pas franc et direct. Il est fait de composantes d'ambiguïté, de messages viciés dont seul l'émetteur connaît la véritable clé, et dont il connaît seul le véritable sens. En conséquence, le harcèlement sexuel ne peut véritablement se définir qu'*a posteriori*, lorsque ledit comportement a été décodé et déconstruit. Les victimes sont nombreuses, après avoir été trompées et prises au piège, à bredouiller les larmes aux yeux : « Mais comment ai-je pu être aussi sotte pour ne pas avoir compris avant où il voulait en venir ! J'ai cru qu'il était juste gentil avec moi. »

Outre les attaques brutales qui existent malgré tout, le harcèlement sexuel se caractérise donc le plus souvent par des allusions, des regards ambigus, et des attitudes multifformes. Comme le précisent Chappell et Di Martino, il peut être question aussi de remarques, de regards, de plaisanteries, de l'utilisation de termes ou d'insinuations à connotation sexuelle, d'allusions à la vie privée d'une personne, de références à ses préférences sexuelles, de remarques sur sa silhouette et sur sa façon de s'habiller ou du fait de « regarder avec insistance son corps ou une partie précise de celui-ci. »¹⁶⁵

Précisons que plutôt que d' « attouchements » qui n'ont pas obligatoirement un caractère ambigu, la victime a en général à subir des « effleurages »,¹⁶⁶ des contacts qui semblent au premier abord tout à fait fortuits : une main qui traîne, une partie du corps qui se fait quelque peu insistante en passant derrière quelqu'un... des lèvres, qui, de la joue, glissent comme par hasard dans le cou ou sur la bouche, des remarques dont le double sens et la répétition créent un sentiment ambigu... Ce sont des situations qui, en se reproduisant, mettent la victime juste un peu mal à l'aise au départ, juste assez pour créer une impression confuse qui aboutit à une perte des

¹⁶⁵ DI MARTINO, CHAPPEL, 2000, p. 12.

¹⁶⁶ Voir la pathologie décrite par le DSM IV sous « freutorisme » ; DSM-IV-TR, cas cliniques / SPITZER Robert L; trad. coord. par Marc-Antoine CROCQ ; American Psychiatric Association.

repères : (« Est-ce moi qui me fais des idées ou le fait-il exprès ? »). Cette insistance dans la répétition ne peut pas, à la longue être confondue avec des gestes d'affection ou de camaraderie qui peuvent parfois ponctuer une vie professionnelle. Ce sont de grosses bises sonores, de franches accolades, des mots gentils ou des compliments, qui, sans avoir à être coutumiers dans le cadre des relations de travail, peuvent se produire de manière tout à fait franche et saine.

Une agression clairement identifiée et outrageante est certes traumatisante, mais elle peut être suivie plus facilement de paroles ou de gestes de rébellion. Le harcèlement sexuel doux, non. L'équivoque étant la règle, la victime ne peut pas se révolter ouvertement, sauf au risque de passer pour une folle, une furie, ou -paradoxalement- une nymphomane contrariée, et, il est alors aisé pour l'agresseur de crier haut et fort qu'elle « prend ses désirs pour des réalités ».

En général, quand la victime acquiert la certitude que tous ces incidents ne sont pas fortuits, il est souvent difficile de se rebeller car le mode de communication est irrémédiablement vicié et le message définitivement brouillé.

Dans le cas où la victime reste passive ou se contente de stratégies d'évitement plus ou moins maladroites, elle est, de toute évidence, considérée comme consentante. Ce n'est donc plus une victime. Dans le meilleur des cas, elle aura, soit participé à son dommage en aguichant son agresseur, soit refusé de se défendre en temps voulu en utilisant des moyens appropriés et, partant, ne sera pas prise au sérieux. Plus grave encore, elle pourra même tout simplement, être accusée de volonté de nuire en laissant planer à tort des soupçons sur son agresseur, avec toutes les conséquences pénales que cela entraîne.

Qu'il s'agisse de harcèlement que nous avons qualifié de « brutal » ou de harcèlement insidieux, il peut comporter du chantage¹⁶⁷, de la part d'un supérieur hiérarchique notamment. Il peut s'agir de chantage à la promotion, ce que l'on appelle vulgairement la « promotion canapé ». Ce chantage peut se manifester de manière implicite : « Il faudra que tu sois gentille... ». Il peut s'agir tout simplement d'un chantage exercé également par un collègue de travail, se manifestant sous la forme d'une atteinte à la qualité de la vie au sein de l'entreprise ou du service.

Dans une situation de harcèlement, même non insidieux, le mode de fonctionnement de l'agresseur -et peut-être aussi son but- consistera à mettre la victime dans l'embarras. La gêne ressentie par la victime fait partie de la jouissance de l'agresseur et attise tant son insistance et son plaisir que son agressivité. La victime se trouve le plus souvent dans une dualité inextricable :

1) Soit elle refuse catégoriquement les avances, se rebelle contre les plaisanteries grossières et, inmanquablement, elle est traitée d'« oie blanche », de « frustrée », de « frigide » de « mal baisée », etc. On se moque d'elle et les agressions reprennent de plus belle. Il arrive aussi que l'agressivité se déchaîne et qu'on lui assène que finalement, elle n'est ni désirable, ni belle, qu'elle est même « franchement moche », qu'elle n'a pas assez d'attributs ou qu'elle en a trop. Le mépris et les insultes seront le miroir du refus exprimé.

¹⁶⁷ DUCRET *et al.*, 2001, p. 29.

2) Soit, pour ne pas essayer de nouvelles plaisanteries graveleuses ou des sarcasmes qu'elle ne parviendra pas à éviter, elle se prête au jeu, est contrainte de sourire ou se force à rire, ou encore proteste mollement, et là, elle est prise au piège. Elle sera pour longtemps encore la proie de son ou de ses agresseurs, surtout si le phénomène d'entraînement du groupe les renforce dans le sentiment de toute puissance et d'impunité et si la « culture » de l'entreprise encourage de tels comportements. La situation peut même dégénérer et, si rien n'arrête le processus, déboucher sur de réels passages à l'acte.

Le texte de la LEg¹⁶⁸ définit le harcèlement sexuel comme un comportement, de type discriminatoire¹⁶⁹ en l'occurrence. Kaufmann¹⁷⁰ considère qu'il est exclu de faire de la répétition d'actes ou de l'accumulation d'incidents une condition constitutive de la forme de harcèlement sexuel *quid pro quo*. Sur ce point, la loi ne prend pas en considération les différences théoriques et interprétatives de la doctrine en la matière. Le texte de la loi prend en compte la victime et les effets de comportements discriminatoires sur la victime.

Toutefois, si la victime est l'objet d'actes répétés et de l'accumulation d'« incidents » qui la choquent, la blessent, en raison même de leur répétition, il semble évident que ces éléments peuvent être constitutifs d'un comportement de harcèlement sexuel. Il faut toutefois qu'elle ait manifesté clairement qu'elle a été importunée et qu'elle ait demandé que cela cesse.

Par ailleurs, on ne voit pas pourquoi la répétition d'actes ou l'accumulation d'incidents perpétrés par plusieurs individus, qui eux-mêmes n'ont commis qu'un seul acte, ne pourrait pas être considéré comme du harcèlement sexuel.

Ce type d'agression vient de plusieurs sources, qui jaillissent simultanément ou en se superposant les unes aux autres avec une intensité, une fréquence et une durée qu'une seule personne n'aurait pas forcément le « courage » et la constance de mener seule. Les membres du groupe se nourrissent de leurs propres forces, se soutiennent et s'encouragent. Ils sont souvent galvanisés par le manque apparent de réaction de la victime qui peut cacher une terrible détresse, qui croît avec le temps, l'addition et la multiplication des actes agressifs. Tout ceci incite les agresseurs à continuer leurs agissements. La victime en est d'autant plus déstabilisée, qu'elle doit affronter un groupe qui aura piétiné son honneur, et qui est, par définition plus fort. Elle est plus âprement prise au piège et sera d'autant moins à même d'échapper aux atteintes ou se défendre contre elles.

¹⁶⁸ Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg), RS 151.1, art. 4.

¹⁶⁹ LEMPEN Karine, 2006, pp. 33-34.

¹⁷⁰ KAUFMANN, in : BIGLER-EGGENBERGER, et al., 2000, p. 118.

4. Autres formes de harcèlement sexuel

Mon propos n'est pas de stigmatiser l'humour sur le lieu de travail, ni d'affirmer que l'on ne peut pas rire de tout, et en particulier, des sentiments, des émotions ou de ce qui se rapporte au sexe ou à la sexualité.

Pierre Desproges disait que l'« on peut rire de tout, mais pas avec n'importe qui ». En paraphrasant le génial humoriste, on peut dire que certes, on peut rire de tout, mais uniquement de ce dont l'autre a envie de rire. On ne peut être contraint de s'amuser de tout, n'importe quand, dans un contexte ou à des conditions qui nous sont imposées.

A ce stade, la question est donc de savoir si le harcèlement sexuel en tant que plaisanteries d'ordre sexuel doit être analysé selon des critères **objectifs** ou **subjectifs**¹⁷¹.

Pour certains, la frontière semble difficile à tracer entre ce qui fait partie de la conivence, des « private jokes » et ce qui relève de la violence psychique, du harcèlement, particulièrement dans le domaine sexuel.

Ainsi, dit encore Hirigoyen¹⁷², pour humilier, on vise l'intime, et rien n'est plus intime que le sexe. On vise effectivement le sexe, avec ce qui le lie plus particulièrement aux sentiments les plus profonds et les plus secrets, ainsi que, dans notre culture, à la culpabilité, à la honte et à l'image parfois controversée que l'on a de soi.

Le harcèlement sexuel peut consister, ainsi que l'a souligné Leymann, dans le fait de proférer des propos dégradants, de faire des plaisanteries grossières qui mettent à mal la sensibilité de certaines personnes. Les un-e-s et les autres sont sensibles à ces propos à différents degrés¹⁷³. Selon Ducret¹⁷⁴, la pratique des plaisanteries grossières et l'exhibition de matériel pornographique sont plus fréquentes dans les services composés majoritairement d'hommes. Lorsque les hommes sont plus nombreux que les femmes dans une entité professionnelle, leurs normes de conduite prédominent. Ceci expliquerait peut-être pourquoi les hommes sont souvent mieux armés que les femmes pour se défendre. Ils sont peut-être aussi, en grande partie, moins affectés par ces climats outrancièrement érotisés.

Malgré tout, en ce qui concerne les appréciations sur les « aptitudes » ou « capacités » sexuelles (virilité et puissance sexuelle), ce sont bien entendu les hommes qui en sont le plus fréquemment victimes. Il faut souligner que, dans ce cas, il arrive aussi que ce soit les femmes qui « mènent la danse », ou un groupe composé de femmes et d'hommes.

Il existe aussi d'autres formes de harcèlement de nature sexuelle particulièrement désagréables et dont les conséquences peuvent être très graves pour l'équilibre psychique des victimes. Ce sont les rumeurs et les dénigrements de nature intime et sexuelle.

¹⁷¹ Voir *infra*, 1^{ère} partie, chap. III. I. 6.

¹⁷² HIRIGOYEN, 2001, p. 121.

¹⁷³ LEYMAN, 1996, p. 113.

¹⁷⁴ DUCRET *et al.*, 2001, p. 43.

Ces manifestations de harcèlement se déroulent essentiellement sur le mode verbal. Il s'agit de faire courir, le plus habilement possible, des bruits sur la vie privée de quelqu'un, en lui prêtant, notamment, des aventures que « l'ordre moral » réprouve. Il s'agit d'une forme de harcèlement psychologique qui, dans un premier temps, met mal à l'aise et qui, à la longue, porte atteinte plus profondément au moral de la victime. Son caractère sexuel en fait une agression d'une nature plus intrusive et plus intolérable pour celui ou celle qui la subit. De plus, elle peut aussi avoir de lourdes conséquences pour son entourage, peut même mettre à mal l'équilibre d'un couple ou celui des enfants de la ou des victime(s).

Il peut s'agir d'une forme de harcèlement indirect dont la victime peut ne prendre conscience que de longs mois après que la rumeur a été lancée. Dans ce cas, les effets sont d'autant plus catastrophiques, car la rumeur et ses répercussions n'auront pas pu être stoppées à temps.

Dans cet ordre d'idées, il est souvent reproché aux femmes de n'avoir pas été engagées pour leurs capacités professionnelles mais pour des raisons obscures, plus ou moins clairement énoncées, mais dont la raison sous-jacente est évidemment le sexe ou l'attrance sexuelle qu'elles exercent¹⁷⁵.

C'est à ce propos que peuvent surgir toutes sortes de commentaires fondés ou non (peu importe d'ailleurs !), sur de prétendues relations amoureuses ou sexuelles entre une collaboratrice et son supérieur hiérarchique. À l'inverse, pour ce que j'ai pu observer dans ma pratique, les hommes ne sont pratiquement jamais accusés d'avoir été engagés pour ces raisons, sauf s'ils sont homosexuels ou présumés l'être.

Cela tient au fait que d'une part, les femmes sont beaucoup moins nombreuses à occuper des postes hiérarchiquement élevés, et ce, même au sein de l'administration, qui s'efforce cependant de promouvoir les carrières féminines. D'autre part, nous avons dit que les hommes étaient sans doute mieux armés pour supporter les remarques à caractère sexuel, en général. Il est en outre possible qu'un homme, supérieur hiérarchique, attache moins d'importance à des rumeurs de nature sexuelle, ou puisse rebondir avec plus d'humour qu'une femme, cadre de surcroît, pour qui il aura souvent été bien plus difficile que pour un homme de parvenir à ce poste. L'humiliation n'en sera que plus cuisante.

Si tel est le cas, la difficulté pour lutter contre ce type de rumeurs est immense et nous verrons que, dans la pratique, il est particulièrement difficile, une fois la rumeur enclenchée et soigneusement orchestrée de trouver des moyens de la faire cesser. Même si l'on y parvient, ces « bruits » laisseront vraisemblablement des traces indélébiles dans les esprits. Le mal est fait et, le plus souvent, il s'amplifie. C'est pourquoi dans ce domaine, plus encore que dans d'autres, la prévention s'impose.

¹⁷⁵ Ce type d'allusion se retrouve aussi, dans tous les domaines de la vie quotidienne et pas uniquement dans le cadre des relations de travail et relève bien souvent d'une « atteinte à l'honneur », selon les articles 173 à 178 du Code pénal suisse, du 21 décembre 1937, RS 311.0 (ci-après : CPS).

J'ai repris la définition de Poilpot-Rocaboy¹⁷⁶ qui précise que la volonté de déstabilisation de l'autre pouvait être motivée par le rejet de la différence. Il peut s'agir de pratiques discriminatoires qui peuvent être de toute nature. À l'égard des femmes ou des handicapé-e-s, des personnes que l'on considère différentes pour toutes sortes de raisons : sociales (naguère, il s'agissait des mères célibataires ou divorcées), des raisons fondées sur les préférences ou l'appartenance sexuelle, ou encore d'ordre religieux ou ethnique ou autre ; certaines personnes n'hésitent pas à se gausser de caractéristiques physiques ou encore de difformités ou de handicaps. La discrimination peut aussi, bien sûr, être d'ordre « racial »¹⁷⁷, concept auquel je préfère celui d'« appartenance ethnique », ou pour ce qui saute aux yeux, à la « couleur de la peau » ou au « type physique », qui n'est rien d'autre qu'un stéréotype.

Le terme de « race » est toutefois mentionné dans l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits et des libertés fondamentales (ci-après : CESDH)¹⁷⁸. Le but de cette norme est bien sûr de condamner toute pratique discriminatoire. Le texte énumère d'autres critères de discrimination possibles, tels que la religion, les opinions politiques, etc.¹⁷⁹.

Mais la discrimination peut être aussi plus insidieuse et se dissimuler sous forme de tracasseries sous divers prétextes. Il existe des harceleurs qui, subtilement, dissimulent la véritable cause de leurs actes de harcèlement en utilisant d'autres prétextes, réels ou inventés. Certains y parviennent.

5. Le harcèlement sexuel, une relation particulière de pouvoir

Selon Ducret¹⁸⁰, il n'existe pas de profil-type du harceleur sexuel. Les harceleurs sexuels, qui sont plus souvent des hommes, ne sont pas des « malades », victimes

¹⁷⁶ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. II, II.

¹⁷⁷ Sur l'inexistence de fondement scientifique du concept de « race », voir JACQUARD Albert, PLANES Huguette (1997), *Petite philosophie à l'usage des non-philosophes*, Paris, Calmann-Levy, 232 p., pp. 81-108.

¹⁷⁸ Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (CESDH), Rome, le 4 novembre 1950, RS 0.101, art. 14 : La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

¹⁷⁹ PULVER Bernhard (2003), l'interdiction de la discrimination au sens de l'article 8 *al.* 2 de la Constitution fédérale du 18.04.1999, Neuchâtel, Bâle, Helbing & Lichtenhahn (collection « Droits de l'homme et libertés fondamentales »), XVII, 389 p., p. 315. Cette notion -à l'instar des constitutions neuchâteloise et vaudoise qui n'utilisent plus le terme de « race » dans leur catalogue- ne devrait plus en principe être utilisée pour décrire différents groupes ou « types » d'êtres humains. L'auteur mentionne toutefois la justification de cet emploi par le fait qu'une partie de la population, selon laquelle les êtres humains se distingueraient entre eux en différentes races, est un fait social, qui justifie la présence du critère de la race à l'art. 8 *al.* 2 Cst.

¹⁸⁰ DUCRET *et al.*, 2001, p. 34.

d'irrépressibles pulsions perpétrées en raison d'une grave misère sexuelle ambiante. Les conduites des harceleurs sont plutôt dictées par un besoin de dévaloriser leurs victimes, de les exclure, ou encore de les réduire à l'état d'objet.

Nous avons vu que le harcèlement psychologique procède plutôt d'une stratégie guerrière, d'un genre particulier qui vise à nuire à sa victime, à l'isoler ou à la déstabiliser. Cette atteinte passe par la domination de l'autre, et comme le dit si bien Hirigoyen, sur l' « empiètement de son territoire psychique. »¹⁸¹

Le harcèlement sexuel dans les rapports de travail (quand il vise à s'attribuer des faveurs de nature sexuelle ou à créer un climat d'érotisation au sein de l'entité), n'a pas pour but avoué de nuire à la personne visée par ces agissements. L'agresseur a en effet beau jeu d'affirmer qu'il ne voulait aucun mal à sa victime, mais au contraire « lui faire du bien ». Le harcèlement sexuel a pour but de « s'approprier » la personne visée, soit physiquement quand le but est uniquement sexuel, soit il consiste à exercer un contrôle sur sa sensibilité, en obligeant la personne à rire malgré sa gêne ou à entrer dans un jeu érotique, dont les règles ne sont pas définies préalablement et qui se situe dans un cadre inapproprié, le lieu ou les relations de travail.

Le harcèlement sexuel vise souvent à provoquer un malaise ou un sentiment de honte face à un comportement de nature sexuelle que la victime n'aura pas voulu, n'aura pas prévu et auquel elle ne se sera pas préparée. Sa déstabilisation s'en trouve donc accrue.

Dans les moqueries de toute nature relatives soit à l'apparence physique, soit directement aux caractéristiques sexuelles autant qu'à la vie privée, réelle ou supposée de quelqu'un, le but véritable est d'humilier, d'écraser, de réduire à néant la capacité de l'autre à assumer ce qu'il est, c'est-à-dire à assumer sans honte l'ensemble de sa personnalité, dans toute son intimité, y compris dans ses orientations sexuelles. Toutefois, la volonté de nuire est difficile à démontrer, dans la mesure où l'état d'esprit des agresseurs se réduit souvent à l'utilisation d'une personne comme vecteur d'un amusement ou d'une occupation.

J'ai pu remarquer dans ma pratique que lorsque les femmes se comportent de la sorte, elles aussi assoient avec force un pouvoir sans pitié et sans limite sur leur victime.

Pour les auteurs de rumeurs, le fait de déclencher une campagne de dénigrement ou une information « de première main » sur un collègue n'a pas forcément pour but affiché le contrôle ou encore la manipulation de l'information. Pour ces auteurs, peu importe qu'une information, dont la connaissance déclenche des sourires entendus ou des exclamations indignées, soit vraie ou fausse. En général, les auteurs de rumeurs se persuadent eux-mêmes de la véracité des informations qu'ils propagent. Si finalement, l'information est fausse, cela n'en est finalement que plus amusant. Peu importe si l'on fait souffrir. A mon avis, l'idée première et consciente n'est pas véritablement de nuire à la personne visée. L'essentiel est de dominer la sphère sans doute la plus intime de l'individu, la sexualité, ainsi que la représentation personnelle que chacun a de sa propre sexualité.

¹⁸¹ HIRIGOYEN, 2001, p. 306.

Mais cela va plus loin. Lorsqu'on fait circuler dans un service une rumeur, à caractère sexuel en particulier, que l'on parle des raisons obscures pour lesquelles une personne aurait été engagée ou que l'on se moque de son appartenance sexuelle, réelle ou supposée, ou que l'on « livre des informations capitales » sur de prétendues relations amoureuses, extra-conjugales et « coupables » de préférence ; le but est de faire en sorte que la rumeur devienne vérité. Il s'agit d'une vérité dont plus personne ne contestera la réalité dans un futur proche ou lointain. L'auteur de ce comportement « crée » une vérité de toutes pièces, induite de manière malveillante et irrespectueuse, et devient donc maître de la vie et de la sphère intime d'autrui. Peu à peu, cette vérité dont l'auteur est le véritable créateur, inventeur, devient la vérité d'un service. Au bout d'un moment, on ne sait même plus forcément qui a lancé cette rumeur et à quel moment. En général, les gens ne cherchent même plus à savoir si elle est fondée ou non, elle est là, elle fait partie de l'histoire d'un bureau, d'un couloir, d'un service ou d'un département tout entier et ses conséquences se font sentir. L'auteur-e contrôle la vie privée d'une ou de deux personnes, le plus souvent, et contrôle aussi les réactions et les émotions qu'il suscite dans toute l'entité. Il ou elle demeure dans la toute puissance, puisqu'un adage bien inscrit dans notre univers culturel veut qu'il n'y ait « pas de fumée sans feu ».

Citons pour exemple un groupe (de femmes, en l'occurrence) qui, depuis de nombreuses années, faisaient régner dans leur service une ambiance sexualisée à caractère malsain. Chaque fois qu'une personne arrivait et ne se pliait pas avec complaisance à leurs médisances sur la vie sexuelle des uns et des autres, cette personne devenait le personnage favori d'une vie sexuelle inventée de toutes pièces avec l'un ou l'une des collaborateurs et/ou collaboratrices, ou encore supérieurs hiérarchiques du service. A la suite d'une plainte, ces personnes ont été obligées de s'expliquer. Elles ont déposé avec des sourires entendus, un plaisir certain, force détails « croustillants » (dont, par ailleurs, elles n'avaient jamais été les témoins) et l'assurance que donne la conviction d'assumer une mission de justicier. Elles ont soutenu que les faits allégués (faux et en aucun cas illicites par ailleurs) étaient véridiques et qu'elles n'avaient pas pu « garder cela pour elles », car elles en étaient choquées et qu'il en allait « de l'intérêt de l'entreprise ». Elles croyaient peut-être sincèrement à cet état de fait parce qu'elles s'en étaient elles-mêmes persuadées et qu'elles avaient nourri le service entier, pendant de nombreuses années, de leurs fables à caractère sexuel dont on ne savait plus si elles étaient entièrement fausses ou quelquefois, partiellement vraies.

Qu'il s'agisse de harcèlement psychologique ou sexuel, ou de harcèlement psychologique « à caractère sexuel », il est donc question de stratégie, élaborée de manière plus ou moins consciente quant à ses effets, mais en tout cas **volontaire**. Il s'agit d'un processus dont l'aboutissement est la domination de l'autre sur le plan moral ou sexuel. Le but est de parvenir à la soumission ou la destruction de la vie intime de l'autre selon son propre caprice, la volonté de s'immiscer de gré ou de force dans la sphère intime de sa victime. La véritable **volonté de nuire** n'est parfois qu'accessoire et **complémentaire**.

Contrairement à certaines formes de violences verbales ou physiques ponctuelles, le harcèlement psychologique et le harcèlement sexuel dans les relations de travail ne sont pas des comportements qui sont les conséquences immédiates de pulsions isolées incontrôlables, telles que les explosions de colère ou même certaines agressions

physiques ou sexuelles. Cependant, ce type de comportement est souvent une attitude, une manière d'être et une manière de faire, que les agresseurs et agresseuses auront tendance à reproduire à l'envi tout au long de leur parcours professionnel si personne ne met un frein brutal à leur pouvoir de nuisance.

Si un terme n'est pas mis à ces agissements, les auteurs de ce type de comportement risquent de se conforter dans cette toute puissance et d'acquérir au cours du temps une maîtrise de la situation, une assurance et une capacité accrue d'exercice du pouvoir sur leurs victimes. De même, le manque de réaction de la hiérarchie offre à ces personnes une certaine justification de leurs actes et assoit la certitude qu'elles sont dans le vrai en adoptant ce type de comportement. On assiste ainsi une certaine jouissance du mal-être de l'autre. J'ai pu remarquer chez certaines personnes, dans des circonstances particulières où la hiérarchie laissait faire, une forme de jouissance presque « sexuelle » dans la commission de ces actes précis de harcèlement à caractère sexuel. Comme une manière de « vivre du sexe », à travers la honte, le malaise et la souffrance intime de l'autre.

En ce sens, le harcèlement sexuel ou le harcèlement psychologique « à caractère sexuel » possède une caractéristique commune avec le harcèlement psychologique : celle de mettre en place un rapport de pouvoir entre soi et l'autre personne. Dans cette relation, les forces s'exercent également entre une personne dominante et une personne dominée, parfois plusieurs, où le sexe et la sexualité fantasmés sont au cœur de la problématique.

Le harcèlement, qu'il soit psychologique ou sexuel, procède d'actions répétées au cours d'un processus de déstabilisation. Si un acte isolé, même un acte abusif, peut être fortuit, un processus n'est jamais fortuit. Il implique un élément de répétition, de persistance et de combinaisons d'actes intelligemment posés. La déconstruction de ce processus est alors indispensable pour démontrer l'intention du ou des auteur-e-s lorsqu'il s'agit, malgré leurs dénégations, de l'établir au cours d'une enquête ou d'une investigation.

Lorsque ces personnes se sont comportées ainsi pendant des années sans être inquiétées et se sont installées dans cette conduite, il est fort peu probable qu'elles comprennent ce qui arrive si, au hasard des mutations, l'arrivée d'un nouveau supérieur hiérarchique qui ne tolère pas ce comportement, décide de mettre un terme à leurs agissements. Il est probable, qu'en toute « bonne-foi », elles ne comprennent pas en quoi leur comportement était inadmissible et pouvait nuire à leurs collègues. Ce réveil brutal fait penser au choc que ressentent les adolescents qu'on a laissés agir dans la toute puissance pendant des années à qui l'on a jamais fait de rappel à la loi au sein de la famille et qui, un beau jour, se retrouvent seuls face au juge des mineurs et ne comprennent pas ce qui leur arrive. La sanction ou la peine infligée est, dans ces cas-là, rarement comprise et donc rarement admise.

6. Le harcèlement sexuel, une atteinte objective et subjective : approche juridique

Dans le mobbing, comme dans toute agression, les conséquences sont plus ou moins importantes selon les circonstances. Elles dépendent en particulier de la fragilité de la victime et de sa capacité de résilience, selon la notion développée par Cyrulnik¹⁸². Le harcèlement sexuel, par sa nature plus intrusive, plus violente, peut avoir, selon les victimes, des conséquences encore plus graves et plus imprévisibles que le « simple » harcèlement psychologique.

A ce stade de l'étude, il convient de donner une définition de ce qu'est la notion d'« atteinte » sur le plan juridique. Je reprendrai ci-après la notion développée par Tercier¹⁸³, selon laquelle l'atteinte « au sens strict », se définit comme « tout comportement humain par lequel une personne diminue de quelque façon les biens de la personnalité d'autrui en violation des droits qui la protègent. »

Tercier¹⁸⁴ définit ainsi l'atteinte « au sens étroit » : celle-ci « se rapporte au comportement par lequel une personne s'en prend de quelque façon aux biens de la personnalité d'autrui. Elle frappe la victime, éventuellement divulgue ses secrets ou ternit son honneur. » Dans cette définition « objective », le terme est envisagé du point de vue actif, par rapport à celui qui porte l'atteinte.

S'il est « objectivement » une atteinte à l'intégrité physique et psychologique d'une personne, il n'est pas toujours perçu de la même manière par les individus qui en sont l'objet¹⁸⁵. Selon Ducret, aucun article de loi ne peut définir à lui seul le phénomène du harcèlement sexuel et c'est la raison pour laquelle il est nécessaire de s'appuyer sur la réalité vécue des victimes¹⁸⁶. C'est en cela que le harcèlement sexuel est aussi une atteinte d'ordre subjectif. Cette remarque est intéressante du point de vue victimologique mais elle n'est pas satisfaisante sur le plan juridique.

C'est ce que Tercier¹⁸⁷ appelle, « au sens large », l'atteinte qui désigne « le trouble que subit une personne dans sa personnalité du fait du comportement d'un tiers ». Le terme est donc envisagé « du point de vue passif, par rapport à celui qui « subit » l'atteinte. »

Dans certains cas, et quelle que soit la gravité objective de l'atteinte subie, les victimes se sentent incomprises, irrémédiablement et à jamais blessées. L'empathie qui leur est témoignée et la réparation qui leur est octroyée sont rarement à la mesure de l'ampleur de leur souffrance et des conséquences subjectives de l'atteinte subie.

Cette constatation ne peut toutefois pas satisfaire entièrement les juristes qui, mus par le souci impérieux d'assurer la sécurité juridique et la nécessaire prévisibilité du droit, doivent, sans exception aucune à ces règles, se référer à une définition qui soit la même pour tous, auteurs et victimes.

¹⁸² CYRULNIK Boris (2002), *Un merveilleux malheur*, Paris, Ed. Odile JACOB, 218 p., *passim*.

¹⁸³ TERCIER, 1984, p. 81.

¹⁸⁴ *Id.*, p. 80.

¹⁸⁵ DUCRET *et al.*, 1993, p. 9.

¹⁸⁶ *Id.*, 1993, p. 68, et 2001, p. 21.

¹⁸⁷ TERCIER, 1984, p. 80.

Les auteurs potentiels doivent pouvoir adapter leur comportement en fonction de ce qui est toléré par la société, ou encore de ce qui est interdit par la loi, tout en prévoyant les conséquences de leurs actes. Les victimes potentielles tout comme les victimes avérées, doivent aussi savoir ce qui est toléré et ce qui ne l'est pas, afin d'adapter aussi leur comportement à des stratégies de défense en amont d'éventuelles agressions. Les victimes ont aussi besoin de ces références pour assurer la défense de leurs droits lorsque ceux-ci ont été bafoués. Ces références doivent être contenues dans les définitions juridiques des comportements prohibés, tout comme dans les règlements écrits des entreprises, ainsi que dans les codes non écrits relatifs aux comportements adéquats et raisonnables que tout un chacun doit appliquer dans la vie en société et, en particulier, dans les relations de travail.

Signalons que les comportements tolérés dans certains secteurs des entreprises privées autant que de la fonction publique, sont parfois « intolérables » dans d'autres secteurs, même s'ils ne sont pas licites. Cette différence d'appréciation s'explique en raison de la multiplicité des métiers, des formations y relatives, ainsi que de la variété des origines socio-culturelles des collaborateurs et collaboratrices –y compris- de l'administration. Dans l'appréciation de la gravité de l'atteinte, il faudra cependant tenir compte de la connaissance qu'avait l'auteur d'une éventuelle fragilité de sa victime, de l'attitude de celle-ci avant l'atteinte et dès ses débuts, ainsi que de ce que l'auteur pouvait raisonnablement en déduire.

S'il est assez facile d'identifier en théorie ce qu'est une rumeur, ce que sont des propos « à caractère raciste ou discriminatoire », il est parfois plus difficile d'évaluer en quoi d'autres types de comportement ont un caractère « abusif ». Dans le cadre de propositions à caractère sexuel, ou encore d'attitudes ou de propos grossiers ou dégradants, la difficulté réside dans le fait que la notion d' « abus » est souvent très personnelle. Selon Ducret, les comportements « abusifs » ne sont pas toujours perçus comme tels par tous les individus qui en sont l'objet¹⁸⁸. Chacun/chacune réagit de manière différente selon son histoire, son éducation, son expérience ou son vécu, on peut rajouter que la réaction de la cible du message est aussi légitimement fonction de la personne émettrice du message¹⁸⁹.

Les victimes ne sont donc pas toutes égales devant des atteintes semblables, ou tout au moins devant des atteintes de même nature qui surviennent à la même fréquence, selon la même intensité et sur une durée équivalente. A cet égard, on peut appliquer au harcèlement sexuel les critères que nous avons déjà mentionnés ci-dessus dans le cas du harcèlement psychologique. Dans ce qu'il appelle « les facteurs de résistance au mobbing », Leymann¹⁹⁰ souligne que, pour s'en sortir indemne ou sans trop de dommage, les victimes doivent jouir d'une bonne constitution physique et mentale. Cette dernière doit se traduire par de la confiance en soi, qui toute seule ne suffit pas et qui doit par conséquent se doubler d'une capacité à interpréter correctement les mécanismes présents au sein de l'environnement professionnel, à résoudre les problèmes préalablement identifiés, et qui doit s'accompagner d'une certaine faculté à

¹⁸⁸ DUCRET *et al.*, 1993, p. 68.

¹⁸⁹ *Id.*, pp. 9, 68.

¹⁹⁰ LEYMANN, 1996, pp. 87-91; DUCRET *et al.*, 1993, p. 68.

s'orienter dans la société (connaître ses droits, savoir quelles sont les personnes habilitées à intervenir en la matière, au sein même de l'entreprise). La maîtrise de ces moyens fait appel à deux concepts que l'on appelle en psychologie « coping » et « coping ressources ».¹⁹¹

Les critères proposés par Leymann sont utiles pour mesurer la vulnérabilité accrue ou la résistance d'une victime face au harcèlement sexuel. Les effets des agressions ne peuvent être véritablement compris et évalués qu'en tenant compte de leur conjugaison avec de multiples facteurs extérieurs. Les conséquences sur les victimes sont diverses et dépendent du soutien dont elles bénéficient ainsi que de la considération que leur porte leur entourage ou, au contraire, de leur degré d'isolement, de conditions matérielles favorables ou non, tout autant que de l'existence d'issues possibles au sein de l'entreprise et de l'organisation du travail, leur permettant de sortir de la situation de harcèlement. L'espoir que la situation s'améliore en raison du cadre humain et organisationnel dynamise les capacités de résistance et de lutte de la victime.

En outre, ce n'est pas parce qu'une personne (une femme le plus souvent) accepte les familiarités d'un supérieur hiérarchique ou d'un collègue en particulier, qu'un autre collègue ou qu'un autre supérieur soit en droit de se comporter de manière identique. C'est la raison pour laquelle une bonne ambiance de travail, empreinte de confiance mutuelle et exempte d'actes d'autant plus abusifs qu'ils sont perpétrés de manière habituelle, rend l'exception ou l'abus isolé incongru, marginal et moins dommageable que des abus perpétrés jour après jour dans une extrême banalisation.

Toutes ces nuances rendent l'identification et la dénonciation du comportement abusif peu aisée. L'on peut alors objecter qu'en raison de la nécessaire prévisibilité du droit, il serait discriminatoire, injuste et arbitraire de reprocher un comportement aux contours flous qui peut être perçu de mille manières distinctes...

Le harcèlement -sexuel- en particulier- ne consiste que dans des cas très particuliers, en une parole ou un acte déplacé :

-Soit un seul fait est abusif (insulte, attouchement ou acte d'agression) et il est par définition illicite et répréhensible, mais le harcèlement en tant que comportement illicite n'est pas réalisé à ce moment-là ;

-Soit un certain nombre d'actes se répètent malgré les refus exprimés de la victime et, partant, c'est justement cette répétition des actes abusifs -ou non, pris isolément- qui constitue le harcèlement.

Dans une relation individuelle, c'est donc à la victime de poser la limite de ce qui est ou non acceptable pour elle. La question dans ce domaine sera de prendre la mesure du seuil de tolérance des un-e-s et des autres, en particulier en ce qui concerne le harcèlement sexuel. L'érotisation du climat de travail devient malsaine et violente lorsqu'une personne au moins s'y refuse ou dédaigne d'y participer.

¹⁹¹ LEYMANN, 1996, p. 86. Le terme « coping » vient de l'anglais « to cope » qui signifie « faire avec ». Les « coping ressources » sont les moyens dont dispose une personne pour se remettre d'un traumatisme, et pour parvenir, si possible à en tirer une expérience positive. Ce terme est proche aussi du concept de « résilience » évoqué plus haut.

Le harcèlement est présent dès que l'on franchit ce seuil et, à plusieurs reprises, au mépris de la sensibilité d'autrui. C'est donc à la personne qui s'insurge contre un comportement donné, qu'il appartient de dire « Stop ! », sans se préoccuper de savoir si c'est un comportement socialement toléré ou non.

Pour Ducret¹⁹², les femmes au statut précaire font tout autant l'objet de comportements socialement non tolérés que les travailleuses au statut stable. Toutefois, les femmes au statut précaire dénoncent moins souvent ce comportement car elles sont davantage habituées à devoir tolérer des injustices et des inégalités de traitement, et, de ce fait, acceptent ou sont contraintes d'accepter, en s'y résignant, des conduites qui sont reconnues comme des actes humiliants pour les femmes et plus ou moins condamnées par la société.

Dans certains types de harcèlement, comme dans le cas de la rumeur, notamment et, plus particulièrement de la rumeur à caractère sexuel, il nous faut également tenir compte d'un caractère particulier de l'atteinte et la qualifier selon « le trouble consécutif à l'atteinte. »¹⁹³

Il convient d'illustrer la distinction que Tercier opère, selon la portée de l'atteinte, entre l'« atteinte-acte » et l'« atteinte-état ». La première peut consister en un acte isolé, et par conséquent, ainsi que nous l'avons évoqué ci-dessus, ne relève pas du « harcèlement » à proprement dit mais d'un acte « abusif », contraire, par nature, à l'ordre juridique.

En revanche, l'atteinte-état, « peut consister en un état qui se prolonge dans le temps et que provoquent les actes répétés ou une attitude prolongée. »¹⁹⁴ Il peut s'agir, dans le cadre des relations de travail du fait de laisser traîner une photo compromettante sur un bureau ou un placard, affiché à la cafétéria, parmi de multiples exemples. Un seul acte a été commis, mais ses conséquences et l'atteinte sur la ou les victimes se prolonge jour après jour, sans qu'il soit besoin de renouveler l'acte abusif.

Il faut ainsi également prendre en considération « le trouble consécutif à l'atteinte ». L'auteur qui n'agit plus est en quelque sorte protégé, il pourrait se réfugier derrière le fait qu'il ne commet plus d'acte abusif, même si l'atteinte (acte ou état) qu'il a porté continue à produire ses effets et à aggraver la lésion de la victime. C'est le cas de la rumeur, en particulier lorsqu'elle est de nature sexuelle. J'ai dû, dans ma pratique, traiter un cas dont les effets ont été désastreux, et qui a été, juste lancée une fois et soigneusement alimentée de loin en instrumentalisant perfidement les collègues de travail et la victime elle-même.

C'est pourquoi, à mon sens, le lancement d'une rumeur, ou tout acte dont les effets déclenche une nouvelle atteinte de manière répétée -actes pourtant uniques- sous la forme d'actes pourtant uniques peut constituer une exception à la condition de répétition nécessaire à la qualification du harcèlement. Il ne peut s'agir en effet que d'un acte isolé, mais ce sont ses effets qui permettront de conclure ou non à du harcèlement. Si les faits sont rapportés, l'« information » lancée est reprise et fait « boule de neige », si les dénigrements sont repris et colportés, il s'ensuit le plus souvent une

¹⁹² DUCRET et *al.*, 1993, p. 68.

¹⁹³ TERCIER, 1984, p. 82.

¹⁹⁴ *Id.*, p. 82.

atteinte à la personnalité « exponentielle » en raison du nombre de personnes « informées ». Le dommage s'accroît en même temps que l'atteinte à la considération personnelle et professionnelle se développe. Il peut s'agir d'atteinte à l'honneur, à la vie privée, à l'image de soi, à la dignité personnelle ou professionnelle, etc. Un seul acte, perpétré dans le but, avoué ou non, que d'autres actes du même ordre se répètent -et même si une seule étincelle a suffi- doit alors être considéré comme un élément déclencheur et constitutif néanmoins de harcèlement.

En revanche, si ce comportement unique n'est pas suivi d'effet (un « flop » apparemment sans conséquence), aucune atteinte à la personnalité ne peut être reprochée à l'auteur. Ce comportement abusif, répréhensible pourtant -au regard de l'éthique au travail et du comportement au travail de ou des auteurs- n'est pas constitutif de harcèlement.

Dans ce cas, et malgré les réserves émises plus haut relativement à la prévisibilité du droit, on se doit, pour qualifier ou non un comportement de « harcèlement », non seulement de décrire le comportement et ses effets de manière objective, mais aussi d'insister sur la nature subjective de l'atteinte, tout en tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce (faiblesse de la victime ou passé « harceleur » de l'auteur-e). Ces critères devront donc être précisés dans un règlement d'entreprise ou des directives de service¹⁹⁵.

Lorsqu'un professionnel est chargé de mener une enquête visant à établir les faits de harcèlement, il ou elle devra tenir compte de ce contexte professionnel et des normes de comportement que tout un chacun doit avoir présentes à l'esprit et que tout membre de l'entreprise privée ou publique, quelle que soit sa position hiérarchique, doit avoir acceptées préalablement. Le professionnel menant une investigation ou une enquête dans le contexte pénal doit également se référer au caractère objectif et subjectif du comportement dénoncé. Il doit établir que ce comportement et l'atteinte ressentie sont objectivables et constituent un comportement prohibé. Ces critères objectivés, qui doivent être reproductibles, pourront être utilisés pour chaque cas étudié.

Ce sont des distinctions que devront faire les responsables pour prévenir les comportements abusifs, autant que, le cas échéant, pour les sanctionner.

Le cadre posé par l'entreprise privée ou la fonction publique, doit offrir les garanties propres à éviter que ces situations abusives ne se produisent. Dans un département, un service ou un office donnés, il doit aller de soi, par exemple, que les collaborateurs se parlent correctement, ne s'envoient pas de mails incendiaires, ou n'affichent pas de photos à caractère pornographique. Mais c'est aussi au service -ou plutôt au chef de service et au supérieur hiérarchique de niveau inférieur- de développer et au besoin d'imposer une culture du respect de l'autre. Pour cela, il faut -c'est une évidence, mais il est parfois nécessaire de le répéter- que le chef lui-même soit irréprochable, au moins dans son mode de communication. Mentionnons ici le cas d'un chef -pourtant d'un niveau de formation littéraire universitaire- qui, depuis de nombreuses années, lorsqu'il voulait exprimer son impuissance ou l'impuissance du service par rapport à la demande d'un administré avait coutume de lancer à la cantonade : « La plus belle fille du monde ne peut donner que ce qu'elle a ! ». Tout le

¹⁹⁵ Voir *infra*, 2^{ème} partie, chap. V, IV, 3.

monde avait pris l'habitude de se gausser, jusqu'à ce qu'une personne, nouvellement arrivée, lui exprime le caractère scandaleux de ces propos. Prétendant qu'il s'agissait d'« une expression idiomatique », il lui a fallu une véritable « explication de texte » pour qu'il fasse mine de consentir du bout des lèvres que cette expression pourrait avoir un caractère offensant pour l'ensemble des femmes. Accessoirement, cette remarque est aussi dégradante pour les hommes.

Les services et les responsables de ressources humaines ont un rôle particulièrement important à jouer dans ce domaine pour empêcher la banalisation de ce genre de propos qui, en général, s'accompagne d'autres dérives langagières.

Le harcèlement sexuel étant une atteinte subjective, c'est aussi à la victime qu'il appartient de poser les limites du tolérable. Si la victime met du temps à réagir, mais finit quand-même par dénoncer le comportement, l'auteur ne manquera pas de lui rappeler son manque de fermeté. (« Elle n'avait qu'à le dire, si elle n'était pas d'accord ! » Ou, dans la bouche des témoins : « Comme elle rigolait avec tout le monde, on ne pensait pas qu'elle était gênée ! » Ou encore : « Elle donnait plutôt l'impression d'être flattée... » Qu'est-ce qu'elle a à se plaindre aujourd'hui ! Quelle emm... cette bonne femme !), etc.

L'atteinte est la conséquence d'un comportement illicite prohibé par le droit¹⁹⁶. En violation de ces dispositions légales, les comportements susceptibles de provoquer une atteinte à la personne physique ou à sa personnalité peuvent être proscrits, tolérés ou simplement niés au sein de l'entité professionnelle. Parfois, c'est la dénonciation de tels faits qui peut faire l'objet de représailles.

Nonobstant, en raison de l'atteinte potentielle ou réelle qu'ils provoquent, ces actes sont illicites et doivent faire clairement l'objet d'une information dans ce sens aux collaborateurs et aux collaboratrices, au sein des services ou des entités professionnelles, privées ou publique (ce qui n'est pas, loin s'en faut, la pratique actuelle).

II. Harcèlement sexuel et mobbing

Pour Leymann¹⁹⁷, le harcèlement sexuel est un prétexte, un moyen pour provoquer, humilier, détruire. Il est donc utilisé dans le même but que le mobbing, mais nous avons vu qu'il comportait des caractéristiques particulières. Ce n'est donc pas un épiphénomène du mobbing.

Il s'agit bien d'une atteinte, qui possède un caractère durable. Ce dernier aspect est un critère particulièrement flou. Sa prégnance peut être contestable et dépendra de la nature des différentes manifestations du harcèlement sexuel.

Toutefois, ces éléments conjugués dont les effets se multiplient ne permettent pas à la victime d'oublier l'affront et de tourner la page. La blessure morale -voire

¹⁹⁶ Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210, art. 28, *al.* 2.

¹⁹⁷ LEYMANN, 1996, p. 113.

l'atteinte psychique, et ses conséquences d'ordre médical- se creuse, tout comme dans le harcèlement moral ou psychologique.

Ainsi que l'affirme Hirigoyen¹⁹⁸, le harcèlement sexuel est encore un pas de plus dans le harcèlement moral. Nous avons dit en introduction de ce chapitre, que le harcèlement sexuel ne pouvait pas, au sein, de l'entreprise, être confondu avec d'éventuels conflits propres à celle-ci. Il s'agit d'agressions unilatérales.

À la différence du mobbing, le harcèlement sexuel ne provient pas d'une situation conflictuelle normale non gérée, mal gérée, ou ignorée sciemment par la hiérarchie. Toutefois, plusieurs auteurs ont relevé le fait que le harcèlement sexuel peut être « choisi » comme mode de comportement agressif, de nature à nuire à un collègue et censé provoquer les mêmes effets que le mobbing. Le but est dans ce cas, de soumettre la victime à ses volontés afin de lui faire adopter un comportement de repli, de révolte exprimée de manière disproportionnée, de lui faire commettre une faute ou de la rejeter en la déstabilisant jusqu'à obtenir qu'elle « craque » et éventuellement démissionne¹⁹⁹. Il s'agit d'une forme de harcèlement sexuel entrant dans la catégorie « climat de travail hostile ». Cette notion, reprise par Ducret²⁰⁰ et Kaufmann²⁰¹, est tirée de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis, qui a reconnu dans le premier cas de harcèlement sexuel qu'elle a eu à juger une forme de harcèlement considérée sous un angle élargi. La haute Cour a ainsi considéré que les relations de travail, empoisonnées par des plaisanteries scabreuses, des remarques obscènes et sexistes, des comportements à caractère sexuel imposés consistaient une forme de harcèlement sexuel particulière²⁰².

Plusieurs auteurs ont toutefois relevé qu'une situation de harcèlement sexuel pouvait dégénérer en mobbing²⁰³. Lorsqu'une victime refuse des avances, signifie sa réprobation ou qu'elle dénonce un comportement non désiré à caractère sexuel, l'auteur ou les auteurs, vexés, peuvent désirer se venger en lui rendant la vie impossible²⁰⁴. Les relations de travail sont donc propices à la mise en place d'un harcèlement moral qui vise à discréditer la victime en changeant de terrain pour perpétrer les agressions. On peut alors s'en prendre à ses capacités professionnelles en utilisant les mêmes prétextes que lors d'un mobbing « habituel ».

Si le harcèlement sexuel a été perpétré par un supérieur hiérarchique, celui-ci peut mettre à profit la fragilisation que les agressions à caractère sexuel auront provoquée chez la victime. Il peut ainsi mettre plus facilement en évidence la moindre faute de manière disproportionnée. Il peut aussi accabler de travail sa victime ou lui donner des tâches humiliantes à faire en prenant comme prétexte ses insuffisances nouvellement révélées. Il sera d'autant plus fondé à critiquer et à se plaindre des services

¹⁹⁸ HIRIGOYEN, 1998, p. 84.

¹⁹⁹ DUCRET *et al.*, 2001, p. 27.

²⁰⁰ *Id.*, p. 22.

²⁰¹ KAUFMANN, in : BIGLER-EGGENBERGER, *et al.*, 2000, p. 108.

²⁰² Meritor Savings Bank c. Vinson, 477 U.S. 57 (1986), cité par KAUFMANN, in : BIGLER-EGGENBERGER, *et al.*, 2000, p. 108.

²⁰³ WENNUBST, 1999, pp. 183 *ss.*

²⁰⁴ DUCRET *et al.*, 2001, pp. 38 *ss.*

de sa subordonnée, qu'elle aura été déstabilisée par le harcèlement sexuel et commencera à perdre confiance en elle, à être moins concentrée sur ses tâches, à refuser de communiquer. Le mobbing est alors particulièrement efficace et peut aboutir à un licenciement qui n'aura souvent pas de suites judiciaires, ou à une démission de la victime ou encore à une dépression grave qui peut perdurer et se transformer en invalidité.

Lorsque le harcèlement sexuel de type « climat de travail hostile » a été perpétré par un collègue de travail et dénoncé, les attaques qui suivent sont en règle générale encore plus féroces que lors d'une situation de harcèlement moral mise en place sans connotation sexuelle au départ. L'agresseur -et c'est encore pire lorsqu'ils sont plusieurs- risque de se comporter avec un sadisme particulier. Dans ce cas, le harcèlement moral aura pour **carburant la haine**. Le harcèlement est « motivé » dès lors par le **désir de vengeance**. Les agressions seront dorénavant beaucoup plus violentes et ouvertement déstabilisantes. L'agresseur n'a plus rien à perdre. Ducret avait remarqué²⁰⁵ que les victimes ne sont pas en mesure de faire le lien entre les deux phénomènes. La victime qui ne comprend pas ce qui, de nouveau, lui arrive, en ressent un désarroi encore plus profond. Il arrive aussi que les victimes refusent timidement ou de manière plus affirmée le harcèlement sexuel, mais ne le dénoncent pas à la hiérarchie car elles craignent que leur soit reproché un comportement qui aurait provoqué le harcèlement sexuel²⁰⁶. En outre, la question se pose de savoir à qui dénoncer les faits. Si l'auteur est un supérieur hiérarchique investi d'un certain pouvoir dans l'entreprise, la victime se retrouve dans une impasse. Il est indispensable que des instances indépendantes puissent avoir des prérogatives leur permettant d'enquêter et de proposer des sanctions à l'employeur. Si l'employeur est le harceleur direct, il faut que ces instances telles que l'Inspection du travail, en Suisse par exemple, aient un tel pouvoir d'investigation sur les faits qui font l'objet de la plainte de la victime.

En ce qui concerne le mobbing, la victime ressent moins ce sentiment de honte et elle a moins de réticences à le dénoncer. Il faut donc avoir à l'esprit que la naissance d'un mobbing peut parfois dériver d'un harcèlement sexuel ou encore peut occulter un comportement de ce type non dénoncé et, par voie de conséquence, non sanctionné.

Remarquons qu'une personne peut être à la fois victime de harcèlement psychologique et de harcèlement sexuel ou « à caractère sexuel » de manière conjointe et cumulée. Ce type de situation se développe souvent dans le cas d'un mobbing collectif, où un groupe s'acharne sur une même victime, chacun ayant un rôle précis qui lui est dévolu, dans une entente improvisée dans la plupart des cas, mais possédant des règles tacites et la mise en place d'un « tournus » d'une efficacité redoutable. Dans ce cas, les femmes, prédatrices opérant en groupe, sont aussi redoutables que les hommes.

La pratique m'a appris que ces personnes ne sont pas, juste très « douées » pour ces manigances. Elles ne s'improvisent pas « mobbeuses » de talent du jour au lendemain. Elles ont généralement une grande expérience et un certain « métier » dans le

²⁰⁵ DUCRET *et al.*, 2001, p. 28.

²⁰⁶ *Id.*, p. 28.

domaine. Ces personnes sont souvent encouragées par la passivité de la hiérarchie, qui tolère lâchement ce type de comportement.

1. Auteurs et victimes de harcèlement psychologique et sexuel : hommes ou femmes ?

Les remarques qui précèdent conduisent à se demander quelle serait la prévalence d'hommes ou de femmes en matière de comportement de harcèlement, psychologique ou sexuel.

Les résultats de plusieurs études rapportées par Hirigoyen²⁰⁷ attestent que, d'une manière générale, les femmes sont plus souvent harcelées sexuellement que les hommes. La psychiatre signale que l'un des biais à ce type d'étude est lié au fait que les femmes expriment plus facilement leur ressenti que les hommes. Elle précise toutefois que si les femmes sont davantage victimes que les hommes, elles sont harcelées différemment, et que sont plus souvent présentes à leur encontre les connotations machistes ou sexistes.

Ces observations sont corroborées par l'enquête menée par le Secrétariat d'Etat à l'Economie (ci-après : SECO)²⁰⁸ montre que les femmes (8,4%) s'estiment plus souvent que les hommes (7,1%), victimes de mobbing, mais avec une faible différence. Si l'on prend comme hypothèse que les femmes sont peut-être moins inhibées que les hommes dans le fait d'admettre leur situation de victime, la différence de proportion entre les femmes et les hommes mobbées semblent vraiment très peu importante.

Nous avons vu que le harcèlement sexuel, quand il se traduit par l'expression d'une volonté d'appropriation du désir et du corps de l'autre, est souvent le fait des hommes à l'égard des femmes. Leymann s'est démarqué des méthodes des études féministes de son époque, qui, en privilégiant les questionnaires à destination des femmes, orientaient selon lui les questions et biaisaient les résultats en donnant une vision fautive de la réalité sociale du harcèlement sexuel dans son ensemble. Il a donc interrogé de nombreux hommes à ce propos en posant des questions fermées sur des agissements précisément décrits et en évitant de demander de manière générale : « Vous sentez-vous harcelé? » Il a eu la surprise de constater, en faisant intervenir une plus grande variété de critères, que les hommes étaient exposés au harcèlement sexuel dans une proportion équivalente à celle des femmes²⁰⁹. Ce résultat est assez surprenant. Mais il est la conséquence de la méthode utilisée. En effet, tout dépend du type de harcèlement sexuel que l'on cherche à mettre en évidence. Une étude menée dans le Canton de Vaud, a également montré qu'au sein de

²⁰⁷ HIRIGOYEN, 2001, pp. 120 *ss.*

²⁰⁸ KIENER, Alain (2003), *Mobbing et autres tensions psychosociales sur le lieu de travail en Suisse /Rapport Secteur Travail et santé/* Centre de prestations Conditions de travail.- Berne, Publications du Secrétariat d'Etat à l'Economie (SECO), Conditions de travail n°3/ 3003/ mai 2003 p. 75.

²⁰⁹ LEYMAN, 1996, p. 113.

l'Administration vaudoise, 18% des femmes et même 11% des hommes déclaraient avoir subi des agressions à caractère sexuel²¹⁰.

En 1993, dans l'étude menée pour le Bureau fédéral de l'égalité entre les femmes et les hommes (ci-après : BFEFH), Ducret *et al.*²¹¹ étudient le phénomène en considérant que le harcèlement sexuel est une manifestation de pouvoir entre les sexes, et particulièrement des hommes sur les femmes. Sans nier que les hommes puissent être victimes de harcèlement sexuel, les auteures de la recherche considèrent qu'en ce qui concerne ces derniers, il s'agit plutôt d'un problème privé et qu'il est moins présent dans le cadre professionnel. Les études sus-mentionnées tendent à démontrer le contraire.

Selon le Bureau international du travail (ci-après BIT), les femmes sont les plus exposées au harcèlement sexuel, surtout si elles ont moins de 25 ans et qu'elles ont un statut précaire²¹².

S'il est facile d'affirmer sans étude statistique à grande échelle, que ce type de comportement est plus souvent masculin que féminin, il existe des formes de harcèlement sexuel ou à caractère sexuel, qui peuvent être aussi bien le fait de femmes que d'hommes. J'ai remarqué que, dans ces cas-là, les femmes peuvent être aussi grossières, féroces et malveillantes que les hommes, et même parfois, redoubler de méchanceté dans une surenchère visant à compenser d'autres frustrations personnelles et/ou professionnelles.

De même, pour les agressions d'autres types, comme le déclenchement ou l'orchestration de rumeurs, j'ai rencontré de nombreux cas qui montrent que ce comportement n'est pas exclusivement masculin non plus. Tout en admettant qu'il est sans doute moins fréquent chez les femmes par rapport à l'ensemble de la population au travail, je ne partage pas le point de vue de Ducret selon lequel la victimisation des hommes du point de vue du harcèlement sexuel est plutôt un problème privé. En effet, dans le cadre des relations de travail, le harcèlement sexuel visant à obtenir des faveurs sexuelles est moins fréquent de la part des femmes à l'encontre des hommes que l'inverse. Ceci s'explique facilement par le jeu de pouvoir dans l'entreprise qui reste l'apanage des hommes.

Nombreux sont les hommes qui doivent subir, dans un environnement « mâle », les multiples plaisanteries machistes ou grossières. Il existe aussi, ainsi que nous en avons cité des exemples, des femmes qui « choisissent » ce mode de harcèlement et d'humiliation à l'égard de collègues, hommes ou femmes.

En ce qui concerne le mobbing en général, Leymann avait mis en évidence une incidence de l'appartenance à un sexe ou à l'autre sur le choix des agissements²¹³. Selon lui, les hommes donnent la préférence à des traitements « passifs » et expri-

²¹⁰ BRIANT et GOLAY (1999), *Conditions de travail et égalité entre les sexes dans l'administration cantonale vaudoise, rapport d'enquête*, Lausanne, Service cantonal de recherche et d'informations statistiques (SCRIS), Bureau de l'égalité entre les femmes et les hommes, 123 p., p. 107.

²¹¹ DUCRET *et al.*, 1993, p. 7, 28.

²¹² Cité par HIRIGOYEN, 2001, p. 40.

²¹³ LEYMANN, 1996, pp. 110-112.

ment moins fréquemment leur hostilité. Ils préfèrent par exemple, affecter sans cesse de nouvelles tâches à la victime, faire pression sur elle en la menaçant verbalement ou ne plus lui adresser la parole, ou encore, l'interrompre sans cesse, lui donner un poste de travail où elle se retrouvera complètement isolée et la contraindre à des tâches humiliantes plutôt que de l'agresser directement.

Quant aux femmes, elles choisissent ce que Leymann appelle des comportements « actifs », propres à déconsidérer la cible, tels que le fait de tenir sur la victime des propos désobligeants ou malveillants à l'insu de celle-ci en propageant des rumeurs, en procédant de préférence par allusions. La ridiculiser en public et se moquer de son apparence physique ou d'une infirmité, ou exercer des pressions en critiquant constamment son travail constituent également un *modus operandi* propre prioritairement aux femmes. Pour couronner ces attaques, ce travail de sape, la victime est privée de toute possibilité de se défendre et de s'exprimer. On lui coupe sèchement la parole, on rit d'elle lorsqu'elle essaie de se justifier.

J'ai remarqué que des tendances telles que celles décrites ci-dessus par Leymann s'appliquaient aussi pour le harcèlement que nous avons appelé « à caractère sexuel ». En particulier, les remarques sur la vie privée, les moqueries sur l'appartenance sexuelle, ou les remarques sur les supposés défauts physiques, la façon de se vêtir, ou encore les appréciations à connotation discriminatoire, tout comme l'orchestration de rumeurs sur la vie privée sont le fait des femmes, largement autant, voir plus, que celui des hommes.

De même les hommes sont plus souvent victimes de harcèlement sexuel ou « à caractère sexuel », s'ils sont homosexuels (présumés ou avérés), car ils ne cadrent pas avec le modèle dominant représenté par les « vrais » hommes, hétérosexuels par définition²¹⁴. Dans ce cas, ils peuvent être la cible de quolibets, de plaisanteries sexistes et machistes, autant de la part des hommes que des femmes.

Quand les femmes sont auteures de ce type de comportement, elles ne s'attaquent pas à des personnes bien armées, capables de se défendre. Quand leurs victimes sont des femmes, celles-ci se caractérisent à un moment donné de leur vie dans l'entreprise par une certaine faiblesse. Il s'agit par exemple d'une personne qui cumule certains « points faibles » : une personne jeune, étrangère, de nature peu vindicative, nouvellement arrivée dans le service et qui cherche à se faire accepter, à s'intégrer ; si de surcroît la personne en question est très compétente, travailleuse et honnête, la jalousie et la haine face à une personne atypique²¹⁵, trouvent un terreau plus favorable encore pour se développer. De même, une personne seule, divorcée, d'un certain âge, avec enfants à charge, de niveau socio-professionnel faible, sera une cible privilégiée.

Si elles s'attaquent à un homme, il s'agit à coup sûr de quelqu'un de doux et fragile, ayant peu le sens de la répartie et souvent dans une faible position hiérarchique. Citons le cas d'un groupe de femmes qui s'attaquaient de manière systématique à des hommes doux et gentils. L'un homosexuel, a été longtemps la cible de leurs quolibets (par la féminisation de son prénom, notamment), de fous-rires dès qu'il

²¹⁴ DUCRET *et al.*, 2001, p. 30.

²¹⁵ Voir à ce propos HIRIGOYEN, 2001, p. 271.

passait dans le couloir, de mimes, de déhanchements lascifs en lui emboîtant le pas. Un autre, timide dont elles se plaisaient à dire, lorsqu'il a organisé une petite « ver-rée » dans le service pour la naissance de son enfant : « Empoté comme il est, on se demande comment il s'est débrouillé pour faire un gosse à sa femme ! ».

En ce qui concerne le mobbing, Leymann précise que les femmes sont agressées le plus souvent tous les jours par des femmes et les hommes, le plus souvent une fois par semaine par des hommes. Il en tire la conclusion suivante en généralisant le comportement suivant le sexe : les hommes ne sont pas seulement agressés « à la manière des hommes », ils agressent aussi de cette manière, tandis que les femmes sont agressées « à la manière des femmes » et elles agressent de même²¹⁶. J'ai constaté que le harcèlement sexuel ou le harcèlement « à caractère sexuel » était perpétré selon les mêmes procédés et caractéristiques que ceux décrits par Leymann pour le mobbing.

2. Conséquences du harcèlement sexuel dans les relations de travail

Le harcèlement sexuel étant une forme particulière de harcèlement psychologique, les conséquences sur la santé des victimes sont, de manière générale, semblables. Toutefois, le harcèlement sexuel, atteinte qualifiée de « subjective » dans une plus grande mesure que le mobbing, les conséquences sont d'autant plus variables. Quoiqu'il en soit, le harcèlement sexuel ébranle la vie sociale et familiale, ainsi que la santé, met l'emploi en péril et conduit à une précarisation des personnes concernées. Le harcèlement sexuel peut avoir des conséquences professionnelles directes : lorsqu'une personne est soumise à un stress important, elle est déstabilisée et, fragilisée, perd confiance en ses propres moyens, et risque ainsi de commettre des erreurs professionnelles qui lui seront reprochées. Les victimes sont souvent démotivées, et ne parviennent plus à s'investir comme auparavant dans leur travail. Elles pourront, dans certains cas, être l'objet d'une mutation, d'une rétrogradation ou d'un licenciement. Dans ces conditions, il est particulièrement difficile pour ces personnes de se défendre et en particulier d'apporter la preuve que la cause initiale et principale de la rupture du contrat de travail est, en fait, le harcèlement sexuel²¹⁷.

Les conséquences pour l'entreprise sont aussi graves que dans les cas de harcèlement psychologique. Les entreprises ont à souffrir directement ou indirectement de rotation inutile et « parasite » du personnel, de l'absentéisme, de la démotivation au travail et de la baisse de productivité, des charges supplémentaires, d'indemnités de chômage. Au surplus, quand les faits sont connus de la justice et du public -et sans doute dans une plus grande mesure que dans les cas de harcèlement psychologique- il s'ensuit une altération de l'image de marque de l'entreprise car le harcèlement sexuel comporte un parfum de scandale²¹⁸. Lorsque l'entreprise en question est une

²¹⁶ LEYMANN, 1996, p. 112.

²¹⁷ DUCRET *et al.*, 2001, p. 38.

²¹⁸ *Id.*, p. 42.

administration, les répercussions se font sentir sur l'ensemble des administrés qui perdent confiance dans l'Etat et ils doivent par le biais de leurs impôts subir les diverses conséquences financières desdits manquements.

Chapitre IV. L'approche du mobbing et du harcèlement sexuel par le monde du travail et les ressources humaines

I. Le mobbing

Il est évident que le harcèlement n'a pas été « découvert » par Leymann ni par les auteurs précités qui se sont intéressés à la question. Cependant, Leymann est le premier à avoir identifié et nommé ce phénomène et à en avoir fait un objet d'étude théorique. La connaissance et la compréhension des mécanismes complexes, ont permis des applications pratiques tant en matière de psycho-sociologie du travail que de droit du travail. Compte tenu des ravages constatés par les professionnels de la santé physique et psychique, il est intéressant d'étudier comment les spécialistes des ressources humaines ont pris en compte ce phénomène dans l'organisation du travail et des relations au sein de l'entreprise.

Le phénomène du harcèlement sur le lieu de travail, qu'il soit psychologique ou sexuel, a vraisemblablement toujours existé et existait déjà sous toutes ses facettes et sa complexité lorsque Leymann a identifié le problème, l'a décrit et l'a nommé. Les effets du harcèlement se faisaient sentir dans les entreprises qui étaient contraintes de réagir et de prendre en compte ce problème de manière partielle ou ponctuelle. Il convenait de pallier les inconvénients engendrés par le mobbing et le harcèlement sexuel tel que, par exemple, l'absentéisme dû aux états dépressifs et aux arrêts de travail, ou encore la baisse de la productivité. Dans une administration, la productivité (pour certains secteurs) est plus difficile à évaluer ; pour certaines entités, leur efficacité, leur efficience et les critères d'évaluation mis en œuvre sont plus difficilement identifiables que dans l'entreprise privée où il est plus facile de mesurer un chiffre d'affaires, un profit. L'administration, si elle est censée désormais, faire des économies, n'a pas en principe pour objectif de faire du profit dans le cadre d'une politique de « New Public Management ».

Des remèdes ont été tentés au cas par cas, mais l'identification de l'origine du mal, et partant, des mesures de prévention à grande échelle n'étaient encore pas réalisables, faute d'exemples de phénomène observé, décrit et compris. C'est aujourd'hui plus aisé en raison de la connaissance détaillée que nous avons du harcèlement, en tant que phénomène social et psychologique, ainsi que grâce aux premiers travaux juridiques réalisés sur ce sujet.

Les ouvrages consacrés à la gestion des ressources humaines et au management ont, pendant longtemps, uniquement concerné les entreprises privées. Il est vrai que, jusqu'à ces dernières années, les administrations avaient un mode de gestion du personnel qui leur était propre. Ce n'est que tout récemment que les administrations ont commencé à emprunter les méthodes de management utilisées jusqu'à présent dans les entreprises privées.

Ces publications ne comportent pas toujours un chapitre ou un paragraphe relatif à la question du harcèlement sur le lieu de travail²¹⁹. La mention du harcèlement en tant qu'objet de préoccupation, reconnu comme tel, est en fait relativement nouvelle^{220,221}. Le traitement de ce comportement est, en général, très insuffisant^{222, 223, 224}.

Le terme de violence « psychologique » ou « morale » est employé aussi comme synonyme de « mobbing » par les gestionnaires de ressources humaines qui traitent de cette question dans les chapitres consacrés plus généralement aux conditions de travail ou aux conflits employeurs/salariés. Le harcèlement moral est clairement différencié du phénomène de la violence physique, plus facile à cerner. Sekiou²²⁵ définit le harcèlement moral comme :

« Toute conduite qui se manifeste par des comportements, des actes, des gestes, des écrits unilatéraux qui portent atteinte à la personnalité, à la dignité ou à l'intégrité psychique d'un individu, et qui contribuent à mettre en cause son emploi ou à détériorer le climat de travail. »

S'il est indiqué que le harcèlement moral « fait de plus en plus de ravages »²²⁶, la définition susmentionnée ne fait état -outre les atteintes à la personnalité- que de dommages ou d'atteintes au psychisme de l'individu. Les conséquences d'ordre physique et psychologique ne sont pas mentionnées. Il est intéressant de noter que ce

²¹⁹ EMERY Yves, GONIN François (2006), *Dynamiser la gestion des ressources humaines*, Lausanne, Presses Polytechniques Universitaires Romandes (collection « Management »), 328 p.

²²⁰ BRIERE Jean-Yves, DRAPEAU Murielle, MAILHOT Richard (2003), *Questions et réponses en gestion des ressources humaines*, Québec, Publications CCH (collection « GRH »), 370 p.

²²¹ BARMAYER Christophe, BOUZAT Xavier, HOUNOUNOU Albéric, et al. (2003), *50 fiches pour comprendre la gestion stratégique des ressources humaines*, Paris, Editions Bréal, 189 p.

²²² MARSAN Christine (2005), *Gérer les conflits de personnes, de management, d'organisation*, Paris, Dunod (collection « Fonction de l'entreprise»), 232 p.

²²³ DE COSTER Michel, avec la collaboration de CORNET Annie et DELHAYE Christine (1999), *Sociologie du travail et gestion des ressources humaines*, 3^{ème} édition, Bruxelles, De Boek Université, 342 p. voir la seule allusion au harcèlement, p. 109 : « ...qu'il faut encore soigneusement distinguer d'autres actes délictueux qui entachent la vie organisationnelle comme le harcèlement sexuel, par exemple. ».

²²⁴ EMERY Yves (2003), *Renouveler la gestion des ressources humaines, une approche axée sur la valeur ajoutée pour les organismes publics et les entreprises privées*, Lausanne, Presses Polytechniques Universitaires Romandes (collection « Diriger l'entreprise»), 247 p. Voir la seule allusion au harcèlement p. 106 « *Processus transversaux, appelés ainsi car ils peuvent avoir une influence sur l'ensemble des processus précédents. A titre d'exemple citons : Egalité hommes/femmes, santé au travail, sécurité, pratiques ergonomiques, prévention du harcèlement psychologique (mobbing) et sexuel* ».

²²⁵ SEKIOU Lakdhar, BLONDIN Louise, FABI Bruno et al. (2001), *Gestion des Ressources humaines / 2^{ème} édition*, Bruxelles, Editions DE BOECK Université (collection « Diriger l'entreprise»), 814 p., p. 754.

²²⁶ *Id.*, p. 754.

comportement est classé sous un titre consacré aux « comportements fautifs fréquents ». L'auteur d'actes de harcèlement commet donc, selon cette appréhension du problème, une « faute professionnelle »²²⁷.

Dans son Dictionnaire des ressources humaines, Peretti utilise les termes de « mobbing » et de « harcèlement » comme synonymes. Pour lui, cette notion qualifie :

*« Les agissements hostiles, répétés sur une longue durée, commis par une ou plusieurs personnes sur le lieu de travail à l'égard d'un salarié. Se dit d'une conduite abusive se manifestant par des comportements, des paroles, des gestes, des écrits unilatéraux, de nature à porter atteinte à la personnalité, à la dignité ou à l'intégrité physique d'une personne, à mettre son emploi en péril ou à dégrader le climat de travail (en français : « harcèlement moral »). »*²²⁸

On voit que dans cette définition, la violence morale est reconnue comme responsable d'atteintes, non seulement à l'intégrité psychique, mais aussi à l'intégrité physique. L'ensemble des conséquences du mobbing sur la santé des personnes est pris en compte dans toute son étendue.

Notons d'autres éléments intéressants présents dans cette définition : sans que nous sachions s'il fait référence à un comportement contraire à la *morale*, l'auteur emploie le terme de harcèlement « moral », plutôt que celui de « psychologique ». Il reprend l'expression proposée par Hirigoyen, sans toutefois s'y référer directement. De plus, les actes portant atteinte à la personnalité d'autrui sont qualifiés d'« unilatéraux ». Ce terme différencie donc le mobbing d'autres conflits et ne confère pas un caractère fortuit et inéluctable à ces atteintes. Il s'agit d'un comportement **fautif** et il ne s'agit pas de banales conséquences de conflits inhérents aux relations de travail. Cette définition met l'accent sur les agressions, ainsi que sur le caractère intolérable du mobbing dans l'entreprise. En outre, la notion de « longue durée », selon la définition de Leymann²²⁹ y est reprise.

Harcèlement moral, harcèlement professionnel, harcèlement psychologique... plusieurs points sont communs à ces différentes définitions : l'aspect unilatéral d'un comportement abusif, qui se manifeste sous des formes diverses. Il est reconnu également que ce comportement porte atteinte non seulement à la santé psychique de la victime mais aussi à sa santé physique. Ce comportement peut avoir également, par voie de conséquence, des répercussions sur l'organisation elle-même. Dans ce cas, il est considéré comme directement responsable de la détérioration des rapports de travail sous la forme de :

²²⁷ SEKIOU, 2001, p. 754.

²²⁸ PERETTI Jean Marie (2005), *Dictionnaire des ressources humaines*, 4^{ème} édition, Paris, Vuibert, 277 p., pp. 159 ss.

²²⁹ LEYMANN, 1996, p. 27.

« *Morosité, formation de clans, accroissement des risques (accidents, erreurs), baisse de productivité, coûts supplémentaires, climat de travail malsain, etc.* »²³⁰

Ainsi que le dit Debout²³¹, il est donc bien compréhensible que ce comportement soit considéré comme fautif par l'entreprise et que des sanctions puissent s'ensuivre.

Selon Dejourns²³², il s'agit d'un problème global, qui ne met plus seulement en scène des agresseurs et des victimes. Le phénomène du mobbing induit une remise en cause des philosophies ou des options de management au sein d'une entreprise. Les nouvelles formes d'organisation du travail engendrent la peur et suscitent la formation de stratégies de défense particulières. Celles-ci se traduisent par des conduites déloyales vis-à-vis des collègues, d'attitudes égoïstes relevant du « chacun pour soi », etc. « Ces nouvelles stratégies entrent en contradiction avec les anciennes, en particulier avec les stratégies collectives de défense qui reposaient sur une forte cohésion du travail. »

Di Martino, qui travaille de manière plus générale sur la violence au travail, voit dans ces manifestations « un nouveau phénomène de société »²³³. Il pense que la violence au travail est en grande partie la résultante des conditions du travail moderne, qui poussent les individus à la compétition extrême et à une rivalité de chaque instant. Il considère à juste titre que pour affronter la violence, il est important de l'envisager sous tous ces aspects. Sans nier les facteurs d'ordre personnel, il met l'accent sur les mesures à prendre au niveau organisationnel, quant au recrutement, à la formation, à l'information, à la communication, à la conception à l'aménagement du lieu de travail, à l'organisation du travail dans la conception des postes, etc.²³⁴

Cependant, à travers son regard de spécialiste du psychisme et de ses pathologies, Hirigoyen, a consacré un chapitre de son livre au secteur associatif²³⁵. Elle souligne la fréquence importante du harcèlement dans les associations, surtout si elles sont caritatives. C'est un domaine à la frontière entre le monde de l'entreprise et celui des relations sociales « ordinaires ». Ce phénomène tendrait à démontrer, selon elle, et contrairement à certaines analyses -notamment celle de Di Martino- que la naissance du harcèlement n'est pas essentiellement liée aux critères économiques, au besoin de rentabilité, et à la concurrence du marché, mais beaucoup plus à la propension et à la volonté de certains individus à dominer autrui. Les causes du mobbing relèveraient donc largement aussi, selon le médecin psychiatre, autant de la sociologie du travail que de la psychologie individuelle et collective. Hirigoyen²³⁶ relève encore qu'en dépit des idées reçues, ce n'est qu'exceptionnellement que l'on rencontre des pervers narcissiques dans le monde du travail. D'une façon générale, les harceleurs ne sont que les victimes d'un système qui les entraînerait à maltraiter les autres. En

²³⁰ PERETTI, 2005, pp. 159 ss.

²³¹ SEKIOU, BLONDIN, 2001, p. 754.

²³² DEJOURS, 2000, p. 18.

²³³ DI MARTINO, CHAPPELL, 2000, pp. 6 ss.

²³⁴ *Id.*, pp. 118-124.

²³⁵ HIRIGOYEN, 2001, pp. 185-188.

²³⁶ *Id.*, p. 305.

quelque sorte, s'ils maltraitent, c'est qu'ils sont maltraités par le système. Toutefois, il convient de souligner qu'il ne peut s'agir d'une excuse : un comportement illicite et maltraitant n'en justifie pas un autre. Un autre trait caractéristique du fonctionnement des fondations et organisations à but non lucratif est que, même alors que les rapports de travail sont plus tendus sur le plan économique que dans une entreprise à but lucratif ou même une administration, l'employeur et ses représentants ont toujours tendance à en demander plus, en raison de la « cause » qu'il faut servir. L'urgence de cette cause suprême parfois prend le pas sur des questions de communication humaine qui peuvent générer des situations difficiles ou dramatiques et nuire aux buts mêmes et à la réputation de l'organisation. Plus l'organisation est restreinte sur le plan humain et plus elle est ancienne, plus la culture de l'organisation est implicite, plus elle doit être « évidente » et plus les non-dits sont importants et génèrent des malentendus. Les personnes, prises par le tourbillon de leur mission ne sont souvent pas à même de communiquer de façon simple et directe pour lever des malentendus ou clarifier des situations. C'est ainsi que le dénigrement hors la présence d'une personne s'installe et que peut commencer le harcèlement sous forme de mise à l'écart qui peut prendre différentes formes.

Quelles que soient les circonstances qui ont permis à une situation de harcèlement plus ou moins développé de s'installer, le rôle de la hiérarchie et des directions de ressources humaines est primordial pour identifier le problème ainsi que le fait de prendre mesures en amont pour distinguer les signes avant-coureurs de situation de crise, tout comme dans l'évaluation des risques pouvant déboucher sur des situations de mobbing. Leur rôle est capital en amont pour poser les règles d'une communication éthique, franche et respectueuse, qui contribuera à éviter les comportements abusifs. Il est trop souvent négligé dans le monde du travail en général et des ONG en particulier de rappeler des règles indispensables et minimales de communication loyale entre les différents partenaires de l'institution.

Le phénomène de harcèlement peut être caractéristique de certains individus pervers qui démontrent une propension à des agissements ouvertement hostiles. Mais le mobbing est avant tout le fruit d'une maladie de la communication entre les personnes dans les rapports de travail. C'est le cadre et l'organisation de ces rapports de travail qui fait naître, permet, freine ou empêche le développement de cette pathologie sociale. Les insuffisances dans la prévention, l'organisation et la gestion des rapports de travail des supérieurs hiérarchiques ou leur indifférence aux signes avant-coureurs contribuent à alimenter un terreau favorable à l'éclosion du mobbing.

II. Le harcèlement sexuel

Dans le Dictionnaire des Ressources humaines cité ci-dessus, le harcèlement sexuel fait l'objet de la définition suivante en droit français :

« Abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail, sanctionné par la Loi du 2 novembre 1992 qui précise qu' « aucun salarié ne peut être sanctionné ni licencié pour avoir subi ou refusé de subir des agissements de harcèlement d'un employeur, de son représentant ou de toute personne qui, abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, a donné des ordres,

proféré des menaces, imposé des contraintes ou exercé des pressions de toute nature sur ce salarié dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers. »²³⁷

Cette définition reprend intégralement le texte de la loi française de 1992, sans faire état des réflexions en cours qui aboutiront à la Loi de modernisation sociale, et dont les articles concernant le harcèlement sexuel seront insérés dans le Code du travail et dans le Code pénal français. Elle ne donne aucune définition précise de ce comportement. De plus, les actes décrits ne concernent que l'une des multiples facettes du harcèlement sexuel déjà évoqué 15 ans auparavant par Leymann, dont les auteurs ignorent les travaux.

Par ailleurs, cette définition est trop restrictive dans la mesure où elle exclut les collègues de travail ou les personnes ayant un rang hiérarchique distinct de la personne harcelée. Or, nous avons vu que ce cas de figure n'est pas exclu des mécanismes de harcèlement sexuel. Il aurait été utile de le mentionner. Si le texte de loi est, par certains côtés, incomplet et non respectueux de la réalité du travail, le législateur l'a rédigé ainsi et les juges ne peuvent en principe pas s'en écarter.

En revanche, un dictionnaire des ressources humaines, qui s'adresse à des professionnels qui ne sont pas forcément juristes et ont besoin d'être guidés dans leur réflexion, se doit d'être rigoureux, cohérent et même pédagogique, dans les informations qu'il donne. Cet ouvrage n'est pas un dictionnaire juridique qui fait état du droit positif ou de l'histoire d'une notion. Il aurait été possible de reproduire le texte de loi, tout en explicitant le contenu spécifique concernant le monde du travail.

Il semble que les gestionnaires de ressources humaines aient déjà réfléchi au problème et à ses conséquences au sein de l'entreprise. Malgré tout, ce dictionnaire (des « ressources humaines »), dans sa 2^{ème} édition -pourtant- et publié la même année que l'ouvrage de Sekiou *et al.*²³⁸, ne mentionne même pas qu'il s'agit d'un comportement fautif au sein de l'entreprise. Même si un dictionnaire ne peut pas « tout » dire, ce dernier élément est primordial dans la définition dudit comportement. L'auteur se contente de faire état des dispositions légales françaises en indiquant qu'une protection existe -somme toute assez limitée- après que les actes de harcèlement sexuel ont été commis. Cette protection ne s'étend pas à la prévention et -ce qui est un comble- est prévue à l'égard du salarié victime (au masculin exclusif !). Malgré l'avertissement²³⁹ donné au début de cet ouvrage sur les méfaits d'une terminologie épiciène rigoriste et hasardeuse, il semble que dans ce cas précis, on ne peut se satisfaire d'un « genre grammatical » exclusivement masculin, puisque l'on sait que les menaces ou chantages exercés pour obtenir des faveurs de nature sexuelle, sont le plus souvent exercés par des hommes à l'encontre des femmes.

Sur le plan de l'actualisation juridique comme sur celui de la réflexion théorique, cette définition est incomplète. Ce fait nous paraît suffisamment curieux pour être souligné. En effet, si un dictionnaire de ressources humaines ne prend pas la peine

²³⁷ PERETTI, 2005, p. 131.

²³⁸ SEKIOU, BLONDIN, 2001, *passim*.

²³⁹ Voir *supra*, « Avertissement ».

de définir avec plus de précision ce phénomène, cela montre clairement que le problème et ses conséquences ne sont pas encore pris vraiment au sérieux par l'ensemble des acteurs de l'entreprise et de ses services de ressources humaines.

Il est dommage qu'une définition plus adaptée, tant sur le plan théorique que du point de vue de la gestion pratique de l'entreprise ne figure pas dans un ouvrage de cette importance. A la différence de la définition du *mobbing*, aucun effort de réflexion n'a été mené quant à la caractérisation du harcèlement de nature sexuelle. L'entrée de ce dictionnaire consacrée au harcèlement sexuel n'apporte donc rien, ni aux chercheurs, ni aux praticiens des ressources humaines, ni aux juristes qui ont besoin rapidement, lors d'une consultation d'ordre lexical, d'une approche à la fois exhaustive et synthétique du phénomène.

Heureusement, d'autres textes, pourtant antérieurs, prennent beaucoup mieux en compte l'évolution de la législation dans le domaine. Ainsi, l'ouvrage de Sekiou *et al.*²⁴⁰ propose une réflexion plus détaillée qui précise :

« Cela signifie que le harcèlement visera à plus ou moins brève échéance tout comportement à connotation sexuelle qui affectera la dignité de la femme et de l'homme au travail, qu'il soit le fait de supérieurs hiérarchiques ou de collègues de travail. »

Les auteurs précisent d'emblée que le harcèlement sexuel s'exerce surtout à l'égard des femmes et se produit dans l'environnement immédiat des salarié-e-s. Ils mettent l'accent sur ses multiples conséquences néfastes, à l'égard des femmes tout particulièrement. Ils dénoncent le fait que le harcèlement sexuel compromet le droit des femmes à l'égalité dans l'emploi, leur droit à des conditions de travail justes et raisonnables et leur droit à la dignité. Ils soulignent que, dans plusieurs pays, on commence à porter des causes devant les tribunaux sur le sujet et à considérer que la responsabilité de l'employeur face au harcèlement doit être engagée.

Quelques exemples cités ci-après montrent que les principales organisations internationales actives en matière de santé au travail ont consacré certains de leurs travaux (en termes de recherche ou de colloques) à la question du harcèlement.

L'organisation internationale du travail (ci-après : OIT), organisme rattaché à l'ONU et chargé des questions générales liées au travail dans le monde, qui a son siège à Genève, vise à harmoniser les concepts et définitions relatives au travail et à l'emploi, en particulier celles qui concernent la population active occupée et les chômeurs. Di Martino et Chappell la caractérisent ainsi : « créée en 1919 pour faire progresser la cause de la justice sociale et contribuer ainsi à une paix universelle durable. »²⁴¹ Une enquête réalisée en 1996 par Le Bureau international du travail (BIT) qui est à la fois le secrétariat, le centre de recherche et la maison d'édition de l'OIT, comparant la violence dans les pays de l'UE, émet l'avis suivant :

« La notion de violence au travail est en train d'évoluer, en ce sens que l'on accorde désormais autant d'importance au comportement psychologique

²⁴⁰ SEKIOU, BLONDIN, 2001, p. 628.

²⁴¹ DI MARTINO, CHAPPELL, 2000, page de garde.

*qu'au comportement physique et que l'on reconnaît pleinement la portée des actes mineurs. »*²⁴²

On relève également le fait que les spécialistes admettent que la violence au travail (qui inclut dans l'étude susmentionnée la violence psychologique), a un coût très lourd pour le travailleur, l'entreprise et la collectivité²⁴³.

Lors de la journée mondiale pour la santé et la sécurité au travail du 28 avril 2004, le problème spécifique du harcèlement sur le lieu de travail n'a pas été abordé en tant que tel. Il a toutefois été mentionné en tant que forme d'une des multiples manifestations de violence qui peuvent s'exercer sur les salariés²⁴⁴. Le BIT a également publié un recueil de directives pratiques sur la violence au travail²⁴⁵. Il ne s'agit pas, à la différence des conventions et des recommandations, d'un instrument ouvert à la ratification et n'est donc pas juridiquement contraignant. Il s'agit toutefois d'un instrument d'orientation. Il a été conçu comme référence de base pour encourager l'élaboration de législations, de politiques et de programmes d'actions aux niveaux régional, national et sectoriel. Il a été adapté à de nombreuses situations culturelles différentes. Dans ce recueil, la violence (au travail) est définie comme suit :

*« Toute action, tout incident ou tout comportement qui s'écarte d'une attitude raisonnable pour lesquels une personne est attaquée, menacée, lésée ou blessée, dans le cadre ou du fait direct du travail. »*²⁴⁶

Il ne s'agit pas d'une définition pouvant s'appliquer telle quelle au harcèlement sous toutes ses formes. D'une part, définir une « attitude raisonnable » n'est pas aisé. La notion est très vague et peut prêter le flanc à des interprétations contradictoires, selon les pays et selon la culture du pays et de l'entreprise. D'autre part, la mention de la répétition des actes et leur caractère le plus souvent anodin n'y figure pas. Or, nous l'avons vu, c'est justement ce qui différencie le harcèlement des autres comportements agressifs et qui le rend si difficile à identifier, même de la part de la victime qui n'y voit parfois que l'apparente insignifiance des actes, pris isolément.

Toutefois, le harcèlement, qu'il soit moral ou sexuel, fait partie des manifestations de violence contre lesquelles les responsables RH des entreprises doivent impérativement lutter. Plusieurs éléments sont identifiés comme signes possibles de tensions au travail, susceptibles de contribuer au déclenchement d'actes de violence. Ces éléments sont : les violences verbales, une gestuelle agressive, l'expression d'une intention de nuire. Le harcèlement est englobé dans ce type de conduites. Il a fait

²⁴² DI MARTINO, CHAPPELL, 2000, p. 106

²⁴³ DI MARTINO, CHAPPELL, 2000, cité par HIRIGROYEN, 2001, p. 15.

²⁴⁴ On peut consulter un bref compte rendu de cette réunion sur le site de l'organisation internationale du travail (http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Media_and_public_information/Feature_stories/lang--fr/WCMS_075470/index.htm).

²⁴⁵ BIT (2003), *Recueil de directives pratiques sur la violence au travail dans le secteur des services et moyens de combattre le phénomène*, Genève, Bureau international du Travail, MEVSW-SW-2003-10-0291-01-FR.Doc/v.3, 20 p.

²⁴⁶ *Id.*, 2003, p. 4.

l'objet d'une définition appropriée dans les travaux de Di Martino, sous l'égide du BIT²⁴⁷.

Ledit rapport précise aussi que la violence au travail, sous toutes ses formes -y compris le harcèlement- comporte des atteintes à la santé des travailleurs qui en sont victimes, tant sur le plan physique que sur le plan moral. En outre, cette violence peut avoir un impact important sur les entreprises ou sur les organisations dans lesquelles elle se manifeste. Ces effets peuvent être mesurés par l'observation d'indicateurs, tels que l'absentéisme, le congé maladie, le taux d'accidents et la rotation du personnel²⁴⁸.

Leymann a relaté que le constructeur suédois *VOLVO* a publié, quelques années avant la première parution de son livre en 1993, un rapport sur le coût de l'absentéisme dans l'une de ses usines qui accusait à cette époque une perte de production et une baisse au niveau de la qualité. Il est édifiant de remarquer que ledit rapport insistait sur le fait que la principale cause d'absentéisme devait être recherchée « dans les défaillances psychosociales sur le lieu de travail, et, entre autres, dans les conflits latents ou déclarés. » Les pertes phénoménales engendrées pour une seule usine du groupe étaient imputables pour les deux tiers au climat social (absentéisme, fluctuations de personnel et travail supplémentaire imposé aux contremaîtres et aux chefs d'atelier, constituant une boucle infernale)²⁴⁹.

L'organisation mondiale de la santé (ci-après : OMS)²⁵⁰ donne la définition suivante du *mobbing*, qu'elle emploie aussi comme synonyme de « harcèlement moral » sur le lieu de travail:

« Le harcèlement moral est une forme d'abus de pouvoir exercé à l'encontre d'un employé qui s'exprime par un comportement contraire à l'éthique visant à l'humilier. »

Gassito, auteur du rapport sur le harcèlement pour l'OMS, précise que :

*« Ce phénomène d'ampleur croissante dans le monde entier est encore largement méconnu et sous-estimé. Il peut avoir de graves répercussions sur la qualité de la vie et sur la santé des individus et en particulier, au plan émotionnel, psychosomatique et comportemental. En outre, l'ensemble de la société en pâtit en raison de la pression accrue qui en résulte sur les services sociaux et l'organisation de la protection sociale. »*²⁵¹

Il souligne également que les travailleurs qui, dans les pays industrialisés, sont en demande d'assistance auprès des services spécialisés (infirmier-ère de l'entreprise, assistant-e-s sociaux-ales, médecin du travail, etc.) sont de plus en plus nombreux.

²⁴⁷ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. I, I.

²⁴⁸ DI MARTINO, CHAPPELL, 2000, pp. 1, 65, 67, 90.

²⁴⁹ LEYMAN, 1996, p. 155.

²⁵⁰ GASSITO Maria Grazia, FATTORINI Emanuela, GILIOLI Renato *et al.* (2004), « Qu'est-ce que le harcèlement moral sur le lieu de travail ? », in : *Série protection de la santé*, Genève, n° 4, p. 4.

²⁵¹ *Id.*, p. 4.

On doit se questionner très sérieusement sur l'utilité des coûts engendrés par les créations de ces multiples postes et services des ressources humaines. A quoi servent ces emplois chargés accessoirement de réparer (peut-être), ou de colmater des brèches au sein même de l'entreprise ? Les atteintes à la santé et les dégâts de tout ordre occasionnés par une gestion de l'entreprise qui refuse de prendre en compte le harcèlement pourraient sans doute être évités ou au moins, limités.

En outre, les auteurs précités rappellent que la prise de conscience du problème est encore très limitée et énumèrent de nombreux symptômes en lien avec les effets du harcèlement moral sur la santé²⁵².

Malgré les insuffisances, le harcèlement sur le lieu de travail est donc considéré à la fois comme un grave problème de santé publique, un problème psychosocial, économique et politique. On peut cependant considérer que les difficultés ne sont pas vécues avec la même intensité dans les pays dont l'ordre juridique confère à l'Etat le rôle de garant d'une certaine solidarité nationale, que ce soit en termes de contrainte en matière de droit du travail ou en termes de protection sociale.

Ces analyses et ces conclusions sur les conséquences du harcèlement et de la violence au sein de l'entreprise mettent en évidence la nécessité de définitions précises, de prises de conscience du problème, de prises de position claires -et peut-être même courageuses- de la part de la hiérarchie. Il s'avère également impératif que des campagnes d'informations auprès des salariés soient menées afin que la question du harcèlement au travail ne se cantonne pas à des discussions consensuelles entre spécialistes, ou prétendus spécialistes du problème...

Qu'il soit en partie dû à des conditions économiques, structurelles, à des comportements individuels déviants, ou qu'il se développe impunément en raison d'une banalisation du problème ou à la négation pure et simple des conflits existants ou latents, le harcèlement doit être l'objet d'une attention particulière et d'une lutte efficace au sein de l'entreprise, qu'elle soit publique ou privée.

²⁵² GASSITO, FATTORINI, GILIOLI *et al.*, 2004, p. 16.

Chapitre V : Aperçu d'une définition juridique du harcèlement en droit suisse

I. Etudes effectuées en Suisse

1. Etude nationale réalisée par le SECO

En 1997 déjà, la Doctoresse Barbier²⁵³ définissait le mobbing comme une « situation de communication non éthique caractérisée par la répétition, de la part d'une ou plusieurs personnes, d'agissements hostiles dirigés systématiquement contre un individu qui développe en réaction de graves problèmes psychiques ou psychologiques. Le mobbing est un processus destructeur qui peut entraîner l'invalidité permanente, voire la mort de la victime ».

Le terme de « communication non éthique » reflète donc une *valeur négative* de notre société au sein monde du travail. Une valeur est ce qui *vaut*, ce qui *compte*, ce à quoi l'on se *réfère*, une **référence**. Les relations au sein de l'entreprise -privée ou publique- doivent donc être guidées, non seulement par une forme de **solidarité** et de primauté du **bien commun**, mais aussi, par des égards, de la courtoisie et le respect de la dignité d'autrui comme ligne de conduite.

Selon Gonik, la question du mobbing ou du harcèlement psychologique était déjà devenue depuis quelques années, en 1999, l'une des plaintes les plus récurrentes des employé-e-s²⁵⁴. De ce fait, l'évocation du harcèlement ne concernait déjà plus des cas isolés touchant quelques individus fragiles psychologiquement ou relevant de fantasmes de prétendues victimes. Ce phénomène devait déjà être étudié comme un problème de santé au travail à grande échelle.

En Suisse, la première étude nationale à grande échelle, menée par le Secrétariat d'Etat à l'Economie (ci-après : SECO) en 2002, sous la direction du médecin Alain Kiener²⁵⁵, a brossé un tableau très détaillé de l'ampleur du phénomène dans le pays. Une collecte de données auprès d'un échantillon représentatif de 3220 personnes exerçant une activité professionnelle, a été menée par téléphone. Sur le plan terminologique, cette étude classe le mobbing parmi d'autres « tensions psychosociales » que les auteurs définissent ainsi:

²⁵³ Citée par WENNUST, 1999, p. 25.

²⁵⁴ GONIK Viviane (1999), « Le mobbing sur la place de travail: une forme de violence insidieuse: une expérience de terrain » in *Travailler*, 2, pp. 121-125.

²⁵⁵ KIENER Alain (2003), *Mobbing et autres tensions psychosociales sur le lieu de travail en Suisse/ Rapport Secteur Travail et santé/ Centre de prestations Conditions de travail.*- Berne, Publications du Secrétariat d'Etat à l'Economie (SECO), Conditions de travail n°3 /3003/ mai 2003, *passim*.

*« Conflit ouvert ou sous-jacent entre deux ou plusieurs personnes. Ce terme renvoie à la fois aux cas de mobbing et aux autres relations interpersonnelles ressenties comme négatives. »*²⁵⁶

Les auteurs emploient également le terme de « mobbing » comme synonyme de « harcèlement psychologique » en en donnant la définition suivante :

*« Le mobbing est un phénomène par lequel un individu est la cible, de façon systématique et prolongée, de tracasseries d'un ou de plusieurs autres membres de l'entreprise où il travaille. »*²⁵⁷

Cette définition diffère quelque peu de celle qui avait été proposée par Leymann. Là où Leymann parle d'« agissements » ou d'« agressions », les auteurs précités emploient le terme de « tracasseries », appellation qui minimise considérablement ce que subit la victime. Ils font référence au terme de « cible », tout comme Leymann, alors qu'Hirigoyen utilise prioritairement le terme de « victime ». La notion de « victime » est toutefois reprise par Kiener, au cours de cette étude, sans toutefois donner à ce terme un sens particulier en relation avec les agissements d'un « auteur ».

L'étude réalisée justifie ainsi ce choix terminologique dans le chapitre consacré aux bases théoriques concernant le mobbing :

*« Sachant que le mobbing est un phénomène aux multiples facettes, les termes de « victime » et « auteur de mobbing » sont systématiquement placés entre guillemets dans la présente étude afin de signaler au lecteur qu'il nous est souvent impossible d'attribuer ces rôles de façon catégorique à l'un ou l'autre des deux groupes de protagonistes, puisque l'auteur d'actes de mobbing peut, parfois, être considéré comme « victime »*²⁵⁸.

Cette différence de terminologie tient vraisemblablement au fait qu'il s'agit d'une étude nationale qui tend à proposer une photographie de la santé publique en Suisse, selon un angle très particulier. Cette étude met en relief les graves conséquences en termes de santé qui découlent du mobbing sur le lieu de travail. Le mobbing y est considéré comme l'une « des formes de tension psychosociale sur le lieu de travail ». Les auteurs soulignent que d'autres formes, de ce qu'ils appellent « tensions psychosociales » (qui ne sont pas clairement définies), telles que le **harcèlement sexuel** ou la **violence** peuvent également occasionner des **troubles de la santé**. Ils suggèrent l'intérêt de mener d'autres recherches dans ce domaine, qui pourraient montrer l'interdépendance de ces problèmes. Cette étude se place résolument sur le plan de l'évaluation d'un problème de santé publique et réfute donc -de fait- la définition du mobbing donnée par Leymann. Le point de vue des auteurs englobe toutes les personnes victimes de problèmes de santé du fait de toutes les formes de « tensions psychosociales » subies sur leur lieu de travail. Cette recherche exclut également une définition juridique du comportement.

²⁵⁶ KIENER, 2003, p. 6.

²⁵⁷ *Id.*, p. 6.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 11.

Les auteurs recommandent de ne pas s'appliquer de manière trop stricte à chercher un « **responsable** » car, selon eux, « auteurs » et personnes mobbées sont victimes de conditions de travail défavorables. Partant de ce constat, il me semble qu'il vaut mieux mener un véritable travail de recherche sur les origines du harcèlement psychologique, ce qui permet de travailler plus efficacement à sa prévention.

Il existe une différence majeure entre la définition du mobbing donnée par Leymann et les auteurs qui se sont inspirés de ses travaux et celle que donne Kiener des autres « tensions psychosociales ». Il compare en effet le mobbing et les relations auteur/victime avec les relations d'un couple qui ne s'entend plus et divorce. « Lorsqu'un couple divorçait, on s'est concentré pendant des décennies sur la question de la faute. Il en va de même pour le mobbing que l'on considère souvent uniquement sous l'angle « auteur/victime », ce qui limite fortement les solutions et ne fait souvent qu'aggraver la situation »²⁵⁹.

Or, si l'on reprend la comparaison du mobbing avec les relations conflictuelles au sein d'un couple, comme s'attache à le faire Kiener, c'est un peu comme si l'on traitait du phénomène d'emprise ou du harcèlement moral qui peuvent exister au sein d'un couple ou encore, des violences conjugales, comme d'un **simple conflit**. C'est oublier que le mobbing est un comportement agressif -en tout cas hostile- et unilatéral -même s'il est perpétré par plusieurs personnes- avec des degrés de violence variables. Que les conditions de travail soient intolérables pour les auteurs de harcèlement n'y change rien. Certes, les mobbeurs sont peut-être victimes de mauvaises conditions de travail. Il n'en reste pas moins vrai que les victimes aussi. Celles-ci ne doivent cependant pas servir de boucs émissaires en devenant victimes de personnes aux comportements déviants. À mon sens, la comparaison de Kiener revient à faire un amalgame entre le mobbing et le conflit. Malgré tout, l'étude de Kiener est novatrice et intéressante pour responsabiliser les supérieurs hiérarchiques quant aux causes du mobbing et à sa prévention et dans la prise de conscience de la nécessité d'améliorer si nécessaire, les conditions de travail.

Dans l'exemple du couple qui se sépare, la répression d'actes délictuels -quand elle est possible- ne permet certainement pas de « réconcilier » le couple. Dans le cas de violences unilatérales, le rappel à la loi est indispensable pour poser la limite de ce que la société, par la voix du législateur, a posé comme un comportement illicite. On ne peut donc approuver cette comparaison qui réduit le mobbing à la manifestation d'un conflit et à la logique responsabilité respective des parties audit « conflit ».

On peut admettre que l'auteur d'un comportement illicite tel que le mobbing, puisse être lui aussi victime d'un contexte et de conditions de travail défavorables qui peuvent contribuer à le faire « déraiser ». En revanche, on voit mal comment l'**auteur d'agressions** vis-à-vis d'autrui (si ces faits sont effectivement attestés), pourrait être également déclaré **victime** de son **propre** comportement. Cette personne peut en revanche bénéficier de « circonstances atténuantes », si l'on reprend une notion de droit pénal, en raison des pressions qu'il ou elle aurait subi de la part de la hiérarchie ou d'autres collègues, surtout s'il manifeste un **repentir sincère**²⁶⁰. Soulignons cependant que certaines personnes -et ce, quelles que soient les circonstances- ont eu

²⁵⁹ KIENER, 2003, p. 6.

²⁶⁰ KILLIAS *et al.*, 2007, p. 69-70.

le courage de s'opposer à l'oppression et à la stigmatisation, autrement plus âpre et sanglante! Il y a quelques décennies, certains ont été ainsi appelés les « Justes ».

Kiener ajoute que « pour les cas fréquents de harcèlement psychologique à l'école, on obtient de bons résultats avec l'approche « *no blame* (pas de reproche), une stratégie de résolution des conflits basée sur la compréhension mutuelle et le respect d'autrui. Dans des cas extrêmes, il sera certainement nécessaire d'entreprendre une action en justice, mais cela doit rester exceptionnel »²⁶¹. On peut légitimement se demander si ces conclusions ne sont pas un peu angélistes.

On sait qu'une action en justice est toujours « **l'action ultime** », dont on espère qu'elle reste exceptionnelle, car cela signifie qu'une solution amiable n'a pas pu être trouvée.

On devrait faire en sorte de contribuer à ce que des adultes (intégrés, qui plus est, dans une relation de travail avec d'autres personnes), qui agressent de manière unilatérale un collègue, soient à même de prendre conscience de l'illicéité, ou même simplement de l'**incongruité**, de leurs actes. En langage courant, on pourrait dire « de ce qu'ils font de mal », car la souffrance infligée aux victimes est ce qui fonde l'illicéité de l'acte²⁶². La jouissance d'un certain bien-être dans les relations de travail, ou l'absence de souffrance est -fort heureusement- un bien protégé par notre droit.

Certaines entreprises privées et de nombreuses administrations ont mis en place des instances habilitées à pratiquer des médiations dans le cadre des relations de travail. Cette pratique, qui commence à voir le jour sans être encore très répandue (lorsqu'elle ne sert pas tout simplement d'*alibi*), est encore insuffisamment pratiquée. Elle permet, lorsque les relations de travail ne sont pas encore trop dégradées, de *vider* le conflit, s'il y en a un, de mettre en place un protocole d'accord, de signer éventuellement un « pacte de non-agression » et d'organiser un suivi de la situation. Les personnes qui ont commencé à commettre des actes abusifs ont donc la possibilité d'en prendre conscience et de mettre fin à leurs agissements éventuels. En conséquence, si une personne persiste dans un comportement illicite malgré plusieurs tentatives de médiation, il serait injuste pour la victime qu'elle soit considérée comme un protagoniste du « conflit », au même titre que son agresseur. Elle doit pouvoir bénéficier d'un statut de **personne agressée** ou de **victime** et est en droit de se plaindre et de nommer son agresseur.

En outre, le *mobbing* ne faisant pas l'objet d'une incrimination spécifique en droit suisse, les conséquences de ce comportement ne sont jamais très graves pour l'auteur, en comparaison avec l'intensité du dommage subi par les victimes et les conséquences pour l'employeur en matière responsabilité.

S'il est vrai que le *mobbing* peut être provoqué ou encouragé par d'autres phénomènes tels que les mauvaises conditions de travail, une surcharge de travail, des

²⁶¹ KIENER, 2003, p. 56.

²⁶² WERRO Franz (2002), *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile : actualités et perspectives*, Stämpfli, Berne, p. 27.

fautes de management, etc.²⁶³, on ne peut considérer que ceci est une fatalité. Le **mobbing** consiste en une suite, un enchaînement d'actes anodins parfois en eux-mêmes, **perpétrés, commis**, par une ou plusieurs personnes (physiques). La répétition de ces actes sur une certaine durée, constitue une agression et une atteinte à la personnalité d'autrui. Il existe donc une relation de cause à effet entre le comportement illicite d'une ou plusieurs personnes (physiques) et la souffrance d'une (ou de plusieurs personnes) « cible », qui devient donc **victime** de ce comportement. Si le **mobbing** naît et évolue sur un terrain favorable, ses manifestations ne sont jamais de la faute à « **personne** ». Chacun est responsable de son propre comportement.

Les désaccords que nous avons évoqués avec certaines options et analyses du Docteur Kiener quant aux conséquences juridiques et judiciaires du **mobbing** sont explicables par une différence fondamentale de point de vue qui tient aux objectifs distincts de deux disciplines. Cette étude du SECO a été réalisée dans une perspective socio-médicale qui vise à comprendre et à donner des pistes pour appréhender une situation afin de « soigner » et peut-être même contribuer à « guérir » certains maux inhérents aux organisations de travail. Les juristes, quant à eux ont le devoir de se conformer à la volonté du législateur, dans l'intégralité de la lettre au service de l'esprit de la loi. Si le législateur considère qu'un comportement est illicite, et que l'employeur doit protéger ses employés contre les atteintes qui peuvent en résulter, les juristes doivent déterminer les responsabilités des uns et des autres et rechercher dans le droit applicable les dispositions qui permettent à la victime d'obtenir réparation. Soulignons qu'ils doivent aussi mettre en évidence, éventuellement, la faute concomitante de la victime et rester attachés au principe de la **présomption d'innocence** -même si l'on n'est pas, en Suisse, en matière de harcèlement, dans un cadre pénal- en respectant **le droit d'être entendu**. Mais, quoi qu'il en soit, ces précautions n'empêchent pas la nécessité de dégager les responsabilités personnelles de chacun.

Malgré tout, le travail de Kiener est d'un immense intérêt pour tous les chercheurs qui s'intéressent au phénomène des tensions psychosociales et du **mobbing** en Suisse et, en particulier, pour les juristes. Cette recherche est la **première étude nationale** sur le **mobbing** qui analyse l'ampleur du phénomène du harcèlement psychologique dans notre pays en détaillant les conséquences du phénomène en termes de pathologie et en indiquant les groupes de personnes particulièrement touchées par ces maux²⁶⁴. De plus, elle permet d'ouvrir les yeux aux responsables des entreprises publiques et privées sur la gravité de la situation et -on peut l'espérer- sur la nécessité de réfléchir et d'agir. Les auteurs de cette étude concluent en disant que les personnes **mobbées** sont davantage sujettes que les autres à l'abattement, au désespoir, à la dépression, à un état général de faiblesse, à l'épuisement, au manque d'énergie, à un malaise intérieur, aux soucis et aux peurs. Ces personnes jouissent d'une satisfaction au travail bien moindre, tant pour ce qui est de l'exécution du travail lui-même que des relations avec leur hiérarchie, leurs collègues et les autres collaborateurs. Les auteurs affirment que le harcèlement entraîne des conséquences sur la

²⁶³ HIRIGOYEN, 1998 ; LEYMAN, 1996 ; WENNUST, 1999 ; DI MARTINO et al., 2003 ; DEJOURS Christophe (2000), *Souffrance en France, la banalisation de l'injustice sociale*, Paris, Le seuil, 225 p., p. 105.

²⁶⁴ KIENER, 2003, p. 44.

santé plus prononcées que dans les cas de « tensions psychosociales basses ou moyennes »²⁶⁵.

Ces conclusions sont particulièrement éclairantes sur le fait que les personnes qui ressentent ces symptômes liés au mobbing, ne sont pas forcément « **nulles** » ou **incompétentes**, contrairement à ce qu'elles pensent d'elles-mêmes ; elles sont victimes d'un malaise qui touche de nombreuses personnes qui travaillent consciencieusement, qui paient de leur personne et dont le travail n'est pas reconnu.

Si l'on ne peut déterminer le nombre exact de victimes spécifiques de mobbing en Suisse, on a toutes les raisons de penser, comparativement aux études similaires effectuées dans d'autres pays d'Europe, que le mobbing peut entraîner des coûts élevés²⁶⁶. Les résultats chiffrés de ces travaux mettent en évidence un recoupement partiel entre les personnes **se disant** « mobbées au travail » et celles qui remplissent les critères scientifiques relatifs à la notion de mobbing, telle que décrite par Leymann. Cet élément tend à démontrer que lorsque les victimes « se sentent » mobbées, elles peuvent être effectivement, de manière objective, victimes d'actes abusifs. En revanche, des personnes qui **ne se disent pas** mobbées peuvent aussi répondre aux critères de victimes des agissements dont Leymann fait état pour définir et mettre en évidence le mobbing²⁶⁷.

Cependant, plusieurs personnes mobbées ne répondent pas et d'autres n'exercent plus d'activité professionnelle, en raison des actes de mobbing dont elles ont été victimes. Dans ce groupe, une « zone grise » peut être estimée, à défaut d'être quantifiée. Tout en mettant en évidence qu'il existe une forte corrélation entre le mobbing et une charge de travail élevée (travail à forte charge psychique), les auteurs de la recherche susmentionnée constatent que l'état de santé des victimes de mobbing est beaucoup moins bon que celui des autres personnes. Les victimes de mobbing souffrent plus fréquemment que les autres de troubles tels que maux de tête, tensions, nervosité, troubles du sommeil et dépressions²⁶⁸.

En outre, selon les auteurs de l'étude, les victimes de harcèlement psychologique présentent un nombre plus élevé de jours d'absence et de jours de congé maladie que leurs collègues épargnés par le mobbing. Ils vont parfois jusqu'à donner leur démission (le mobbing est souvent cité comme raison du départ volontaire) ou opter pour une retraite anticipée. Il faut également souligner que les auteurs de cette étude ne se sont pas penchés sur les cas des préretraités et des chômeurs de longue durée²⁶⁹. On peut raisonnablement penser que parmi ces personnes figure aussi une certaine proportion de victimes de mobbing qui n'ont pas été comptabilisées.

Si les tensions « psychosociales » doivent être distinguées du harcèlement, ce dernier est souvent précédé, accompagné ou suivi d'une période importante de stress²⁷⁰.

²⁶⁵ KIENER, 2003, Executive Summary, p. 2-7.

²⁶⁶ *Id.*, p. 6.

²⁶⁷ LEYMAN, 1996, p. 27.

²⁶⁸ KIENER, 2003, p. 50.

²⁶⁹ *Id.*, p. 6.

²⁷⁰ HIRIGOYEN, 2001 p. 21-22, citant LEYMAN, 1996.

Quant à l'étude de 2003 du SECO²⁷¹, sur le coût du stress en Suisse, elle montre que la proportion des sujets se sentant stressés *souvent* ou *très souvent* est trois fois plus élevée chez les personnes qui se plaignent de subir un harcèlement psychologique « répété »²⁷² au travail que chez les autres. En outre, les personnes qui se trouvent en situation de **conflit professionnel** sont *souvent* ou *très souvent* stressés dans une proportion de 48.6% contre 22.4%, pour les personnes qui n'y sont pas confrontées²⁷³.

Concernant le mobbing en particulier, l'étude de Kiener susmentionnée met en évidence deux résultats particulièrement dignes d'être mentionnés. D'une part, le mobbing et les tensions psychosociales sont presque deux fois plus fréquemment ressentis par les **étrangers**. Cette observation rejoint les constatations observées par les nombreuses études précitées, qui soulignent que le **caractère singulier** de la personnalité de certaines victimes peut les exposer au harcèlement. D'autre part, les cas de mobbing et de « tensions psychosociales » sont nettement plus fréquents chez les individus dont les réponses se rapportent à leur **emploi précédent**²⁷⁴.

Ce dernier résultat tend à démontrer que les personnes qui ont déjà été **victimes de mobbing** par le passé (moins de 6 mois auparavant selon l'étude) subissent encore le **contrecoup** de la situation qu'elles ont vécue dans leur dernier emploi et que ce vécu a encore un impact manifeste sur leur ressenti, bien qu'elles se trouvent à un nouveau poste et dans un autre environnement. Une prise de conscience de ces éléments par les managers et les spécialistes de ressources humaines leur permettrait d'être plus attentifs aux personnes et aux situations potentiellement « à risque ». Une vigilance éveillée de ces spécialistes serait utile pour mettre en place des stratégies de prévention spécifiques.

Il pourrait s'agir, par exemple, d'établir des « grilles » ou des « protocoles », faisant en sorte de veiller à ne faire travailler ensemble que des personnes dont on peut penser qu'elles peuvent « réussir ensemble ». C'est peut-être un peu idéaliste, mais peut-être pas aussi naïf que cela. Une telle option ne serait sans doute pas plus coûteuse que toutes les formations internes ou externes (masters de toutes sortes en « ressources humaines » et en « management » de tout et n'importe quoi, mais en tout cas d'un profit à long terme fort contestable pour l'entreprise) ; sans oublier l'Etat qui finance le plus souvent ces formations, directement ou indirectement.

Il ressort également de ces résultats que le fait de changer de poste permet de résoudre momentanément le problème (ou plutôt, vraisemblablement de le **fuir**). Il ne s'agit souvent que d'une échappatoire, tout autant pour les employés et l'Etat qui finance le plus souvent ces formations obtiennent qui réussissent cette mutation que pour les employeurs, qui se « débarrassent » sans trop de **bruit** d'un collaborateur). Soulignons que cette manière de croire ou de faire croire que l'on va trouver une solution à un problème est synonyme de coûts supplémentaires et ne permet que de

²⁷¹ RAMACIOTTI Daniel, PERRIARD Julien, KIENER Alain (2003), *Le coût du stress en Suisse*, Berne, SECO, 2003, 135 p., p. 51.

²⁷² *N.B.* Nous savons qu'un harcèlement psychologique est « par définition » toujours répété. Cette assertion est un pléonasme.

²⁷³ RAMACIOTTI, *et al.*, 2003, p. 54.

²⁷⁴ KIENER, 2003, p. 9.

cache, pendant un certain temps, les véritables causes de tensions inhérentes à l'entreprise²⁷⁵, ce qui s'appelle en français, de façon imagée « **mettre la poussière sous le tapis** ». Le problème est momentanément masqué, mais il n'est pas résolu, ni en surface ni encore moins en profondeur. Les managers et les responsables des ressources humaines gageraient à prendre en compte ces deux informations.

Dans l'administration, on a quelque peu tendance à utiliser cette « **méthode** » en lieu et place d'une politique courageuse de résolution des conflits, voire de sanctions lorsque des comportements non éthiques sont à déplorer. Cet état de fait est d'autant plus choquant, lorsque c'est à la victime que l'on impose le changement de poste -ce qui arrivait de manière quasi-systématique autrefois- quitte à ce que la personne en question n'ait plus la moindre tâche à exécuter, ce qui se produit encore parfois dans certaines administrations.

Les auteurs concluent que, dans l'ensemble -tout en précisant avoir effectué des estimations minimales- et sachant que cette étude date déjà de quelques années, « on obtient un montant total de 7.85 milliards de francs suisses pour l'ensemble des coûts financiers attribuables aux effets négatifs des situations de travail sur la santé. »²⁷⁶

La conclusion qui devrait s'imposer est que, dans une période économique difficile, le harcèlement, sous toutes ses formes ou, plus généralement, la maltraitance des employés est un « **luxé inutile** » qu'aucune entreprise, privée ou publique, ne peut se permettre.

Cette étude déjà ancienne menée par le SECO sur la fréquence du phénomène fait pourtant état d'une réalité qui semble ignorer ce fait. Environ 31,3% des personnes interrogées s'estiment victimes au sens de la définition de Leymann, mais 27,6% estiment être victimes de **mobbing**, sans toutefois répondre aux critères posés par les enquêteurs au sens de dite définition²⁷⁷. Ces chiffres, qu'il faut lire et manier certes avec prudence, montrent toutefois que le problème est bien réel. Cette étude montre en outre, qu'il y a un lien indéniable entre l'existence de **mobbing** et la **détérioration de la santé** des personnes concernées²⁷⁸. Soulignons qu'en ce qui concerne les femmes en particulier, Ducret²⁷⁹, dans son étude genevoise, rappelle que 28% des femmes harcelées se sont plaintes de conséquences qui ont perturbé gravement leur vie professionnelle et privée.

Malgré les désaccords que j'ai exprimés ci-dessus dans le traitement des plaintes des victimes et la qualification des faits reprochés, ce travail présente un autre grand intérêt car elle nous offre une photographie de la Suisse, en matière de santé au travail. De plus, l'angle de cet état des lieux est aigu et exclusivement orienté sur les conditions psychosociales liées aux questions de **mobbing**. Ce travail à grande échelle permet de démontrer qu'un nombre conséquent de problèmes de santé en Suisse peuvent trouver, en grande partie, leur origine dans un contexte de harcèle-

²⁷⁵ KIENER, 2003, p. 54.

²⁷⁶ RAMACIOTTI, PERRIARD, KIENER, 2003, p. 111.

²⁷⁷ KIENER, 2003, p. 30.

²⁷⁸ *Id.*, p. 35.

²⁷⁹ DUCRET *et al.*, 2001, p. 38.

ment et que cette situation entraîne de lourdes conséquences pour l'économie nationale²⁸⁰. Les chiffres publiés offrent un éclairage indispensable aux professionnels de la santé au travail pour les années à venir.

2. L'exemple de la Fonction publique vaudoise

Les études mentionnées par Hirigoyen²⁸¹ concernant le secteur public font référence à l'Administration française. De très nombreux métiers sont représentés dans le secteur public et le harcèlement peut prendre des formes différentes d'un secteur à l'autre. Elle souligne que les actes abusifs peuvent durer plusieurs années, en raison de la protection quasi-absolue dont jouissent les fonctionnaires qui ne peuvent être licenciés que dans des cas extrêmes, tels que la commission d'une faute très grave qui engendre une condamnation pénale d'une certaine gravité également. Cette impunité a des conséquences dramatiques sur la santé et la personnalité des victimes. Pour des raisons historiques, culturelles et juridiques, l'Administration française n'est, bien entendu, pas comparable aux différentes fonctions publiques suisses (fédérale, cantonales et communales). Certains points sont cependant communs au secteur public en général. Même si le harcèlement se pratique dans de nombreuses organisations, toutes les études confirment qu'il prédomine dans le secteur tertiaire, le secteur médical et l'enseignement, secteurs prédominants dans l'administration. Selon Hirigoyen, la raison est la suivante : dans ces secteurs, les tâches ne sont pas définies de façon précise et l'on peut -toujours- reprocher quelque chose à quelqu'un²⁸².

Dès lors, la question se pose de savoir quelle est l'ampleur du problème au sein de l'administration. Ceci, d'autant plus que l'Etat devrait idéalement être, en tant qu'employeur, un « patron modèle », respectant en cela les règles qu'il s'est lui-même fixées par l'intermédiaire de ses organes.

Chacun est donc en droit d'espérer que des atteintes à la personnalité qui se produisent dans des entreprises privées et qui doivent être dénoncées en tant qu'actes illicites ne devraient pas se produire au sein de la fonction publique ou, en tout cas, devraient être prévenues et, le cas échéant, sanctionnées afin qu'elles ne se reproduisent plus.

En se fondant sur leur propre expérience ou sur des témoignages isolés, les collaborateurs de l'Etat sont en mesure d'affirmer que le problème est réel. Toutefois, il fallait une étude scientifique et aussi exhaustive que possible pour démontrer que non seulement, le problème existait, mais qu'il n'était pas marginal.

A la suite de plusieurs scandales qui ont éclaté dans la presse au cours des années nonante et certains procès au retentissement médiatique important, ainsi que les

²⁸⁰ KIENER, 2003, Executive Summary, p. 6/7.

²⁸¹ HIRIGOYEN, 2001, p. 152.

²⁸² *Id.*, p. 151.

alertes de certains parlementaires dans la presse²⁸³, l'Etat de Vaud s'est préoccupé du problème du harcèlement au sein de sa fonction publique. L'opinion publique s'est rendu compte que l'administration n'était pas toujours le lieu privilégié que l'on imaginait et que les conditions de travail pouvaient y être très dures et la maltraitance au travail courante.

En 1997, le Bureau de l'Egalité entre les femmes et les hommes (BEFH) du Canton de Vaud s'est adressé au Service cantonal de recherche et d'informations statistiques (SCRIS) pour mettre sur pied une vaste enquête sur l'égalité entre les sexes dans l'administration cantonale vaudoise (ci-après : ACV). Le thème de l'enquête a été peu après élargi à des questions touchant les conditions de travail et la satisfaction au travail, ainsi que la conciliation du travail et de la vie de famille. Un rapport a ensuite été élaboré à partir d'un questionnaire envoyé en janvier 1998 à tout le personnel de l'Etat de Vaud. Parmi les quatre points évoqués, le stress a fait l'objet de plusieurs mentions. Les causes majoritairement évoquées se réfèrent aux difficultés d'exercice du métier dans certaines professions telles que l'enseignement, la santé, la police, etc. Ces professions doivent en outre faire face à la surcharge de travail, à la lourdeur administrative, aux manques de moyens et à l'incompétence des collègues ou des supérieur-e-s hiérarchiques²⁸⁴.

Parmi les causes d'insatisfaction, figure le harcèlement psychologique²⁸⁵. Bien que le harcèlement sexuel n'ait pas fait l'objet de questions particulières quant aux raisons d'insatisfaction au travail, une partie de l'étude est consacrée de manière spécifique à l'évaluation de ce phénomène au sein de l'ACV. Étant donné les éléments mis en évidence ci-dessus sur les conséquences du harcèlement sexuel²⁸⁶, on peut sans risque affirmer qu'il s'agit également d'une source d'insatisfaction au travail, voire même d'entrave à un bon déroulement des tâches confiées et d'atteintes à la santé.

A. *Le mobbing*

Sur un taux de réponse de 40%, 30% des personnes déclaraient avoir subi **au moins une situation de harcèlement psychologique** au sein de leur carrière dans l'ACV²⁸⁷. Les auteurs ont toutefois veillé à poser la question de manière à éviter que les réponses ne soient **biaisées** par une définition trop extensive de la notion de mobbing. La question désignait une situation de harcèlement psychologique régulier, ayant duré plusieurs mois et rien ne permet donc de supposer qu'il y ait eu exagération de la part des répondant-e-s²⁸⁸. Les auteurs de la recherche ont repris en partie, la définition de Leymann (référence dominante de l'époque) qui évoque la

²⁸³ Interview de Verena BERSETH dans 24 Heures, 23/09/1999, *Payerne, conflit entre la Doyenne et le Directeur*.

²⁸⁴ BRIANT et GOLAY, 1999, p. 61.

²⁸⁵ *Id.*, p. 61.

²⁸⁶ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. II, V.

²⁸⁷ BRIANT et GOLAY, 1999, pp. IV-V.

²⁸⁸ *Id.*, p. 64.

répétition d'actes abusifs (une fois par semaine au moins) pendant une période de 6 mois. Ces chiffres ne peuvent donc pas être attribués à une définition trop extensive de la notion de « mobbing », à une exagération de la part des personnes qui ont répondu. Au contraire, l'intitulé de la question précisait bien que l'on se référait à une situation de harcèlement psychologique particulier, ayant duré plusieurs mois²⁸⁹, ce qui est une période extrêmement longue.

Quant à savoir si cette moyenne est plus ou moins élevée que la moyenne nationale, la question reste posée. En effet, ces chiffres sont difficilement comparables à ceux publiés par l'étude menée par le SECO²⁹⁰, car le but de la recherche était différent et les critères utilisés dans les questionnaires s'inscrivaient dans une problématique autre. On peut aussi raisonnablement penser que dans les 60% de personnes qui n'ont pas répondu figurent aussi des collaborateur-trice-s qui s'estiment victimes de mobbing. Ceci qui peut s'expliquer pour partie le désintéret pour cette étude ou une volonté affirmée de refus de collaborer, car elles se sentent déjà **exclues** par l'organisation et ne se considèrent plus comme faisant partie de la communauté. Il n'en reste pas moins vrai que ce taux de 30% est particulièrement élevé ; d'ailleurs, les auteurs du rapport tiennent ce taux pour **inquiétant**²⁹¹. L'étude a montré que les collègues étaient presque aussi souvent responsables de faits de harcèlement psychologique que les supérieurs hiérarchiques.

Ces taux de personnes qui disent avoir été victimes de mobbing dans l'ACV sont classés par catégorie. Ces indications ciblées sont d'un grand intérêt car elles permettent de poser un diagnostic qui s'applique spécifiquement à l'ACV. Elles sont fondamentales pour la compréhension, la vigilance des acteurs de décisions, la **prévention** du phénomène ainsi que pour la recherche de solutions, voire pour tenter de se donner les moyens d'**éradiquer** le problème.

Les résultats ont donc permis d'établir quels étaient les départements les plus concernés et ont mis en évidence quelles étaient les catégories d'employés les plus touchés également. Cinq des huit départements -Ordre judiciaire vaudois (ci-après : OJV) inclus- présentent, en 1999, « un taux de harcèlement psychologique supérieur d'au moins cinq points à la moyenne générale qui s'élève à 30%. Le taux de harcèlement le plus faible s'observe pour les employé-e-s de l'ancien Département de l'instruction publique et des cultes (ci-après : DIPC), qui ne sont « que » 22% à déclarer avoir été victimes de mobbing, de la part de leurs supérieur-e-s ou collègues »²⁹². Les auteurs remarquent que la situation relativement indépendante du personnel enseignant est probablement gage d'une certaine tranquillité sur le plan du harcèlement psychologique²⁹³. Le rapport n'analyse toutefois pas les biais spécifiques à la méthode ni ceux des indicateurs utilisés qui auraient pu fausser ces résultats. Ceci est tout à fait compréhensible car ce rapport d'enquête, consacré aux « conditions de travail » et à l'« égalité entre les sexes » dans l'ACV, ne consacre

²⁸⁹ BRIANT et GOLAY, 1999, p. 64

²⁹⁰ KIENER, 2003, *passim*.

²⁹¹ BRIANT et GOLAY, 1999, p. 64.

²⁹² *Id.*, p. 64.

²⁹³ *Ibid.*, p. 65.

que quelques pages au harcèlement psychologique et sexuel. Les résultats obtenus sont malgré tout très parlants.

L'enseignement fait partie des secteurs réputés parmi les plus sensibles. Il serait toutefois intéressant à notre sens, de mener une enquête spécifique destinée aux enseignants. Dans ce corps de métier, plusieurs années après ce premier rapport d'enquête, il semblerait que les conditions de travail, tout comme la pression exercée sur les enseignants par les usagers de l'école, autant que celle exercée par la hiérarchie et les coupes budgétaires qui sont intervenues, rendent plus vacillante la qualité des rapports de travail. Ceux-ci se sont vraisemblablement dégradés ces dernières années. Dans un paysage aussi grisâtre, il n'est pas sûr qu'une réelle prise de conscience du phénomène du mobbing, pas plus que la nécessité de promouvoir la communication éthique, ait proportionnellement augmenté. Nous formulons l'hypothèse que, si une enquête était effectuée aujourd'hui au sein du corps enseignant, elle dévoilerait un taux de mobbing dénoncé -et peut-être avéré- bien supérieur aux résultats de 1999.

Dans le Canton de Vaud, l'ancien Département de l'intérieur et de la santé publique (ci-après : DISP), tout comme pour l'ancien Département de la justice, de la police et des affaires militaires (ci-après : DJMP), font état d'un taux très élevé de 47%.

Le rapport met également en évidence quelles sont les catégories les plus touchées et il apparaît que le personnel des classes de traitement de 6 à 16 (c'est-à-dire, dans l'ancien système, les classes les moins élevées dans la hiérarchie) est le seul à présenter un taux de victimes du mobbing supérieur à la moyenne de 40%²⁹⁴, ce qui n'est pas surprenant mais appelle à une prise en compte effective et une prise de conscience du problème.

Le personnel travaillant à temps partiel et celui des classes élevées semblent être relativement à l'abri du mobbing²⁹⁵. Pour ces catégories-là, il serait également utile d'affiner cette recherche aujourd'hui. Il faut admettre que le travail à temps partiel présente des avantages, en ce qui concerne le temps de « récupération », en cas d'actes de mobbing. En même temps, le temps partiel peut contribuer à générer des jalousies, des difficultés d'intégration ou l'exclusion de personnels, qui, de fait, risquent d'être tenues à l'écart des décisions et des informations capitales.

Les chiffres obtenus contredisent le fait que les cas de mobbing répercutés dans la presse ou dans des études soient presque toujours relatifs au harcèlement d'un subordonné par son supérieur. Pour les cas relevés dans l'enquête, on constate que les harceleurs et harceleuses sont presque aussi souvent mobbés-e-s par des collègues (pour un taux de 36%) que par des personnes occupant un rang plus élevé dans la hiérarchie (pour un taux de 41%). L'étude relève encore qu'il y a harcèlement conjoint dans 23% des cas²⁹⁶. Le harcèlement dit « conjoint » correspond au harcèlement collectif (collègues et supérieurs, conjointement)²⁹⁷ envers une personne au moins.

²⁹⁴ BRIANT et GOLAY, 1999, p. 64.

²⁹⁵ *Id.*, p. 65.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 65.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 66, Figure 2.1.1.3.

Le rapport met également en évidence la nature des actes qui constituent la forme la plus fréquente de mobbing. Les critiques et dénigrements injustifiés constituent la forme de harcèlement psychologique la plus répandue, perpétrés à 46% par les collègues et à 41% par des supérieurs. Au sein de l'ACV, 4'800 personnes en auraient été victimes, ce qui est considérable. Viennent ensuite la ridiculisation et l'humiliation dont se plaignent 1'800 personnes, qui sont plus souvent le fait de supérieur-e-s (52%) que de collègues (36%). 1'700 cas font état d'attributions de tâches inférieures aux compétences, perpétrées par des personnes de rang supérieur - ce qui s'explique aisément- comme le retrait de certaines compétences pour 1'550 personnes²⁹⁸. Ces derniers éléments permettent d'ores et déjà de souligner la nécessité de définir un cahier des charges clair, précis, ainsi que les modalités de modification de celui-ci, comme l'une des mesures de prévention.

Parmi les 45 agissements constitutifs de mobbing et relevés par Leymann²⁹⁹, les auteurs relèvent l'**isolement**, la **mise à l'écart** ou le **refus de tout contact**, dont 1'530 personnes disent avoir été victimes, de même que les attaques sur la vie privée (1'450 cas) qui sont le plus souvent le fait de collègues et non pas de supérieurs hiérarchiques. L'attribution d'un volume de travail impossible à accomplir dans le dessein de **déstabiliser** ou de **faire craquer** une personne (autre agissement cité par Leymann) est quant à elle, mentionnée par près de 1'100 employés, dont les trois-quarts attribuent la responsabilité à leur supérieur-e-s. Du point de vue du management, il est surprenant de découvrir qu'un quart des employés pourrait ainsi « **assommer** » un collègue de travail ou un collaborateur de tâches insurmontables. Il s'agit sans doute d'une donnée intéressante qui doit permettre d'attirer la vigilance des supérieur-e-s hiérarchiques et surtout les hauts-fonctionnaires et élu-e-s, chefs et cheffes de départements étatiques. Enfin, les deux dernières formes de mobbing qui ont été distinguées consistent dans le refus de confier la moindre tâche et/ou parallèlement, l'attribution de tâches surqualifiées dans le but de désorienter la personne et concernent environ 500 collaborateurs et collaboratrices³⁰⁰. Il est également surprenant de constater que ces dernières manifestations de mobbing, concernant strictement le travail et son organisation, émanent presque aussi souvent de collègues que de supérieurs hiérarchiques³⁰¹.

Cette étude a connu lors de sa publication, à cette époque, un certain écho dans la société. Même la presse patronale, dans un article qui lui est consacré, conclut qu'un employeur ne peut pas prendre cette problématique à la légère. L'article souligne que « plusieurs entreprises ont d'ailleurs décidé spontanément de mettre à disposition des structures internes dont le but consiste à prévenir ou à enrayer de tels conflits, de façon à ce que la voie légale ne soit utilisée qu'en dernier recours. »³⁰²

²⁹⁸ BRIANT et GOLAY, 1999, p. 66, Figure 2.1.1.3., p. 66, et Figure n° 2.1.1.4, p. 67.

²⁹⁹ LEYMAN, 1996, pp. 43-44.

³⁰⁰ BRIANT et GOLAY, 1999, p. 67.

³⁰¹ *Id.*, Figure n° 2.1.1.5, p. 67.

³⁰² « Le harcèlement psychologique », in : Patrons.- Paudex, Publication du Centre patronal, 21 juin 1999, n° 14, p. 21. L'auteur veut plus vraisemblablement sans doute parler de la voie « judiciaire » (*ndla*).

B. Le harcèlement sexuel

Parmi les nombreuses discriminations dont les femmes sont les victimes, le harcèlement sexuel -plus rare toutefois que le mobbing en termes purement quantitatifs, n'est pas inexistant à l'ACV. Cette discrimination à l'égard des femmes en majorité est surtout présente dans ses manifestations verbales et sexistes³⁰³. Notons toutefois que si 18% des femmes déclaraient avoir subi de telles agressions, 11% des hommes affirmaient la même chose³⁰⁴.

Ces résultats, somme toute peu différents entre les hommes et les femmes, attestent que, contrairement à bon nombre d'idées reçues, les hommes peuvent aussi être victimes de harcèlement sexuel. Reste à savoir si les hommes et les femmes sont victimes indifféremment des mêmes types de harcèlement sexuel. En ce qui concerne les hommes, certains affirment se sentir fortement importunés du fait que les femmes en tant que groupe, font l'objet de propos sexistes, grossiers et méprisants.

Il faut en effet prendre en considération un biais dans le fait que les femmes et les hommes ne se plaignent pas forcément des mêmes choses. Il est possible de banaliser sa réponse en ne répondant qu'incomplètement au questionnaire, soit par honte, soit parce que l'on a une certaine faculté de supporter certaines agressions, soit parce qu'il peut exister une certaine tendance à minimiser les atteintes, selon le sexe auquel on appartient ainsi que selon son niveau d'éducation et celui que l'on occupe dans la hiérarchie.

À l'instar des études préalablement mentionnées, ledit rapport met en évidence deux catégories de manifestations du harcèlement sexuel :

1) « *Le harcèlement ciblé sur une personne précise, où la personne victime subit des propositions gênantes, des contacts physiques non désirés, des menaces ou un chantage à l'emploi et, dans sa manifestation la plus grave, des rapports sexuels non désirés.* »³⁰⁵

2) « *Le harcèlement sexiste qui est de nature verbale et ne vise pas nécessairement une personne en particulier, mais par exemple, les femmes en tant que groupe. L'auteur-e ne manifeste pas d'intentions d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, mais il vise à créer un sentiment de malaise, de gêne ou d'humiliation chez la personne prise pour cible. Ce comportement a pour conséquence une détérioration des rapports de travail, comparables aux effets induits par des manifestations de mobbing.* »³⁰⁶

Les auteurs soulignent que certaines de ces manifestations de harcèlement sexuel procèdent aussi du mobbing. Ils relèvent également que les formes les plus fréquentes appartiennent à la deuxième catégorie et se manifestent essentiellement par

³⁰³ BRIANT et GOLAY, 1999, p. V.

³⁰⁴ *Id.*, pp. V et 107.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 108.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 109.

des propos sexistes ou dégradants³⁰⁷. On retrouve les mêmes chiffres qu'à la page précédente concernant la proportion de victimisation des hommes et des femmes car les questions n'ont pas été différenciées. Ceci pourrait également signifier qu'en matière sexuelle, lorsque l'on viole d'une certaine manière la sphère intime, et même si l'agression est spécialement dirigée contre quelqu'un d'autre que soi, l'on se sent soi-même agressé-e et plus facilement concerné-e. En outre, 9% de femmes et 6% d'hommes disent avoir été témoins et avoir dû subir des plaisanteries ou discussions obscènes³⁰⁸. Ces derniers chiffres, comparés aux précédents, montrent que, lorsqu'il s'agit de plaisanteries ou de discussions grivoises, une faible proportion de personnes ne se sentent pas elles-mêmes victimes des excès auxquelles elles ont assisté. Par ailleurs, les femmes se sentent un peu plus concernées que les hommes, en quelque sorte, victimisées par ricochet, mais dans une proportion qui n'est que faiblement supérieure à celle des hommes.

Ces résultats tendent également à démontrer que le harcèlement sexuel, sous une forme ou sous une autre, est un comportement plus violemment attentatoire à la dignité que le mobbing.

Selon les résultats de ce rapport, les hommes sont donc aussi affectés par la détérioration des rapports de travail liée à la tenue de propos sexistes ou obscènes. Ces paroles sont proférées autant par les collègues (en particulier en direction des femmes) que par les usagers de l'administration. Les catégories les plus touchées sont le personnel soignant, le personnel enseignant et les personnes travaillant dans le secteur social. Toutefois, dans ce domaine, les femmes mentionnent surtout comme auteurs de harcèlement sexuel, les collègues et les usagers, puis en second rang, leurs supérieur-e-s, puis les client-e-s. Quant aux hommes, ils mentionnent en premier lieu comme auteurs d'agressions à leur égard, les clients ou usagers de l'administration et, en deuxième lieu, leurs supérieur-e-s³⁰⁹.

Hommes et femmes sont mentionnés au même titre comme auteur-e-s, de ce que les rédacteurs du rapport appellent les « manifestations verbales » de harcèlement sexuel. Il ressort encore que les femmes sont plus souvent victimes de ces manifestations que les hommes. La terminologie épiciène utilisée de façon généralisée et systématique par les auteur-e-s ne permet toutefois pas de distinguer si les femmes (clientes, « usagères », supérieures ou collègues) agressent sexuellement (par des propos et remarques grossiers ou malveillants) les femmes qu'elles côtoient dans l'univers professionnel, aussi souvent que les hommes. À ce stade, nous ne disposons pas de chiffres permettant d'affirmer que dans l'ACV, les femmes sont agressées sexuellement de cette façon, autant par des femmes que par des hommes.

Les auteurs dudit rapport soulignent encore que la seule manifestation de harcèlement sexuel, subie plus fréquemment par les hommes que par les femmes, consiste en l'exhibition d'images ou de matériel pornographique, ce qui concerne 2,4% des

³⁰⁷ Remarquons que les propos soit-disant « dégradants » pour les femmes, le sont tout autant -voire plus- pour ceux qui profèrent ces mots, bien qu'apparemment ils ne s'en rendent pas compte...

³⁰⁸ BRIANT et GOLAY, 1999, p. 109.

³⁰⁹ *Id.*, p. 109.

hommes et 1,2% des femmes³¹⁰. Ces manifestations, qualifiées par les auteurs d'« atteintes très graves » à la personnalité et à l'intégrité physique des victimes, ont donc manifestement été constatées au sein de l'ACV³¹¹.

Cette étude était d'autant plus nécessaire que l'on n'aurait a priori pas imaginé l'importance du sentiment de victimisation des hommes ni de la participation active des femmes à des comportements abusifs de nature sexuelle. Au surplus, il peut paraître étonnant et il est, en tout état de cause, choquant, de constater que 441 personnes (349 femmes et 92 hommes) déclarent avoir subi des contacts physiques non désirés, provoqués, dans la plupart des cas, par des collègues³¹².

Les chiffres mentionnés par l'étude précitée sur l'ACV -qui ne correspondent qu'à quelques pages de ce rapport qui en comporte pourtant 123, plus 22 pages d'annexes, correspondant aux questionnaires soumis à tout le personnel de l'Etat de Vaud- sont une véritable mine d'informations pour qui (élu-e-s, cadres dirigeants, et responsables RH surtout) veut bien prendre la peine de les lire et de les interpréter, même sommairement.

C'est à la fois une étude quantitative qui a permis de lever les tabous et de nommer le problème, de mesurer son ampleur et, nous le verrons, de décider de mettre en place des structures de lutte dans les services ou de manière centralisée. Les résultats de ce travail sont également d'une importance capitale du point de vue qualitatif, car les informations recueillies permettent aux acteurs de la lutte contre le harcèlement de cibler les spécificités du problème et de se préoccuper -entité par entité, secteur de travail par secteur de travail, profession par profession- d'apporter des solutions différenciées.

C. Les coûts probables de cette violence au travail

Il convient à présent de se demander ce qu'il en est des coûts engendrés par le mobbing et le harcèlement sexuel au sein de l'administration en général et de l'ACV en particulier. L'étude du SECO précitée a montré que les coûts du mobbing pouvaient être élevés, en raison des arrêts maladie, des démissions ou d'autres défections (le découragement, la démotivation, en raison du désinvestissement presque complet des tâches confiées). Rappelons que les spécialistes ont évalué que le coût d'un cas de mobbing revient à environ à une année de salaire³¹³.

Rehbinder³¹⁴ a, quant à lui, chiffré les coûts d'ensemble du mobbing pour l'entreprise et la société entre 3 et 7 milliards de francs par année, en Suisse. Il est

³¹⁰ BRIANT et GOLAY, 1999, p. 109.

³¹¹ Par ailleurs, il a été constaté que les milieux professionnels qui devraient donner un certain exemple en matière d'éthique (enseignement, par exemple) ne sont pas exempts de ce genre de débordements.

³¹² BRIANT et GOLAY, 1999, p. 110.

³¹³ KIENER, 2003, p. 15 : estimation probable pour la fonction publique, fondée sur les chiffres donnés dans le secteur privé par Leymann (*ndla*).

³¹⁴ REHBINDER, 1997, p. 165 : chiffre estimatif basé sur une comparaison avec l'Allemagne ; cité par Wennubst, 1999, p. 191.

toutefois difficile de savoir exactement à quoi correspondent ces chiffres. Wennubst souligne très justement que de nombreuses sources avancent des chiffres très difficiles à interpréter, en l'absence de données sur l'origine des informations prises en compte et la méthode de calcul³¹⁵. Aucune recherche actuelle ne permet de déterminer de manière précise les coûts engendrés spécifiquement par le mobbing, en termes d'absentéisme notamment. On sait simplement que les démissions, les arrêts maladie, la démotivation des collaborateurs et les départs en pré-retraite sont contre-productifs et coûtent cher en prestations diverses.

Les études chiffrées effectuées jusqu'à présent ne reflètent qu'une estimation globale de coûts en relation avec des causes assez diverses et ne concernent pas spécifiquement la Fonction publique vaudoise. Toutefois, on ne voit pas pourquoi, à la lumière d'une étude randomisée faisant apparaître la réalité et l'ampleur du problème à l'échelle nationale, il n'engendrerait pas de coûts aussi exorbitants que dans les autres pays. De plus, l'on sait qu'au sein de la fonction publique, nombre de services, sous la forme de consultations sanitaires, sociales et juridiques, sont offerts aux collaborateurs. Ces coûts présumés n'ont fait l'objet, dans l'ACV, d'aucune étude spécifique. Toutefois, il serait justifié de faire entrer ces coûts présumés dans la catégorie que Ramaciotti *et al.*³¹⁶ rangent dans la catégorie des coûts « non monétaires », qui sont multiples, multiformes difficilement chiffrables sur la base de comparaisons empiriques.

Il serait désormais souhaitable que toutes ces dépenses puissent être évaluées par des instances indépendantes de l'administration (telle qu'une commission parlementaire, par exemple) qui, tout en étant rémunérées par l'Etat ou partie prenante de l'Etat, jouiraient d'une autonomie dans la méthode scientifique employée et d'une indépendance à l'égard de l'exécutif qui soit garantie, voire consacrée dans une base légale ou réglementaire.

Le harcèlement n'est pas une fatalité. En conséquence (et qui plus est, en période de crise économique), la fonction publique ne peut, pas plus que l'ensemble des entreprises du pays, se permettre des dépenses dues à des nuisances qui pourraient être sinon évitées complètement, tout au moins atténuées dans leurs effets. Afin de faire prendre conscience aux décideurs et aux managers de l'ampleur du problème, il serait nécessaire que les travaux précédemment effectués soient actualisés et complétés par une étude spécifique plus élaborée, qui chiffre de manière précise le coût réel du harcèlement au sein de l'ACV.

En conclusion, les résultats enregistrés par le SCRIS et le BEFH relatifs au mobbing et au harcèlement sexuel dans l'ACV sont fort préoccupants sur le plan éthique, économique et juridique. Tout laisse supposer que le harcèlement, sous toutes ses formes a un coût élevé dans l'ensemble des secteurs professionnels. On a toutes les raisons de penser que les conséquences financières du harcèlement psychologique et sexuel sont aussi importantes dans le secteur public que dans les autres secteurs de la vie économique.

En outre, il est impératif d'étudier de manière spécifique -et sous toutes ses formes- le phénomène du harcèlement dans le cadre des relations de travail au sein des orga-

³¹⁵ WENNUBST, 1999, p. 191.

³¹⁶ RAMACIOTTI *et al.*, 2000, p. 22.

nisations étatiques et des autres fonctions publiques. Il est indispensable que tous les collaborateurs de la fonction publique, à tous les niveaux de la hiérarchie, soient en mesure de lutter contre le mobbing et le harcèlement sexuel par une prise de conscience de ce qu'ils sont et de ce qu'ils ne sont pas, et d'intervenir lorsqu'ils se manifestent dans leur entourage professionnel. Il est également indispensable que les collaborateurs et surtout les collaboratrices puissent se défendre avant que les dommages ne soient trop importants. Il est impératif que l'ensemble du personnel et en particulier, les supérieur-e-s hiérarchiques -qui ont un rôle primordial à jouer dans le management des relations de travail- sachent reconnaître les mécanismes du harcèlement tout autant que ses prémices. Il faut qu'ils comprennent, maîtrisent et développent le maniement des outils juridiques à leur disposition. Il serait même envisageable qu'ils participent, à leur niveau, à l'amélioration de des instruments mis à la disposition de l'ensemble des collaborateurs.

Le phénomène du mobbing, ayant été fortement médiatisé et le terme galvaudé de manière outrancière, il est impératif de savoir distinguer ce qui relève du mobbing de ce qui relève de conflits qui peuvent être résolus -ou tout au moins être gérés et/ou traités- en amont de graves crises professionnelles. Ainsi pourraient être évitées de nombreuses plaintes abusives et en tout cas, pour les victimes, de profondes frustrations liées à l'impossibilité pour l'autorité administrative et/ou judiciaire de reconnaître, et de qualifier en termes juridiques, une situation de harcèlement.

II. Les sources du droit Suisse en matière de harcèlement psychologique et sexuel

La notion juridique du harcèlement psychologique et du harcèlement sexuel en droit suisse est récente et l'application de la loi en termes de protection des travailleuses et des travailleurs demeure encore inégalement assurée³¹⁷.

Les normes protectrices de la personnalité et de la santé des personnes au travail sont présentes dans notre législation mais de manière éparse. Elles permettent toutefois de qualifier le harcèlement psychologique dans le cadre des relations de travail et d'en invoquer l'illicéité devant les juridictions compétentes. En revanche, une norme de rang fédéral existe qui définit le harcèlement sexuel³¹⁸, en affirme l'illicéité et prévoit une procédure d'application impérative à l'ensemble des employeurs, publics ou privés de l'ensemble du pays.

Il convient de souligner que les premières règles applicables en droit positif suisse protégeant la personnalité trouvent leur fondement dans des normes de droit privé. Celles-ci ont été intégrées à des normes de rang supérieur dont plusieurs conventions internationales, ainsi que des normes de rang constitutionnel.

³¹⁷ STUTZ Heidi, SCHÄR MOSER Marianne, FREIVOGEL Elisabeth (2005), *Evaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité, Rapport de synthèse, sur mandat de l'Office fédéral de la justice*, Bureau d'études de politique du travail et de politique sociale BASS, Berne et Binningen.

³¹⁸ LEg, art. 4.

1. Les conventions internationales

Dans la perspective de couvrir la palette du droit positif suisse en matière de protection de la personnalité et de protection contre le harcèlement, il s'avère intéressant de mentionner ces règles de droit. En effet, elles sont souvent assez anciennes, émanent de sources variées et recouvrent une protection élargie de la personnalité dans un cadre qui se veut universel. Nous verrons que ce cadre circonscrit la plus grande partie de la protection contre des actes de harcèlement.

Ces textes sont porteurs d'une constellation de droits fondamentaux, dont la violation répétée est susceptible de constituer un comportement de harcèlement. Les personnes visées par cette protection ont donc un droit opposable à la protection de ces droits par les Etats parties à ces conventions.

A. La Convention pour l'élimination de toutes les discriminations envers les femmes.

Se référant à la Charte des Nations-Unies³¹⁹ et aux pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme³²⁰, la Convention pour l'élimination de toutes les discriminations envers les femmes³²¹ (ci-après : Pacte ONU II) constate dans son préambule qu'en dépit de ces divers instruments, les femmes continuent à faire l'objet d'importantes discriminations. Le préambule de ce pacte international rappelle que le développement complet d'un pays, le bien-être du monde et la cause de la paix demandent la participation maximale des femmes à égalité avec les hommes dans tous les domaines et souligne que le rôle de la femme dans la procréation ne doit pas être une cause de discrimination. Les Etats parties s'engagent à adopter les mesures nécessaires à la suppression de cette discrimination, sous toutes ses formes et dans toutes ses manifestations.

³¹⁹ Charte des Nations Unies, conclue à San Francisco le 26 juin 1945, approuvée par l'Assemblée fédérale le 5 octobre 2001, Déclaration d'acceptation des obligations contenues dans la Charte de l'ONU déposée par la Suisse le 10 septembre 2002, entrée en vigueur pour la Suisse le 10 septembre 2002, RS 0.120.

³²⁰ Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques sociaux et culturels, Conclu à New York le 16 décembre 1966, approuvé par l'Assemblée fédérale le 13 décembre 1991, instrument d'adhésion déposé par la Suisse le 18 juin 1992, entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992, RS 0.103.1/1.

³²¹ Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, conclue le 18 décembre 1979, approuvée par l'Assemblée fédérale le 4 octobre 1996, instrument de ratification déposé par la Suisse le 27 mars 1997, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997, RS 0.108 (Pacte ONU II).

a. Définition de la discrimination

L'art. 1 de dite Convention définit la discrimination à l'égard des femmes comme toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui compromet ou détruit la jouissance ou l'exercice de droits par les femmes³²².

b. Engagement des Etats parties

Dans son art. 3, la Convention prévoit que les Etats parties à cette convention s'engagent à assurer le droit égal qu'ont l'homme et la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels qui sont énumérés dans ledit pacte³²³.

c. Prévention

L'art. 5 *litt.* a de dite Convention met l'accent sur la responsabilité des Etats parties en matière de prévention des discriminations. Il prévoit que les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour :

*« [...] modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes. »*³²⁴

d. Responsabilité

Cette dernière assertion ne manque pas d'intérêt dans le cadre d'une protection étendue des femmes. Les Etats parties engagent leur responsabilité pour non seulement, éliminer les préjugés concernant la supériorité d'un sexe sur l'autre, mais ils doivent veiller à lutter, voire à faire en sorte d'éliminer les comportements stéréotypés d'un autre âge, ou qui imposent aux seules femmes des conditions de vie contribuant à les cantonner à un rôle prédéfini. Cela signifie que les Etats parties doivent mener des politiques de fond visant non plus seulement à « ne pas faire », à ne pas accepter de pratiques fondées sur des préjugés, mais à « faire ». C'est-à-dire que les Etats ont le devoir de légiférer et de mettre en œuvre des politiques visant à « éduquer » leurs citoyens. L'Etat a donc une responsabilité en matière de prévention, qui doit viser, à grande échelle, par des politiques adaptées, à influencer sur les comportements et les mentalités de ses citoyens et citoyennes.

³²² Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 1.

³²³ *Id.*, art. 3.

³²⁴ *Ibid.*, art. 5. *litt.* a.

e. Protection particulière à l'égard des femmes et interdiction de la discrimination

L'art. 5 *litt. b*³²⁵ affirme que la maternité est une fonction sociale qui ne doit pas être exercée uniquement par les femmes et que l'éducation familiale s'inscrit dans une condition parentale plus générale. Cela suppose que des mesures relatives à l'amélioration des conditions de travail soient prises dans les entreprises pour rendre favorables l'exercice et le partage entre hommes et femmes des tâches relatives à l'éducation des enfants. Ces principes doivent donc se traduire en droit du travail, notamment, par des conditions objectives visant l'épanouissement des femmes dans leur vie professionnelle.

f. Restriction de la souveraineté des Etats

L'art. 11, *al. 1*³²⁶ s'inscrit également dans la volonté pour les Etats parties de se soumettre à la prise de mesures effectives, conçues pour assurer la protection du droit des femmes au travail de manière très large, en amont de leur engagement dans les entreprises, tout comme lorsqu'elles sont déjà installées dans leur emploi. Ceci implique l'élaboration de mesures visant à éviter et si possible à éradiquer toute forme de discrimination préalable à l'embauche, ainsi que de toute forme de harcèlement au sein des entreprises de manière durable, afin d'offrir aux femmes la pleine jouissance de conditions de travail comparables à celles des hommes.

Sur le plan procédural, aucun *imperium* n'est bien sûr opposable aux Etats parties, qui acceptent volontairement de se lier en s'imposant ces règles à eux-mêmes. Dans le cadre de cette convention, un Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes est créé qui se compose d'experts, élus par les Etats parties parmi leurs ressortissants³²⁷.

Dans le domaine de l'élimination de la discrimination envers les femmes, de nombreux efforts ont été faits en Suisse en ce qui concerne la protection de la maternité,

³²⁵ Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes RS 0 108, art. 5. *litt. b* :

« Faire en sorte que l'éducation familiale contribue à faire bien comprendre que la maternité est une fonction sociale et à faire reconnaître la responsabilité commune de l'homme et de la femme dans le soin d'élever leurs enfants et d'assurer leur développement, étant entendu que l'intérêt des enfants est la condition primordiale dans tous les cas. »

³²⁶ *Id.*, art. 11. *al. 1*

³²⁷ *Ibid.*, art. 17.

N.B. En dépit des réserves émises sur les difficultés de lecture que peut poser l'utilisation systématique d'une terminologie strictement épïcène, il est tout à fait paradoxal de voir que, dans ce texte -précisément- les termes se référant aux expert-e-s mandaté-e-s ne soient pas mentionnés dans une forme rigoureusement féminisée : les termes de la Convention ne mentionnent pas les « ressortissantes » mais ne parlent que de « ressortissants »!

en droit privé tout comme -surtout- en droit de la fonction publique³²⁸, notamment le congé de maternité, d'allaitement, le congé parental, les allocations familiales, etc.)³²⁹. Toutefois, des progrès restent à faire, notamment dans la promotion des femmes dans les fonctions de cadres intermédiaires et supérieurs et, par voie de conséquence, dans celui de l'égalité des salaires à niveau d'études et de compétences égal. Les questions d'inégalité qui subsistent entre hommes et femmes ne sont que l'un des aspects discriminatoires à l'égard des femmes ainsi que des manifestations indirectes de harcèlement en rapport parfois avec le harcèlement psychologique et sexuel dans le cadre des relations de travail.

B. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après : CESDH)³³⁰

a. Nature des droits protégés

Outre une protection générale prévue à l'égard de toute personne mise en accusation en matière pénale, l'art. 6 CESDH³³¹ s'applique, pour toute personne incluse dans le champ d'application de la Convention, à des **contestations sur ses droits et obligations de caractère civil**. La notion de « droits et obligations de caractère civil » est une notion autonome de la Convention européenne ; elle ne dépend donc pas de la qualification qu'en donne le droit interne des Etats.

Selon Verniory³³², ce traité multilatéral revêt, bien que cela soit parfois controversé en doctrine, un rang « supra constitutionnel », ce qui situe ce texte au sommet de la hiérarchie des normes. Les articles 2 à 18 sont directement applicables (self-executing) et, en particulier l'art. 6³³³. Les droits qui s'y rattachent sont assimilés à des droits constitutionnels.

Rappelons aussi³³⁴ que le respect de la CESDH incombe d'office à toute autorité publique qui applique ou qui interprète le droit, et ce en tout état de cause. Par conséquent, l'administration, quand elle applique le droit à un administré ou à l'un de

³²⁸ Loi sur le personnel de l'Etat de Vaud (LPers-VD), du 12 novembre 2001, 172.31, Loi sur le personnel de la Confédération du du 24 mars 2000 (LPers), RSV 172.220.1.

³²⁹ *Id.*, art. 32 et 35.

³³⁰ Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, telle qu'amendée par le Protocole n°11 (CESDH), entrée en vigueur le 1er novembre 1998, accompagnée du Protocole additionnel et des Protocoles n°4, 6, 7, 12 et 13 RS 0.101, *passim*. Même si l'usage veut que l'abréviation de cette convention soit souvent CEDH, le risque de confusion avec la Cour Européenne des Droits de l'homme (CEDH) me conduit à proposer l'utilisation systématique de CESDH pour dite Convention.

³³¹ *Id.*, art. 6.

³³² VERNIORY, Jean-Marc (2005), *Les droits de la défense dans les phases préliminaires du dossier pénal*, Berne, Stämpfli Editions SA, 2005, 646 p., p. 34, 35.

³³³ CESDH, art. 6.

³³⁴ VERNIORY, 2005, p. 35.

ses **collaborateurs**, quand elle interprète une règle juridique en matière d'atteinte aux droits de la personnalité, doit respecter strictement la CESDH.

En matière de droits de la défense, l'art. 14 étend la protection non seulement contre toute accusation en matière pénale, mais aussi en matière de contestations sur ses droits et obligations de caractère civil³³⁵. Ces dispositions impliquent autant le droit de faire constater une atteinte de type « harcèlement », que celui de ne pas être « accusé », ou plus exactement « mis en cause » à tort pour des faits de harcèlement psychologique ou sexuel³³⁶. Les droits et contestations de nature civile peuvent concerner le recours contre une sanction qui prononce une réduction du salaire ou le renvoi pour justes motifs. Tout particulier est donc fondé à se prévaloir de cette convention pour invoquer la reconnaissance et la protection de ses droits subjectifs.

Les articles 9 et 10 protègent également la liberté d'expression³³⁷, de conscience et de religion³³⁸, droits qui sont parfois malmenés par des comportements de harcèlement.

Personne ne peut donc, dans le cadre de ses relations de travail, être l'objet d'attaques relatives à d'éventuelles atteintes comprises dans ces dispositions. Certaines restrictions en matière de religion ont été cependant admises par la jurisprudence, lorsque celle-ci était l'une des conditions d'exercice d'un emploi³³⁹.

On peut aussi citer le cas d'un ou d'une fonctionnaire de l'Eglise, collaborateur ou collaboratrice de l'Etat de Vaud, qui, en tant que membre de l'Eglise réformée de

³³⁵ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU II), RS.0 103., art. 14.1.

³³⁶ *Id.*, art. 17, ch. 2 et 3.

³³⁷ CESDH, art. 10.

³³⁸ *Id.*, art. 9.

³³⁹ ATF 130 III, p. 702, cons. 4. Relativement au congé qualifié de discriminatoire, « l'application de l'art. 336 *al.* 1 *litt.* a CO, suppose premièrement que le congé ait été donné pour un motif inhérent à la personnalité de la personne congédiée et, deuxièmement, que ce motif n'ait pas de lien avec le rapport de travail ou ne porte pas sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise. (ATF 127 III, 86, cons. 2a). »

Par ailleurs, selon les termes de l'art. 336 *al.* 1 *litt.* b CO, le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel, à moins que l'exercice de ce droit ne viole une obligation résultant du contrat de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise. Ce motif justificatif concerne notamment les travailleurs qui ont un devoir de fidélité accru, à savoir, les employés des "Tendenzbetriebe", terme par lequel on désigne les entreprises dont le but n'est pas essentiellement lucratif et qui exercent une activité à caractère spirituel ou intellectuel, c'est-à-dire politique, confessionnel, syndical, scientifique, artistique, caritatif humanitaire, etc.

La personne qui conclut un contrat de travail avec une telle organisation accepte un devoir de fidélité plus exigeant; même en dehors de son activité professionnelle, elle doit éviter tout comportement qui pourrait nuire à l'image souhaitée par l'entreprise (ZOSS, Marie Gisèle, 1997), *La résiliation abusive du contrat de travail, Etude des articles 336 à 336b CO*, thèse à l'Université de Lausanne, 372 p., p. 192 ; cf. également AUBERT, Commentaire romand, n. 5 *ad* art. 336 CO; STAEHELIN/VISCHER, Commentaire zurichois, n. 20 *ad* art. 336 CO.

Canton de Vaud (ci-après EERV)³⁴⁰, afficherait une autre confession que la religion prônée ou changerait ouvertement de pratique religieuse. Il s'ensuivrait une atteinte à l'image de l'Eglise et une incohérence dans le déroulement de sa mission.

Etant donné le caractère des actes de harcèlement, les droits fondamentaux protégés par dite Convention font l'objet de violations lorsque sont perpétrés des comportements de harcèlement dans le cadre des relations de travail. Il peut s'agir du **droit au respect de la vie privée et familiale**, dans les cas de rumeurs et de calomnies. Il peut s'agir d'intrusions dans la sphère privée, ou encore de violation de la correspondance postale ou électronique ou de leur surveillance abusive, ou encore d'espionnage de conversations privées ou semi-privées ou encore d'ingérence dans les dossiers d'un collaborateur ou d'une collaboratrice, non justifiées par les besoins du service et donc, abusives³⁴¹. Si des restrictions à ce droit peuvent être prévues en raison de la nature des fonctions exercées par la collaboratrice ou le collaborateur, ces restrictions doivent être prévues dans un **règlement interne** dont l'employé aura dûment pris connaissance avant l'entrée en fonction, en vertu du principe de la **sécurité juridique** et de la **prévisibilité du droit**.

L'art. 17 protège contre les immixtions d'autrui dans la sphère privée³⁴². Citons le cas d'une personne qui, sous prétexte de chercher un document, fouillait systématiquement dans les tiroirs d'un collègue et s'était arrangée pour prendre connaissance par le biais d'Internet de la nature précise des pilules qui se trouvaient dans son bureau. Il lui a été aisé par la suite de faire circuler des rumeurs sur d'éventuelles difficultés de ce collègue, dues à une maladie (« honteuse » et dont on pouvait supposer qu'elle serait bientôt invalidante), tout en laissant croire que ces informations provenaient de confidences plus ou moins avouées qui lui auraient été faites par ce collègue. Cette personne feignait en même temps de se faire du souci pour son collègue et indiquait à qui voulait l'entendre, qu'elle faisait tout son possible pour l'aider et le soulager dans son travail, en réalisant une partie de celui-ci, étant donné l'« état » dans lequel se trouvait ce collègue.

La liberté de réunion et d'association, garantie également par l'art. 11³⁴³, personne ne peut se voir traiter de manière discriminatoire ou non éthique en raison de son appartenance, ou de sa non appartenance **syndicale**, ou en raison de son refus de participer à des commissions diverses, non imposées bien sûr, par les besoins du service.

Pour démontrer l'existence de harcèlement, il appartient dans ce cas à la personne plaignante de fournir des éléments suffisamment crédibles permettant d'établir un lien entre l'exercice du droit d'association et d'éventuelles mesures discriminatoires. Dans un cas de harcèlement, la discrimination fondée sur l'appartenance syndicale est, de nos jours et en particulier, dans l'administration, de plus en plus rarement

³⁴⁰ Loi sur l'Eglise évangélique réformée du Canton de Vaud (LEERV) du 09.01.2007, 180.11., art. 4.2 (abrogée).

³⁴¹ CESDH, art. 8.

³⁴² Pacte ONU II, art. 17.

³⁴³ CESDH, art. 11.

franche et « ouverte », étant donné le caractère « **hors-la-loi** » d'un tel comportement.

Citons le cas d'un supérieur hiérarchique, qui s'arrangeait toujours pour planifier des réunions au cours desquelles étaient données des informations capitales sur la marche du service, de manière à ce que l'un de ses collaborateurs (son principal adjoint) -par ailleurs syndicaliste et représentant du personnel- ne puisse quasiment jamais y assister. Par ailleurs, le supérieur hiérarchique prenait toujours le soin de préciser de manière assez vague aux autres collaborateurs que l'adjoint en question, serait informé par ses soins (ce à quoi il ne procédait, en fait, que de manière très floue). Il a été par la suite aisé au supérieur, en public, en privé ou en l'absence de témoins susceptibles de le prendre en faute, de reprocher à son collaborateur de n'être jamais au courant des informations capitales concernant le service.

L'art. 14³⁴⁴ qui interdit toute discrimination, rend illicite un comportement portant atteinte à quiconque sur le fondement de ses **particularités** sexuelle, physique, ethnique, nationale, linguistique, religieuse, sociale, d'opinion politique ou autre. Se livrer à des allusions par gestes, mimiques, ricanements, plaisanteries graveleuses à l'encontre d'un collègue homosexuel auto-déclaré ou que l'on souhaite faire passer pour tel, ou encore laisser planer des doutes -fondés ou non- sur ses pratiques sexuelles, religieuses ou associatives est illicite. Si la hiérarchie tolère de tels comportements -ou pire, les encourage- soit en exacerbant les tensions (de manière ouverte ou détournée), soit en niant les problèmes qui se posent, elle engage la responsabilité de l'employeur qui se rend alors « **complice** » de comportements de harcèlement.

L'art. 18³⁴⁵ permet une limitation de l'usage des droits fondamentaux, en particulier quand le but des restrictions à ces droits est de garantir la protection d'autres droits fondamentaux. Ce peut être le cas par exemple, concernant l'interdiction de consommer des substances interdites pour des raisons de sécurité, ou l'obligation de respecter strictement un **règlement de sécurité** ou toute autre mesure, comme le respect d'une charte éthique ou d'un règlement portant sur les règles de comportement à observer, ou visant plus largement la protection des droits d'autrui.

Quant à l'art. 17, relatif à l'interdiction de l'abus de droit³⁴⁶, il peut s'interpréter dans le cadre des relations de travail comme le droit pour un collaborateur ou une collaboratrice de ne pas faire l'objet -dans cet esprit- d'actes susceptibles d'être constitutif de harcèlement. Nous pouvons citer l'exemple d'un cas de harcèlement ascendant où le collaborateur n'obéissait aux ordres, aux consignes et à leurs confirmations que si ceux-ci étaient formulés par écrit et ce, uniquement quand cela lui convenait.

Cette disposition comporte aussi le droit de ne pas être accusé à tort d'actes illicites, tels qu'un comportement de harcèlement et d'avoir le droit d'être entendu et de se

³⁴⁴ CESDH, art. 14.

³⁴⁵ *Id.*, art. 18.

³⁴⁶ *Ibid.*, art. 17.

défendre. Comme l'a souligné Perrin³⁴⁷, le comportement qui peut être sanctionné ne consiste pas seulement en la violation d'un devoir édicté par un organe législatif ou étatique. Le principe de la bonne foi -et l'interdiction corrélative de l'abus de droit- constituent des archétypes directement à la disposition des justiciables.

b. Normes protectrices de nature formelle

En matière procédurale, les articles. 6 et 13 de dite Convention jouent un rôle très important sous l'angle des actes de harcèlement.

L'art. 6 § 1 CESDH³⁴⁸ assure à tout justiciable le droit à un procès équitable et public, la garantie d'un tribunal indépendant et impartial, ainsi que le droit d'être entendu. Ces dispositions sont également pertinentes en termes de protection contre le harcèlement psychologique ou sexuel, son pendant en matière de défense contre des accusations de harcèlement, que celles-ci soient fondées ou non.

Ces dispositions de l'art. 6, ch. 1, en particulier, le droit d'être entendu, s'appliquent aux personnes qui s'estiment victimes de harcèlement, tout comme aux particuliers qui sont l'objet d'accusations de harcèlement.

La Loi sur le Personnel de l'Etat de Vaud (ci-après : LPers-VD) s'est conformée à l'art. 6 CEDH en créant le Tribunal de prud'hommes de l'Administration cantonale (ci-après : TRIPAC)³⁴⁹, afin d'éviter que l'Administration, étant elle-même en charge des dossiers contentieux, ne soit à la fois soit juge et partie.

L'article 13 CEDH³⁵⁰ offre quant à lui des garanties minimales de procédure à la personne qui se plaindrait d'une violation des droits subjectifs énumérés dans dite Convention. La dernière proposition « alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans le cadre de leurs fonctions officielles » nous intéresse dans la mesure où dites violations (atteintes à la sphère privée, par exemple), peuvent être perpétrées par des supérieurs hiérarchiques membres de la haute administration. L'Etat doit donc protéger ses collaborateurs et collaboratrices, non seulement contre les atteintes proprement dites, mais il doit veiller à assurer leur protection lorsque les atteintes sont perpétrées par des personnes que la place dans la hiérarchie contribue à protéger ou à exonérer de fait et d'office de leurs responsabilités.

³⁴⁷ PERRIN, Jean-François (2001), « Les relations entre la loi et les règles de la bonne foi », in : *L'abus de droit / Comparaisons franco-suisse*, Publications de l'Université de Saint-Etienne (Actes du séminaire de Genève, 1998) , 217 p., pp. 31-49.

³⁴⁸ CESDH, art. 6. 1.

³⁴⁹ Règlement sur le Tribunal de prud'hommes de l'Administration cantonale (RTRIPAC), 172.31.6, du 9 décembre 2002.

³⁵⁰ CESDH, art. 13.

C. Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ci-après Pacte ONU I)

Le préambule du Pacte ONU I, qui se réclame de la Charte des Nations Unies³⁵¹ et de la Déclaration universelle des droits de l'homme³⁵², stipule que l'idéal de l'être humain libre, libéré de la crainte et de la misère, ne peut être réalisé que si des conditions permettant à chacun de jouir de ses droits économiques, sociaux et culturels, aussi bien que de ses droits civils et politiques, sont créées.

L'art. 6³⁵³ prévoit que toute personne a le droit d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, ce qui est en principe le cas, lorsqu'une personne contracte avec un employeur. Dans notre société et nos Etats de droit, même si certains travaux peuvent être durs physiquement ou difficiles, y compris au service de l'Etat, les travailleurs sont rarement -en principe- l'objet de mesures dégradantes, humiliantes, au sens de l'art. 6 du texte susmentionné.

Il arrive cependant parfois qu'un travail dégradant, humiliant, inutile ou encore un travail sous-qualifié soit imposé à dessein à des collaborateurs ou collaboratrices, dans le but de porter atteinte à leur dignité ou à leur moral, de les déstabiliser. Il peut aussi s'agir de mise à l'écart, de « mise au placard » au sens propre (relégation dans un coin sombre, à l'air vicié, où personne ne passe, par exemple) comme au sens figuré (plus aucune tâche donnée ni aucune responsabilité en relation avec le cahier des charges ou avec une autre mission ou responsabilité nouvellement attribuée).

Les personnes susceptibles de faire l'objet de tels actes ont droit à des garanties³⁵⁴, selon lesquelles elles ne feront pas l'objet de telles mesures.

L'art. 12 prévoit le droit qu'a, toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre³⁵⁵. L'Etat aussi, en tant qu'employeur, doit protéger ses collaborateurs contre des actes de harcèlement qui rendent leurs conditions de travail insupportables pour leur santé physique et/ou mentale au travail. Les Etats doivent aussi veiller, et en particulier, **l'Etat employeur** doit veiller à protéger ses collaborateurs et collaboratrices, lorsque la pression est si forte au travail, qu'un arrêt maladie est vécu pour la hiérarchie ou par les collègues comme une preuve de faiblesse intolérable. Pour le salarié, il arrive que des reproches -formulés ouvertement ou non- empêchent un collaborateur d'accepter un congé pour raisons de santé, pourtant valablement prescrit par son médecin. Dite période de repos, pourtant nécessaire à leur santé à son équilibre physique et psychique n'est pas envisageable, car ceci les contraindrait souvent, dans les entreprises privées, autant qu'au sein des administrations, à retrouver à leur reprise de travail,

³⁵¹ Charte des Nations Unies, RS 0.120.

³⁵² Déclaration universelle des droits de l'Homme, art. 22.

³⁵³ Pacte ONU I, art. 6.

³⁵⁴ *Id.*, art. 7 litt. b.

³⁵⁵ *Ibid.*, art. 12.1. « *Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre.* »

toutes les tâches qu'ils n'ont pu exécuter lors de leur absence, et à supporter les reproches de leur chef et/ou de leurs collègues en raison du retard accumulé.

Les libertés syndicales et le droit de grève sont également reconnus dans les « limites légales imposées » par les Etats parties³⁵⁶. Cette dernière disposition revêt des restrictions plus ou moins importantes selon les systèmes juridiques des Etats signataires -Etats de droit, en principe- qui n'ont pas tous acquis le même niveau de protection. Mais, même dans notre Etat de droit, la Suisse, le harcèlement peut être une manière détournée de « sanctionner » de manière illicite ou d'exclure un collaborateur ou une collaboratrice considérée comme une « forte tête », qui milite pour la défense des droits syndicaux au sein de l'entreprise privée et même de la fonction publique.

Il est précisé que les Etats parties doivent s'engager à prendre des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit. Autrement dit, les représentants d'une administration, en tant qu'employeurs directs (ou « autorités d'engagement » en droit vaudois notamment)³⁵⁷ ou en tant qu'instruments de l'exercice de la puissance publique, ne doivent être ni acteurs ni complices de tels agissements, ni tolérer de telles atteintes. On peut conclure au devoir de sauvegarde de ce droit par les Etats parties, que ces derniers doivent respecter et même encourager par les règles d'organisation des services en donnant des directives précises dans ce sens. Il s'agit encore de l'obligation pour les Etats, non seulement de ne pas porter directement atteinte à ces droits mais aussi, en amont, d'en favoriser la mise en œuvre en protégeant les personnes physiques impliquées dans l'action syndicale ou dans la représentation d'organisations du personnel.

L'art. 15, ch. 2 visant à assurer à chacun le droit de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur, protège les collaborateurs et collaboratrices de la fonction publique des universités ou des centres de recherche³⁵⁸. Les Etats parties doivent prendre les mesures nécessaires afin d'assurer le plein exercice de ce droit³⁵⁹ et s'engagent à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices³⁶⁰.

Il découle de l'énonciation de ce droit que les collaborateurs et collaboratrices, travailleurs et travailleuses intellectuelles, inventeurs et inventrices, au service de l'administration ou du secteur privé, doivent être protégé-e-s contre toute pression ou tout agissement visant à porter atteinte à la réalisation de leurs travaux. Cela signifie que même les idées naissantes, exprimées au directeur de thèse ou de labora-

³⁵⁶ Pacte ONU I, art. 8.

³⁵⁷ Selon la terminologie de la Lpers-VD, art. 20.

³⁵⁸ Pacte ONU I, art. 14, ch. 1, *litt. c.*

³⁵⁹ *Id.*, art. 14, ch. 2.

³⁶⁰ *Ibid.*, art. 14, ch. 3.

toire doivent être protégées contre d'éventuelles appropriations ou détournements d'informations sur leurs véritables auteurs (y compris du directeur lui-même)³⁶¹.

Les agissements visant à déconsidérer d'un collaborateur ou une collaboratrice au sein de la communauté scientifique, à l'isoler ou à le mettre à l'écart de projets, ou encore à nier son travail portent atteinte à l'image professionnelle de dite personne ; ces atteintes à l'exercice des droits relatifs à la propriété intellectuelle et à la liberté académique, doivent dans le monde universitaire et scientifique (du secteur public ou privé) être considérés, comme constitutifs de faits de harcèlement.

Autrement dit, les collaboratrices et collaborateurs de l'Etat doivent, dans ce domaine aussi, bénéficier d'une protection d'ordre « positif ». Ils peuvent exiger que l'Etat employeur mette en place des mesures et des procédures leur permettant de protéger leur travail de manière efficace. C'est un droit subjectif que l'Etat doit protéger.

L'Etat doit par conséquent se doter de moyens visant à s'opposer par des mesures et des procédures idoines, à tout obstacle qui pourrait porter atteinte, délibérément ou par négligence, à l'exercice de ces droits. L'administration doit donc également promouvoir la réalisation de ces objectifs par des mesures de prévention et engage sa responsabilité en cas de manquements à ses obligations.

D. Pacte International relatif aux droits civils et politiques

Le Pacte ONU II reprend un certain nombre des droits fondamentaux précédemment énoncés tels que : l'interdiction de la discrimination³⁶², le principe d'égalité entre l'homme et la femme en matière de droits civils et politiques³⁶³, la liberté de pensée, de conscience ou de religion, ainsi que la liberté d'expression³⁶⁴ et d'association. D'autres droits également sont garantis par les Etats parties audit pacte, tels que, outre la liberté syndicale,³⁶⁵ la liberté de réunion pacifique³⁶⁶ et l'interdiction de la protection contre les manifestations³⁶⁷ de toute forme discrimination³⁶⁸. Les Etats

³⁶¹ Voir le cas de Rosalind Elsie FRANKLIN, la chercheuse qui a réalisé les premières images aux rayons X de l'ADN. Grâce à ces images, WILKINS, WATSON et CRICK obtiendront le Prix Nobel de médecine en 1962 pour la « découverte de la structure en double hélice de l'ADN ». Un publié queouvrage a été quelques années ans après, expliquant ce qui c'était véritablement passé : c'est elle, et elle seule, qui avait enregistré les images qui ont permis de comprendre la structure de l'ADN, qui devait révolutionné la science moderne. Voir, Sayre Anne (1968, rééd. 2000), *Rosalind Franklin and DNA*, Ed. W. W. Norton & Company, 240 p., et MADDOX Brenda (2002), *Rosalind Franklin: the dark lady of DNA*, London, Harper Collins, 400p.

³⁶² Pacte ONU II, art. 26.

³⁶³ *Id.*, art. 3.

³⁶⁴ *Ibid.*, art. 18 - 19.

³⁶⁵ *Ibid.*, art. 22.

³⁶⁶ *Ibid.*, art. 21.

³⁶⁷ *Ibid.*, art. 26.

parties s'engagent à garantir les mesures procédurales, constitutionnelles et législatives permettant la mise en œuvre de ces droits³⁶⁹.

En Suisse, ces dispositions sont garanties à tous les niveaux de la hiérarchie des normes juridiques, mais nous avons vu que les victimes de harcèlement ont souvent des particularités culturelles, religieuses, identitaires, sexuelles, etc. Il convient de veiller à l'affirmation du respect de leurs droits, dans le cadre de campagnes de prévention visant à éviter de telles atteintes à leur personnalité.

La disposition selon laquelle « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation »³⁷⁰ consacre au niveau d'un traité international la protection contre les atteintes à la personnalité, qui figure dans les bases légales et constitutionnelles suisses. L'Etat partie s'engage à légiférer car « Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. »³⁷¹ De même, le pacte susmentionné confère un certain nombre de garanties de procédure qui figurent expressément dans les normes de droit interne³⁷².

2. Les normes de rang constitutionnel

Selon Tercier³⁷³, la protection de la personnalité n'est pas garantie seulement par les normes spécifiques que le législateur de droit privé a consacré à cet objet. Elles découlent des règles du droit public, des règles du droit pénal, autant que du système général de droit privé.

Tercier³⁷⁴ définit de manière étroite les droits constitutionnels ou droits fondamentaux, comme « l'ensemble des libertés humaines, implicitement ou explicitement reconnus par la Constitution fédérale (ci-après : Cst) qui garantissent à toute personne une sphère d'action propre, soustraite aux atteintes des autorités publiques ». Les droits de la personnalité désignent « l'ensemble des droits consacrés par le droit privé pour protéger la personnalité³⁷⁵ ». On parle donc de **droits** et les biens de la personnalité en sont un **objet propre**. La personnalité est « l'ensemble des **biens inhérents à chaque personne**, biens qui lui appartiennent de sa naissance à sa mort de par sa seule **qualité** de personne physique ou morale ».

Les droits de la personnalité, étant « des droits absolus », par opposition aux droits relatifs, ils sont opposables *erga omnes*³⁷⁶. L'Etat doit donc respecter la personnalité

³⁶⁸ Pacte ONU II, art. 20.

³⁶⁹ *Id.*, art. 2, ch. 2.

³⁷⁰ *Ibid.*, art. 17, ch. 1.

³⁷¹ *Ibid.*, art. 17, ch. 2.

³⁷² *Ibid.*, art. 9, 10 et 11.

³⁷³ TERCIER, 1984, p. 20.

³⁷⁴ *Id.*, p. 29.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 47-48.

³⁷⁶ *Ibid.*, 1984, p. 49.

des personnes physiques, et donc de ses collaborateurs, dans le cadre de la fonction publique.

Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale de 1999³⁷⁷, ces principes ont été intégrés aux art. 5, *al.* 1 (légalité), *al.* 2 (intérêt public et proportionnalité), *al.* 3 (bonne foi), art. 8 (égalité), art. 9 (protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi). Toutes ces normes s'appliquent aux rapports de droit privé, tout comme de façon explicite à l'Etat³⁷⁸.

La Cst comporte dans son Titre 2, les garanties relatives à la protection de la santé et de la personnalité. L'art. 7 relatif à la dignité humaine, l'art. 8, relatif à l'égalité de tous les êtres humains devant la loi, l'art. 10, *al.* 2 relatif à l'intégrité physique et psychique, l'art. 13, relatif à la protection de la sphère privée. La protection de la personnalité étant une norme constitutionnelle, cette notion est consacrée en droit fédéral.

En principe, tous les droits relatifs à la protection contre le *mobbing* et le harcèlement sexuel sont formellement énoncés dans la Constitution fédérale.

3. Le cadre légal

Depuis quelques années, plusieurs procès, au retentissement médiatique certain, se sont déroulés en Suisse et à l'étranger. Quelles qu'aient été la prise de conscience et l'évolution des décisions judiciaires, les actions des victimes ont contribué à mettre en évidence l'existence du *mobbing* et de ses méfaits. Elles ont aussi permis de dévoiler à l'ensemble de la société les particularités de cette maltraitance au travail et la nécessité d'agir pour la faire cesser. Les victimes de ce fléau ont, petit à petit, obtenu, de la part de leur employeur, la réparation du préjudice occasionné par les violences psychologiques commises dans le cadre de leur travail. Les dispositifs de dites décisions ont donné une dimension et une consistance juridiques aux atteintes qui résultent de ce comportement et ont permis aux victimes de demander réparation.

³⁷⁷ Cst., art. 4.

³⁷⁸ *Id.*, art. 5, *al.* 1-4.

A. Les rapports de droit privé

a. Le harcèlement psychologique

Des règles de droit éparses

A la différence de certains droits d'Etats voisins, le harcèlement psychologique dans le cadre des relations de travail ne fait pas l'objet d'une définition en tant que telle en droit fédéral suisse.

En droit fédéral, celui-ci est abordé à la fois sous l'angle de la protection de la personnalité³⁷⁹, ainsi que sous l'angle de la protection de la santé³⁸⁰. Paradoxalement, signalons que le Code civil suisse, dans le chapitre intitulé « Personnalité », fait référence au **harcèlement**, en parlant de **l'atteinte**, et prévoit des mesures judiciaires pour la faire cesser, si elle dure encore³⁸¹ afin de protéger la victime par toutes sortes de mesures concrètes³⁸². Cette notion de harcèlement ne s'applique qu'aux relations extra-contractuelles et ne concerne pas, en principe, le cas des rapports entre employeurs et employés.

C'est l'art 328, *al.* 1, CO qui régit les dispositions concernant la prévention du harcèlement dans l'entreprise en indiquant les obligations de l'employeur à l'égard de ses employés. L'article susmentionné prévoit désormais que 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 »³⁸³. Selon Brunner³⁸⁴, développé par Dunand³⁸⁵, on admet que la protection recouvre l'ensemble des valeurs essentielles, physiques, affectives et sociales, les libertés individuelles, y compris la liberté sexuelle, ainsi que la sphère privée. C'est donc *a contrario*, que le harcèlement se définit comme une atteinte à la personnalité et une atteinte à la santé.

L'article 328 *al.* 2 CO³⁸⁶, indique encore qu'incombe à l'employeur la responsabilité d'assurer la protection desdites valeurs au sein de l'entreprise. La loi précise que, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle de ses travailleurs, l'employeur doit prendre « les mesures commandées par l'expérience, applicables en

³⁷⁹ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code Civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations, RS 220), art. 328 *al.* 1 (CO).

³⁸⁰ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr), RS 822.11, art. 6 et Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail du 18 août 1993 (OLT3), RS 822.113, art. 2, al 1.

³⁸¹ Code civil suisse, art. 28a.

³⁸² *Id.*, art. 28b, 28c, 28d.

³⁸³ Art. 328 CO, *al.* 1.

³⁸⁴ BRUNNER Christiane, BÜLHER Jean-Michel, WAEBER Jean-Bernard, BRUCHEZ Christian (2004), *Commentaire du contrat de travail, 3^{ème} édition revue et augmentée*, Lausanne, Réalités Sociales, 448 p., pp. 140-141 et WAEBER Jean-Bernard (2002) « Travail et protection de la personnalité », in *Plädoyer*, 2, pp. 46-51.

³⁸⁵ DUNAND Jean-Philippe (2006) « Le harcèlement psychologique (mobbing) en droit privé suisse du travail », in : *RJN*, p. 17.

³⁸⁶ Art. 328 CO, *al.* 1.

l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation [...], dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui»³⁸⁷. Cette dernière disposition est toutefois insatisfaisante car l'exigence de protection vis-à-vis de l'employeur n'est pas absolue et même comporte une restriction importante. En effet, la dernière assertion offre à l'égard de l'employeur une palette élargie d' « excuses », dictées par le seul souci des coûts engendrés par de telles mesures.

Cette disposition implique malgré tout l'obligation pour l'employeur d'engager, de former et d'instruire les travailleurs en fonction de la nature de l'activité déployée et des risques qu'elle comporte³⁸⁸. Autrement dit « respecter ces valeurs » signifie aussi que l'employeur doit faire en sorte que les travailleurs ne soient pas harcelés.

C'est à ce dernier qu'incombe la prise de décision visant à la mise en œuvre de mesures appropriées pour la protection de la santé des travailleurs. C'est logique, puisque c'est l'employeur qui décide des installations utilisées, de l'organisation du travail et qu'il a le pouvoir de donner des directives aux travailleurs. L'employeur qui enfreindrait les prescriptions sur la protection de la santé, que ce soit intentionnellement ou par négligence³⁸⁹, est d'ailleurs passible de sanctions pénales. Si la décision en matière de prévention de la santé revient à l'employeur, celui-ci doit informer et consulter les travailleurs sur les questions de protection de la santé³⁹⁰. Ce droit de participation des travailleurs comprend celui de faire des propositions. Les travailleurs ont également le droit de participer aux inspections d'entreprise et d'être informés des mesures exigées par les autorités d'exécution de la loi. Informer les travailleurs des risques et des mesures de protection est en effet une condition sine qua non pour qu'ils puissent appliquer à leur tour les mesures ad hoc et qu'ils sachent éviter les dangers. Les mesures ont d'ailleurs plus d'impact et sont généralement mieux suivies lorsque les travailleurs ont pu contribuer à leur élaboration et ont compris leur sens³⁹¹.

La nature impérative de ces règles avait déjà été introduite par la LTr³⁹². Dans le but de protéger la santé des travailleurs, il était déjà prévu que l'employeur était « 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. »³⁹³ Cette disposition ne faisait référence qu'à la « santé » en général, mais n'évoquait pas de notions relatives à la santé mentale, à l'équilibre psychologique, psychique ou moral, ou encore à la dignité du travailleur ou de la travailleuse.

³⁸⁷ Art. 328 CO, art. 328, *al.* 2.

³⁸⁸ BRUNNER, BÜLHER, WAEBER, BRUCHEZ, 2004, p. 148.

³⁸⁹ LTr, art. 59, *al.* 1, *litt.* a, et art. 61, *al.* 1 et 2.

³⁹⁰ *Id.*, art. 48.

³⁹¹ SCHEIDEGGER Hans-Ulrich et PITTELOU Christine (2005), « Art 6, protection de la santé et approbation des plans, Obligations des employeurs et des travailleurs », in : BACHMANN Roland, BENOIT, Anne, BOVAY Benoît, *et al.* - *Commentaire de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail)*, Berne, Editions Stämpfli SA, 741 p. (p. 125).

³⁹² LTr, art. 2 *al.* 1.

³⁹³ *Id.*, art. 6.

Ainsi que le souligne Dunand³⁹⁴, la disposition susmentionnée a été complétée à l'occasion d'une révision en date du 20 mars 1998, entrée en vigueur au 1er août 2000, par une phrase, selon laquelle l'employeur doit « prendre les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité personnelle des travailleurs »³⁹⁵.

L'art. 2, *al.* 1 de l'Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail du 18 août 1993 précise, quant à lui, que : « L'employeur est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer et d'aménager la protection de la santé et de garantir la santé physique et psychique des travailleurs ». L'employeur doit, en particulier, faire en sorte que « le travail soit organisé d'une façon appropriée »³⁹⁶. L'expression « en particulier » met en évidence que les obligations des employeurs sont multiples et qu'ils ne peuvent se contenter de se conformer à des obligations entrant dans une liste limitative. En référence à l'art. 328 CO, *al.* 1, les mesures mises en œuvre pour l'organisation du travail doivent permettre qu'il ne soit pas porté atteinte à la personnalité du travailleur.

En application de l'art. 328 *al.* 2 CO, ces mesures ont pour objet de garantir, notamment, la santé psychique du travailleur³⁹⁷.

Ces deux dernières dispositions comportent des injonctions, c'est-à-dire des règles impératives contenues dans l'expression « doit prendre des mesures nécessaires ». L'expression « est tenu » insiste surtout sur les obligations auxquelles les employeurs ne peuvent plus désormais déroger, dans l'intérêt de leurs employé-e-s. Le libre choix n'est plus laissé à l'employeur de « faire son possible, en fonction des circonstances ». Ces obligations peuvent être interprétées selon des normes que l'employeur, lui-même, a le loisir d'apprécier comme objectives et raisonnables, de son propre point de vue, en fonction des circonstances qu'il considère (en principe de bonne foi), comme adaptées à l'entreprise. Cela signifie qu'il doit informer et avertir ses employés, au besoin fixer ses directives dans un règlement connu de l'ensemble de son personnel, faisant clairement état des règles de comportement permettant le respect de la personnalité de chaque collaborateur et, en particulier, de chaque collaboratrice.

Ces règles de comportement devraient également, en matière de prévention, assurer la **promotion** du respect de la personnalité et de la santé.

L'employeur, qui a donc non seulement une **obligation de ne pas faire**, mais aussi une **obligation de faire**, doit, en particulier, veiller à gérer, et même, dans la mesure

³⁹⁴ DUNAND Jean-Philippe (2007), « Le harcèlement psychologique en droit suisse », in : *Le Harcèlement moral dans l'entreprise / Cinq ans après la Loi de modernisation sociale, Semaine sociale Lamy*, Supplément N° 1315, Actes de la journée d'étude organisée le 15 décembre 2006 à la Faculté de droit de Nancy par le CERIT-CRDP. Travaux coordonnés par Patrice Adam, pp. 41-45.

³⁹⁵ LTr, nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 20 mars 1998, en vigueur depuis le 1^{er} août 2000, RO 2000 1569 1580; FF 1998 1128, art. 6.

³⁹⁶ OLT 3, art. 2, *al.* 1. Sur cette disposition, cf. Seco (1995) *Commentaire des ordonnances 3 et 4 relatives à la loi sur le travail*, Berne, mise à jour 206, NN 302-1 à 30-4 ; cité par : DUNAND, 2007, p. 2.

³⁹⁷ Art. 328 CO, *al.* 2.

du possible, à résoudre les conflits qui, en dégénéralant, peuvent engendrer des actes et/ou une ou des situation(s) de harcèlement.

Il convient de souligner que la volonté du législateur s'exprime dans le sens d'une protection élargie en matière de santé et de protection de la personnalité. L'on constate donc, en droit du travail suisse, que des normes de droit public s'imbriquent étroitement de plus en plus, dans les normes qui relevaient historiquement des rapports de droit privé où l'Etat n'avait qu'un rôle d'arbitre.

Définition de la doctrine et de la jurisprudence

Dès lors, le travail de regroupement de ces normes et de leur interprétation doit être effectué par la jurisprudence, ce qui n'est pas un travail aisé.

On a constaté parfois, dans certaines juridictions de niveau inférieur que la clairvoyance juridique s'est heurtée à une ignorance de l'ensemble de la problématique du harcèlement. Dunand³⁹⁸ cite une jurisprudence du Tribunal des prud'hommes de Zurich faisant état, dans un cas d'espèce, de la « prédisposition psychologique d'une victime » à être harcelée. Or, ainsi que nous l'avons mentionné, tous les résultats des études scientifiques menées jusqu'à présent dans le domaine convergent sur ce point : il n'existe pas de « prédisposition naturelle » au harcèlement, même si la personnalité de la victime peut jouer un rôle dans le fait d'être une cible et une victime de harcèlement. Considérer d'emblée qu'il existe des prédispositions de cet ordre, reviendrait à dire, par analogie, qu'une femme victime de violences conjugales pourrait être prédisposée à ces agressions « naturellement » ; cette assertion impliquerait que la personnalité et les dysfonctionnements de son compagnon n'y sont pour rien ! S'il existe vraiment une telle prédisposition de la victime, cet élément contribue grandement à minimiser et donc à nier la responsabilité de son agresseur. Avec une pointe de cynisme, on pourrait étendre ce raisonnement à toutes sortes de catégories de victimes (victimes d'escrocs, de pédophiles, etc.), s'il n'était pas aussi ridicule et dangereux de donner a priori raison aux prédateurs et personnes malfaisantes en raison de la fragilité de leur(s) victime(s).

En revanche, sur le fondement de dite jurisprudence, on serait plutôt en droit de se demander, au cas où il serait possible de démontrer une « prédisposition constitutionnelle » à se faire harceler si, dans ce cas, l'auteur ou les auteurs des actes illicites ne pourraient pas plutôt -a fortiori- être reconnus coupable(s) d' « abus de détresse » au sens de l'art. 194 *al.* 2 CPS³⁹⁹.

Malgré l'absence de définition du harcèlement psychologique dans les normes fédérales, les juridictions ont été depuis de nombreuses années saisies de requêtes de victimes de harcèlement dans leurs rapports de travail.

³⁹⁸ Jugement du Tribunal des Prud'hommes de Zurich du 23 janvier 2002, *in* : JAR 2003, p. 245, cité par DUNAND 2006, p. 38.

³⁹⁹ Code pénal suisse du 21 décembre 1837, RS 311.0 (CPS), art. 194, *al.* 2.

Interprétation jurisprudentielle

Le Tribunal fédéral (ci-après : TF) a fait sienne et repris la définition de Waeber⁴⁰⁰, selon laquelle :

*« Le mobbing est un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels une ou plusieurs personnes cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail. »*⁴⁰¹

Les caractéristiques du harcèlement psychologique, selon la présente définition sont les suivantes:

-En premier lieu, ce comportement se manifeste sous la forme d'**hostilité**. Ce vocable indique donc d'emblée le caractère **volontaire** du comportement de mobbing. On n'est pas « hostile » par inadvertance, sans le faire exprès!

-Il est multiple : un seul acte ne peut constituer à lui seul du harcèlement. Toutefois, ainsi que mentionné plus haut⁴⁰², dans un cas précis, celui de la rumeur, les dommages se répétant et l'atteinte se prolongeant pour une durée indéterminée, il n'était pas erroné de considérer un acte unique (lancer une rumeur) comme un comportement de harcèlement. Nous verrons dans la partie consacrée à la Fonction publique vaudoise que le législateur vaudois fait aussi cette distinction et considère le dénigrement, impliquant la possible contribution au déclenchement d'une rumeur comme un comportement constitutif de harcèlement⁴⁰³. Dans ce cas de figure, le texte légal vaudois envisage résolument le harcèlement sous l'angle de ses conséquences qui, elles, seront « à répétition ».

-Il se compose non seulement de propos ou d'actes (terme neutre) conscients et volontaires, qui peuvent aussi s'entendre, pour certaines personnes comme des comportements « compulsifs » ; il peut être également question d'agissements -terme qui n'est pas neutre, à la différence du terme « actes »- ce qui met en évidence le caractère malveillant voire réfléchi et construit, plus ou moins calculé dudit comportement).

-Il est complexe et multiforme: c'est un comportement qui n'est pas forcément ouvertement agressif, aux contours clairement définis mais une suite de comportements et d'agissements imbriqués les uns dans les autres.

-Il se manifeste avec répétition et fréquence: un élément particulier du harcèlement, par rapport à d'autres comportements hostiles est son caractère répétitif et fréquent. Le caractère répétitif s'inscrit dans la notion même de harcèlement ainsi que définie plus haut par les dictionnaires de langue. Quant à la fréquence, il s'agit d'une notion assez **floue**, qui ne peut se mesurer qu'en prenant en compte un ensemble de cir-

⁴⁰⁰ WAEBER Jean-Bernard (1998), « Le mobbing ou harcèlement psychologique au travail, quelles solutions ? », in : *Pratique juridique actuelle* 7/98, pp. 792 ss.

⁴⁰¹ ATF du 4 avril 2003, cause 2C.2/2000, consid. 2.3.

⁴⁰² Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. I, II. 1.

⁴⁰³ Règlement relatif à la gestion des conflits au travail et à la lutte contre le harcèlement (RCTH) du 9 décembre 2002, RSV 172.31.7, art. 3, al. 1.

constances particulières -notamment l'**intensité** des attaques- le **résultat** de celles-ci sur la victime, à savoir le degré de déstabilisation atteint par celle-ci et ainsi que nous le verrons ensuite⁴⁰⁴ la **nature même du travail**. Il existe des formes de harcèlement plus spécifiques à certains métiers ou certaines situations professionnelles.

-Ces actes se déroulent sur une certaine durée : le caractère ainsi mentionné « assez long », des actes de harcèlement est très imprécis. Me référant à la remarque précédente, la durée doit s'évaluer aussi en fonction des particularités de l'activité professionnelle. Cette mention vague d'une « certaine durée » ne saurait donc être satisfaisante, ni pour les victimes, ni pour l'entreprise qui -rappelons-le- est une victime indirecte du harcèlement.

Cette définition jurisprudentielle comporte donc des faiblesses terminologiques et sémantiques et rend difficile une unité de doctrine au niveau des juridictions inférieures ; d'autre part, les praticiens que nous sommes savent que l'on peut détruire quelqu'un durablement en une dizaine de jours. Le harcèlement est un **séisme** dont les **répliques** se répercutent dans le temps, par des secousses plus ou moins violentes et leurs vagues de dommages collatéraux. Par ailleurs, il existe certaines formes de harcèlement, dans le domaine de la recherche, par exemple, où la fréquence ne peut se mesurer qu'en relation avec la nature des actes perpétrés et de la gravité de leurs conséquences en termes de blocage ou de destruction de carrière et, par conséquent, de déstabilisation psychologique⁴⁰⁵.

-Il est le fait d'une ou de plusieurs personnes. Il existe une pluralité éventuelle des auteurs. Les auteurs de harcèlement peuvent agir isolément ou en groupe. Dans ce dernier cas, il faudrait que l'intensité et la fréquence des actes puissent être évaluées en fonction de chaque auteur, afin de définir précisément les responsabilités de chacun, en tenant compte de l'effet d'influence et d'entraînement du groupe. Dans cette perspective, il faudrait également pouvoir déterminer le rôle du leader et, à cet égard -sans toutefois minimiser la responsabilité de chacun- évaluer si dit leader exerçait, de fait, dans le cadre des relations professionnelles ou extra-professionnelles un certain pouvoir ou un certain ascendant sur ses autres co-actants (que l'on pourrait aussi, dans une problématique pénale, appeler complices ou encore co-auteurs).

Il serait intéressant de discuter sur le fait de savoir ce qui se passe dans le cas suivant : lorsque par un accord tacite ou un certain conformisme à la pression du groupe, chacun à son tour y va de ses attaques et martyrise une personne. Dans un cas comme celui-ci, la question de la période « assez longue » tout comme celle de la « répétition » sont aussi mis à mal et très contestables. En effet, si une fois ou deux fois par mois, la victime subit des atteintes ponctuelles à sa personnalité de la part d'une seule personne physique, mais que son bourreau change plusieurs fois dans le mois, elle sera bien en peine de démontrer la fréquence et la répétition des agressions d'une seule personne car, précisément, elle est harcelée par plusieurs personnes qui se « partagent le travail ». De plus, les effets du harcèlement seront d'autant plus vifs que la victime n'aura aucune chance de répit, aura plus de chances de céder à la panique comme une bête traquée et, en épuisant ses forces et ses capacités, ne trouvera personne vers qui se tourner pour trouver du réconfort.

⁴⁰⁴ Voir *infra*, 1^{ère} partie, chap. V, II, 3, A.

⁴⁰⁵ Voir *infra*, 1^{ère} partie, chap. V, II, 3, B.

Arrêtons-nous sur la question de savoir si, en termes d'**auteur(s)** de harcèlement, l'on parle d'une **personne morale** ou d'une **personne physique**.

Aussi bien les nombreux auteurs que nous avons cités, que les apports de la jurisprudence, en tant qu'ils définissent le harcèlement comme un **comportement**, celui-ci est le fait d'une « **personne physique** ». Le bon sens autoriserait à penser qu'un auteur de harcèlement ne peut être également qu'une ou plusieurs « personnes physiques ». Un comportement est le fait d'un « être humain ». Une entreprise ou une institution -personne morale- ne se « comporte pas » de telle ou telle manière, selon sa propre volonté. Elle « fonctionne » selon des règles et des rouages mis en œuvre par des individus -des personnes physiques- qui adoptent un comportement donné. En outre, il est évident que la personne ou la personne victime de harcèlement est exclusivement une **personne physique**.

Mais, au sein de la hiérarchie de certaines entités ou entreprises publiques ou privées, j'ai pu constater que, soit par incompetence, soit dans le but de « couvrir » certaines personnes (physiques, bien sûr), pour les raisons les plus diverses, l'on s'était ingénié à concevoir et à développer la notion de **harcèlement « institutionnel »**. Or, dans les cas observés, selon toute vraisemblance, le comportement hostile d'une ou de plusieurs personnes physiques avait été parfaitement décrit et mis en évidence par des experts extérieurs, comme étant constitutif de harcèlement psychologique.

Il est surprenant de constater que cette nouvelle notion de harcèlement peut être créée de toutes pièces par la haute hiérarchie de l'institution ou de l'entreprise, qui se trouve dans l'impossibilité de nier le harcèlement. Ce raisonnement élaboré en urgence défie les simples lois du bon sens et contredit la définition de « comportement » donnée par la langue française. Ce nouveau concept s'applique, sans aucun doute, à **diluer à l'infini les responsabilités** et donc à les gommer purement et simplement. Il s'agit, en tout cas, d'une notion juridique pour le moins indéterminée. Lorsque les responsabilités en matière de harcèlement ont été clairement établies par une instance indépendante et impartiale, affirmer que, certes, il y a bien eu harcèlement à l'encontre d'une victime, reconnaître sa souffrance, mais préciser que ce n'est de la faute de **personne** c'est-à-dire, pas de la faute d'une personne physique clairement mise en cause, me paraît, d'un point de vue managérial, relever à la fois de l'aberration sur le plan intellectuel et d'une lâcheté inquiétante sur le plan moral et politique au sens large du terme.

Si des comportements de « harcèlement collectif » (perpétrés par plusieurs personnes à l'égard d'une ou de plusieurs personnes, clairement dénoncées et nommées) existent et sont le fait de personnes « **physiques** » on doit pouvoir en identifier concrètement la composition. La notion de « harcèlement institutionnel » signifie que le harcèlement serait le fait d'une entité **abstraite** publique ou privée, d'une grosse machine monstrueuse douée de volonté propre est tout à fait scabreuse. Les rouages institutionnels ne se mettent pas en marche tout seuls, mais sont actionnés par des individus qui possèdent leur libre-arbitre. Si une institution ou une entreprise dysfonctionne au point de générer, par son architecture même ou par sa culture organisationnelle et ses manquements, un **inéluçtable** harcèlement, c'est à ses dirigeants ou responsables qu'incombe la responsabilité de son incurie. La notion de « harcèlement institutionnel » est, dans le meilleur des cas, le fruit d'une méconnaissance coupable de notions minimales et d'une pensée défectueuse. Dans le pire des

cas, il est l'expression d'une certaine perversité managériale, qui peut naître de la peur de perte du pouvoir ou de celle des amis politiques, de la peur des syndicats, des réseaux constitués ou en devenir, de la presse, de l'opinion publique ou du choix futur des électeurs dans le cas d'une administration, etc. Dans tous les cas, l'utilisation de ce « nouveau concept » traduit l'incompétence et dans les cas les plus graves, le « clientélisme » indigne des instances managériales et de ses dirigeants.

Le terme de « harcèlement institutionnel » ainsi que toutes les expressions pouvant lui être synonymes et impliquant de fait une **déresponsabilisation**, une **fatalité** que l'on ne peut **ni prévenir ni combattre** doivent donc être **banni** du vocabulaire juridique, administratif et des ressources humaines de l'entreprise privée tout comme de celui des administrations publiques.

Enfin, toujours selon cette définition, dit comportement est guidé par une certaine **intentionnalité** : en effet, « chercher à » signifie que l'auteur agit dans un but précis, que le comportement adopté permet d'atteindre. Or, ainsi que nous l'avons vu plus haut, ce comportement est **voulu**, puisqu'il est hostile. Toutefois, cette assertion en lien avec les conséquences du harcèlement pour la victime pose un nouveau problème. En effet, on constate régulièrement que les auteurs de ces actes illicites peuvent tenter de s'exonérer de leurs actes en prétextant qu'en aucun cas, ils n'ont voulu le **résultat** (c'est-à-dire l'exclusion, la marginalisation). Et c'est là qu'il est aisé de faire intervenir comme moyen d'exonération de la responsabilité de l'auteur, la supposée **vulnérabilité excessive** de la victime (« C'est elle qui s'est marginalisée toute seule ! »). De plus, un processus de mobbing peut démarrer sans but déclaré, juste et « tout simplement » par **malveillance** et/ou en raison d'un comportement déviant de l'auteur.

Ainsi que le prévoit le droit belge⁴⁰⁶, il aurait été plus opportun d'indiquer que ce qui fonde la responsabilité de l'auteur du harcèlement peut être l'**objet** certes, mais plutôt en tout état de cause, l'**effet** produit sur la victime des actes de harcèlement et de préciser que toute personne **sait** ou **doit savoir** que dit **effet** doit inévitablement se produire et avoir des conséquences néfastes sur la victime. Il est toutefois nécessaire que cet « effet » présente une certaine cohérence avec les faits reprochés.

-Quant à ses effets, le processus de harcèlement « mené à son terme » ou en train de se dérouler provoque l'**isolement**, la **marginalisation** et/ou l'**exclusion** de la victime : la conséquence principale du harcèlement est la mise à l'écart **durable** ou **définitive** de la personne harcelée. Il mène parfois à l'invalidité provisoire ou durable.

-Il se produit sur le **lieu** de travail : ce dernier élément pose aussi problème car il est fréquent que le cadre des relations de travail dépasse *stricto sensu* le cadre d'ailleurs de travail. On peut effectivement harceler un collègue pendant des trajets effectués dans le cadre de l'exécution du travail, lors des repas pris en commun, en déplacement ou en mission à l'étranger, etc.⁴⁰⁷. Ces actes de harcèlement sont, dans ce cas, beaucoup plus difficiles à identifier et à dénoncer, que les personnes se trouvent hors de leur cadre habituel **sécurisant** et **cadrant**. Le surmoi des auteurs potentiels est parfois « soluble » dans l'espace de liberté généré par

⁴⁰⁶ Voir *infra*, 2^{ème} partie, chap. IV, IV.

⁴⁰⁷ Voir *infra*, 2^{ème} partie, chap. IV, IV.

l'absence du cadre habituel. Les victimes sont, de ce fait même, plus facilement désorientées et en proie à la déstabilisation.

En l'absence de définition légale, cette appréciation jurisprudentielle susmentionnée était nécessaire, elle a le mérite d'exister et elle permet de servir de référence. Mais ainsi que le dit très justement Wennubst⁴⁰⁸ cette interprétation jurisprudentielle gagnerait à être **précisée et affinée**.

b. Le harcèlement sexuel

A la différence du harcèlement psychologique perpétré dans le cadre des relations de travail, le harcèlement sexuel, dans le même contexte, est devenu, avec la loi fédérale sur l'Egalité entre Femmes et Hommes (ci-après : LEg)⁴⁰⁹, un comportement illicite⁴¹⁰ susceptible d'engager la responsabilité de l'employeur⁴¹¹. Ce texte de loi, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1996, est assorti d'un certain nombre de garanties de procédure en faveur de la personne plaignante⁴¹². Il est considéré et défini comme une discrimination⁴¹³.

Discrimination en raison du sexe

Selon l'art 6 de la LEg⁴¹⁴, il est interdit de discriminer les travailleurs à raison du sexe. L'art. 4 de la LEg⁴¹⁵ prévoit que par comportement discriminatoire :

« [...] *On entend tout comportement importun de caractère sexuel ou tout autre comportement fondé sur l'appartenance sexuelle, qui porte atteinte à la dignité de la personne sur son lieu de travail, en particulier le fait de proférer des menaces, de promettre des avantages, d'imposer des contraintes ou d'exercer des pressions de toute nature sur une personne en vue d'obtenir d'elle des faveurs de nature sexuelle.* »

Responsabilité de l'employeur et indemnité due au travailleur

⁴⁰⁸ Gabriella, « Mobbing : la définition », La Chaux-de-Fonds, Centre d'étude des droits de la personnalité, Cahier n° 01, 2004, p. 8.

⁴⁰⁹ LEg, art. 4.

⁴¹⁰ Sur la définition de l'acte illicite en droit suisse, selon Werro : « [...] *est compris comme la violation d'une norme protectrice des intérêts d'autrui, en l'absence de motifs justificatifs.* » ;

Les actes de harcèlement doivent être également considérés comme une « faute », au sens où celle-ci est définie par cet auteur comme « *le manquement de la volonté au devoir imposé par l'ordre juridique* », WERRO, 2002, p. 27.

⁴¹¹ LEg, art. 5, al. 2-5.

⁴¹² *Id.*, art. 6.

⁴¹³ *Ibid.*, art. 3-4.

⁴¹⁴ *Ibid.*, art. 3, al. 1.

⁴¹⁵ *Ibid.*, art. 4.

En outre, lorsque la discrimination porte sur un cas de harcèlement sexuel, le tribunal peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité, à moins que l'employeur ne prouve qu'il a pris les mesures que l'expérience commande, qui sont appropriées aux circonstances et que l'on peut équitablement exiger de lui pour prévenir ces actes ou y mettre fin. L'indemnité est fixée compte tenu de toutes les circonstances et calculée sur la base du salaire moyen suisse⁴¹⁶. Elle n'excédera pas le montant correspondant à six mois de salaire⁴¹⁷.

Cela signifie que la loi impose à l'employeur de prendre des mesures de prévention pour éviter les comportements discriminatoires, à l'égard des femmes, notamment. Toutefois, dans la lettre même de la loi et, à la différence du viol⁴¹⁸ uniquement, la loi inclut que d'autres personnes que des femmes peuvent être l'objet de discrimination en raison de leur appartenance sexuelle. Le texte protège aussi explicitement les homosexuels. L'employeur devra justifier devant la juridiction compétente, le fait qu'il s'est assuré que les conditions de travail mises en place ne favorisaient pas le harcèlement sexuel. Par ailleurs, il devra aussi démontrer qu'il s'est montré attentif à d'éventuels signes de harcèlement, qu'il a créé un cadre permettant aux victimes de se plaindre sans crainte et qu'il a vérifié que ses directives en la matière étaient connues de toutes et de tous et que des mesures avaient été prises pour le faire respecter. Mais le texte légal actuel relatif aux atteintes à la personnalité, tout comme son interprétation jurisprudentielle peut être interprété de manière très favorable aux employeurs et, par conséquent, gagnerait à faire l'objet d'une obligation absolue de ces derniers, tout comme dans le cas des accidents de travail⁴¹⁹.

Selon la jurisprudence, les remarques sexistes et les commentaires grossiers ou embarrassants entrent dans la définition du harcèlement sexuel. Bien que les exemples cités à l'art. 4 LÉg ne se réfèrent qu'à des cas d'abus d'autorité, la définition englobe tout comportement **importun** de caractère sexuel, soit également ceux qui contribuent à rendre le climat de travail hostile, par exemple des plaisanteries déplacées⁴²⁰. Une jurisprudence consacre cette appréciation⁴²¹.

Notion de « comportement importun » à caractère sexuel

⁴¹⁶ LÉg, art. 5, al. 3.

⁴¹⁷ *Id.*, al. 4.

⁴¹⁸ CPS, art. 190, al. 1.

⁴¹⁹ LTr, art. 59, al. 1, litt. b.

⁴²⁰ ATF 126 III 395 consid. 7 b/bb et les références et ATF 130/III /145.

⁴²¹ Tribunal Fédéral suisse, 4C 187/2000, cons. 2 b) :

« La Cour cantonale a constaté définitivement que le gérant de la défenderesse traitait la demanderesse de " salope, connasse, sale pute " et disait des femmes qu'elles étaient toutes des « salopes ». Elle a également retenu que le comportement d'un client, voire du gérant, qui est une fois sorti des toilettes les pantalons baissés, démontre quel mépris des femmes régnait dans l'établissement. La Cour a considéré que la nature sexiste de tels propos tenus régulièrement devant la clientèle et le personnel, ainsi qu'une telle attitude, ne pouvaient être ressentis par la demanderesse que comme une atteinte grave à sa dignité de femme. Dans ce cas d'espèce, on constate également que la Cour a pris en compte un certificat médical attestant que la victime avait été, en raison de ce comportement, atteinte dans sa santé. »

Nous voyons que la jurisprudence a considéré de manière assez large que tout comportement importun devait être considéré comme des faits de harcèlement sexuel. Cet élément donne, non pas la primauté à une conception objective du harcèlement, mais à une conception subjective, se plaçant résolument du point de vue de la victime. Un comportement est importun s'il « dérange », s'il « importune ».

L'art. 328 *al.* 1 CO a en conséquence, été complété par le chiffre 3 de l'annexe à la LEg⁴²². Cet article précise, en particulier, que l'employeur « 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. »

Cette deuxième proposition met l'accent sur la « sur-victimisation », qui pourrait advenir lorsqu'une personne est déjà victime de harcèlement. Non seulement, elle doit subir l'humiliation du harcèlement sexuel, mais en plus, il est à craindre qu'en se plaignant, elle soit maltraitée et fasse l'objet de nouvelles railleries si elle n'est pas crue ou encore qu'elle soit l'objet d'une vengeance de la part de l'auteur du harcèlement. Il est possible également que, par un effet « boule de neige » ou de « contagion », une personne harcelée sexuellement fasse l'objet d'autres manifestations de harcèlement de la part d'autres membres du service ou de l'entreprise, si l'employeur n'y met pas un frein immédiat.

Dans un premier temps, la LEg permettait d'engager la responsabilité de l'employeur, et uniquement celle de l'employeur⁴²³. Par la suite, a été introduit dans son art. 5 *al.* 3⁴²⁴, un droit supplémentaire, lequel permet au juge de condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité, indépendamment du préjudice subi.

Dans ce domaine, la responsabilité de l'employeur est double : il doit à la fois prévenir le harcèlement sexuel et veiller à lutter contre ses conséquences, du point de vue du déroulement de la carrière de la personne harcelée et de l'ambiance de travail, comme des conséquences psychologiques qu'auraient de nouveaux actes de harcèlement, ou des attitudes vengeresses.

⁴²² LEg, Annexe: Modification de lois fédérales, 1) Loi du 19 septembre 1978 sur l'organisation de l'administration, 2) Organisation judiciaire, du 16 décembre 1943, 3) Code des obligations.

⁴²³ ATF 126 III, 395 S. 398. « Il sied de relever que la LEg ne traite que de la responsabilité de l'employeur et non de celle de l'auteur du harcèlement sexuel, qui peut être tenu notamment de réparer le tort moral de la victime en vertu des art. 41 *ss.* CO ».

Nb. l'art. 328 CO *al.* 1, impose au travailleur d'avoir demandé à l'employeur de faire cesser l'atteinte dont il est victime. A la différence de certains autres droits étrangers, cet article illustre bien un principe fondateur de la culture et des usages helvétiques qui met en avant « la paix du travail » en imposant aux différents partenaires le devoir d'information, de concertation, de recherche du consensus avant que de s'engager dans un conflit fût-il de nature judiciaire.

⁴²⁴ LEg, art. 5, *al.* 3.

Allègement du fardeau de la preuve

En cas de harcèlement sexuel, le législateur fédéral a prévu dans les cas de harcèlement sexuel, un allègement du fardeau de la preuve, en posant, en particulier, que le harcèlement était « présumé »⁴²⁵. Toutefois, il n'existe aucune présomption de cet ordre en cas de discrimination à l'embauche. Il est vrai que dans un tel cas, il est particulièrement difficile pour la victime d'apporter la preuve d'un tel comportement. La liberté contractuelle est, en matière de droit privé du travail, quasi-absolue. De plus, dénoncer un potentiel employeur publiquement revient à mettre en péril ses chances futures d'engagement auprès d'autres employeurs.

Toutefois, l'art. 7 prévoit -outre les victimes directement concernées- la qualité pour agir des organisations⁴²⁶. Celles-ci doivent être constituées depuis deux ans au moins, afin d'éviter des constitutions d'associations *ad hoc*, qui ne se formeraient que dans le but d'être porte-parole de la cause d'une personne, en particulier. Néanmoins, cette disposition peut constituer un soutien indéniable aux victimes qui se retrouvent isolées. Ceci peut permettre également -dans le cadre d'un syndicat, par exemple- de porter à la connaissance du Tribunal des éléments de preuve supplémentaires, si un employeur est défavorablement connu des milieux professionnels pour ses pratiques discriminatoires. Ces derniers éléments offrent des garanties plus étendues par rapport aux dispositions légales pratiquement inexistantes en matière de mobbing.

c. Mobbing et absence de dispositions légales

En l'absence de dispositions légales, ce sont les juges qui, saisis de la demande des justiciables, se font législateurs. Outre le fait que cette liberté, non plus seulement de « dire le droit », mais aussi de « faire » le droit, est contraire au principe de la séparation des pouvoirs, la jurisprudence peut librement évoluer dans un sens favorable ou défavorable aux victimes et plus ou moins conforme à l'esprit du droit supérieur. Ainsi en est-il de quelques décisions récentes du TF que je citerai ci-après à titre d'exemples.

⁴²⁵ L'Eg, art. 6 :

« L'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable; la présente disposition s'applique à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et au perfectionnement professionnels, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail. »

⁴²⁶ *Ibid.*, art. 7 :

« Les organisations qui sont constituées depuis deux ans au moins et qui ont pour tâche, en vertu de leurs statuts, de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes ou de défendre les intérêts des travailleurs ont qualité pour agir en leur propre nom en vue de faire constater une discrimination, lorsqu'il paraît vraisemblable que l'issue du procès affectera un nombre considérable de rapports de travail. Avant d'ouvrir la procédure de conciliation ou d'introduire action, ces organisations doivent donner à l'employeur concerné la possibilité de prendre position. »

Nous avons signalé la nécessité de faire une distinction entre le « conflit » et le « harcèlement » qui sont deux notions distinctes. Ainsi, il n'y a pas de « harcèlement psychologique du seul fait qu'un conflit existe dans les relations professionnelles, qu'il règne une mauvaise ambiance de travail.»⁴²⁷

Afin de déceler ce qui relève du mobbing et ce qui n'en est pas, la jurisprudence avait insisté dans un premier temps, sur le fait que dans la recherche de l'existence des faits de mobbing, il convenait de prendre en compte : « un faisceau d'indices convergents »⁴²⁸, à savoir un certain nombre de faits cohérents qui, en fonction de l'ensemble des circonstances, permette de conclure à un harcèlement. Etant donné la nature mouvante et insidieuse du harcèlement, il ne s'agit point d'exiger de la victime des preuves matérielles **éclatantes** qui, dans la très grande majorité des cas n'existent pas. Ce faisceau d'indices convergents a toutefois une fonction et un but particuliers. Il doit prendre « en compte la réalité des faits de mobbing de manière globale et non partielle d'une situation et qui puisse établir méthodiquement les faits en « triant » les informations recueillies. »⁴²⁹

Or, dans un arrêt du 6 avril 2010⁴³⁰, le TF se réfère à des procédés qu'il qualifie lui-même comme reflétant un « autoritarisme dur, injuste, blessant, rabaisant et vexatoire ». Il souligne que l'employeur n'a vraisemblablement pas pris toutes les mesures pour résoudre les conflits existants entre la recourante et son employeur, violant par là-même son obligation, imposée par l'art. 328, *al.* 2 CO⁴³¹. Les juges évacuent ensuite le problème d'un laconique « Il n'est toutefois pas nécessaire d'approfondir la question. » Ils soutiennent ensuite qu'« il appartenait à la recourante, en vertu de l'art 8 CC, d'alléguer et de prouver les faits permettant de constater que le comportement de l'employeur (en l'occurrence la prétendue omission d'adopter des mesures destinées à protéger la personnalité et la santé de l'employée) est la condition *sine qua non* du résultat, soit du dommage subi par la recourante. » (dans le cas de l'espèce, l'invalidité).

Cet arrêt écarte sans autre motivation la jurisprudence précédente, qui constituait une nécessaire mise au point et une mise en garde des juges de 2004 qui ont adopté une posture claire contre une appréciation sommaire du phénomène de harcèlement qui nierait la complexité du phénomène, ne prendrait pas en compte la particularité de ces violences, ainsi que la difficulté pour la victime de « prouver » les actes de

⁴²⁷ ATF 4C.276/2004/ech, cons. 4.1 : « *Il n'y a toutefois pas harcèlement psychologique du seul fait [...] qu'un membre du personnel serait invité -même de façon pressante, répétée, au besoin sous la menace de sanctions disciplinaires ou d'une procédure de licenciement- à se conformer à ses obligations résultant du rapport de travail, ou encore du fait qu'un supérieur hiérarchique n'aurait pas satisfait pleinement et toujours aux devoirs qui lui incombent à l'égard du personnel.* »

⁴²⁸ *Id.*, cons. 4.1 : « *Il résulte des particularités du mobbing que ce dernier est généralement difficile à prouver, si bien qu'il faut savoir admettre son existence sur la base d'un faisceau d'indices convergents.* »

⁴²⁹ ATF non publié 2P.207/2002 du 20 juin 2003, consid. 4.2 : « *[...] mais aussi garder à l'esprit qu'il peut n'être qu'imaginaire, sinon même être allégué abusivement pour tenter de se protéger contre des remarques et mesures pourtant justifiées.* »

⁴³⁰ ATF 4A.245/2009 du 6 avril 2010, cons. 3.2.

⁴³¹ CO, art. 328, *al.* 2.

harcèlement. Autrement dit la jurisprudence de l'époque avait bien pris en compte le fait qu'il s'agissait d'une délinquance « en gants blancs » qui ne laisse que rarement des traces.

Par ailleurs, et afin de justifier le refus d'accueillir favorablement la demande de dommages-intérêts de la recourante, l'arrêt précité de 2010 s'efforce de mêler intimement « actes de harcèlement » et « invalidité », comme s'il s'agissait de la même chose, c'est-à-dire si ces deux éléments impliquait des dommages identiques et confondus⁴³². Ceci permet de mieux écarter une éventuelle relation de causalité entre les actes de harcèlement et la situation d'invalidité de la plaignante. C'est oublier qu'heureusement, il existe aussi des actes graves de mobbing ou de harcèlement sexuel qui n'ont pas inéluctablement pour conséquence une situation d'invalidité !

Dans un autre arrêt en date du 14 mai 2010⁴³³, relatif à une plainte pour harcèlement sexuel, le TF interprète de manière étonnante la demande de la recourante par ces mots : « La recourante conteste que le délai semestriel de protection ait été prescrit; elle semble en réalité reprocher à la cour cantonale d'avoir pratiqué dans ce contexte l'arbitraire dans l'établissement des faits ». Cette interprétation attestée par les termes « elle semble en réalité » est peu rigoureuse de la part de la haute Cour. Elle permet en tout cas de développer une argumentation contradictoire, fondée sur la notion d'« arbitraire », pour mieux soutenir que « la recourante, qui ne mentionne d'ailleurs même pas expressément se plaindre d'arbitraire, se limite pour l'essentiel à énumérer un certain nombre d'éléments de preuve que la cour cantonale n'aurait selon elle à tort pas retenus et qui démontreraient qu'elle s'était plainte plusieurs fois également auprès d'autres personnes » de son supérieur hiérarchique d'alors.

Ce raisonnement permet aux juges de la haute Cour de conclure en affirmant que « semblable argumentation ne satisfait pas aux exigences de motivation applicables en la matière », à savoir la notion « d'arbitraire ». Le Tribunal peut ainsi en déduire que « Le grief est ainsi irrecevable », car la recourante ne fait qu'exposer son propre point de vue. Ceci est bien sûr fort compréhensible de la part de la recourante dans la mesure où, contrairement à l'autorité judiciaire, elle ne dispose pas de moyens d'instruction qui, s'ils avaient été mis en œuvre par l'autorité inférieure, auraient peut-être permis de faire la lumière sur l'existence de faits de harcèlement sexuel.

Dans son argumentation, la haute Cour méconnaît l'art. 6 de la LEg relatif l'allègement du fardeau de la preuve, selon lequel « L'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable. »⁴³⁴

Dans un arrêt du 17 mai 2010⁴³⁵, relatif à des faits de harcèlement psychologique, le TF relève que la Cour cantonale contre la décision de laquelle il est fait recours, avait retenu que l'employée, malgré les nombreux procédés vexatoires, dont les contrôles incessants n'avait néanmoins pas fait l'objet d'agissements insidieux destinés à la déstabiliser, ni que la recourante a été la victime unilatérale d'agressions de

⁴³² ATF 4A.245/2009 du 6 avril 2010 cons. 4.4.

⁴³³ ATF 4A.178/2010 du 14 mai 2010 du 14 mai 2010, cons. 3.3.

⁴³⁴ LEg, art. 6.

⁴³⁵ ATF 4A.32/2010 du 17 mai 2010/ B.

son supérieur. Ainsi la jurisprudence récente réduit le mobbing à des actes « insidieux », alors que, bien entendu, ce n'est pas toujours le cas. Ce n'est pas aussi simple que cela !

De plus, le fait que l'employée se soit défendue en protestant, est relevé comme une alimentation de sa part, de ce que l'autorité **réduit à un conflit**. Une fois encore, un amalgame est fait entre « conflit » et « harcèlement » et la victime est rendue responsable de ce qui lui arrive. Ces conclusions sont d'autant plus inacceptables, que si une victime ne réagit pas rapidement et vigoureusement, sa demande ne sera jamais prise au sérieux car il sera aisé d'affirmer qu'elle ne s'est pas montrée vigilante et a participé à son dommage.

Selon le TF, « l'autorité reconnaît que l'employeur avait violé l'obligation, posée par l'art. 328 CO, de protéger la personnalité de son employée. » Mais toutefois, afin d'examiner les conditions de la responsabilité de ce dernier, la haute Cour soutient la cour cantonale dans le fait que cette dernière a retenu que la demanderesse « [...] n'était pas parvenue à prouver le lien de causalité (naturelle) entre le conflit vécu sur le lieu de travail et le trouble dépressif diagnostiqué par un médecin et dans le fait qu'elle ait considéré qu'il subsistait trop d'incertitudes quant à la date de la survenance et aux causes du trouble de la demanderesse. »

Or, dans le cadre du harcèlement, on sait très bien qu'aucune preuve ne peut être fournie par la victime quant à la survenance des premiers faits de harcèlement qui, pris individuellement, sont le plus souvent anodins voire insignifiants car, dans ce cas, elle passera pour une chicanreuse » Or, bien évidemment, si la victime se plaint d'actes ou de faits insignifiants, elle passera naturellement pour une « chicanreuse » ou une « paranoïaque. La victime n'a pas de pouvoir ni de moyens d'instruction, qui plus est, *a posteriori*.

Plus grave, les juges du TF insiste sur le fait que d'autres personnes ont été elles-aussi l'objet des « emportements du supérieur hiérarchique. »⁴³⁶ On ne voit pas en quoi cette dernière remarque permettrait de confirmer la thèse selon laquelle ces actes seraient anodins, en raison du fait qu'ils n'ont pas été exclusivement dirigés contre la recourante. Forts de cette constatation, les juges auraient dû voir dans les agressions plurielles du supérieur hiérarchique un élément de preuve (un indice), tendant à accréditer l'existence d'actes abusifs. Nous voyons qu'il n'en est rien.

Quant à la question de la preuve du trouble résultant de faits de harcèlement et de la causalité naturelle existant entre les actes abusifs et un dommage à la santé physique ou psychique, une fois le harcèlement établi, ces conséquences doivent être présumées. Les actes de harcèlement sont des données objectives, comme toute atteinte

⁴³⁶ ATF 4A-32/2010 du 17 mai 2010/ B :

« [...] que les tracasseries et vexations n'ont pas été prouvées, que plusieurs comportements (les contrôles en particulier) reprochés à H.A. ne visaient pas spécifiquement X., mais que d'autres employés subissaient les emportements de leur supérieur hiérarchique. Soulignant que les reproches étaient certes systématiquement adressés à X. et que les contrôles étaient plus pesants à son égard, l'autorité précédente a jugé que l'employée n'avait néanmoins pas fait l'objet d'agissements insidieux destinés à la déstabiliser, ni n'a été la victime unilatérale d'agressions de son supérieur. »

grave à la personnalité, même si ses conséquences sont variables selon les situations et les individus.

Les éléments qui auraient pu être exploités dans le sens des précisions posées par la jurisprudence précédente⁴³⁷ ont été résolument balayés, sans aucune réflexion, comme si les juges s'étaient efforcés de trouver le raisonnement adéquat pour parvenir à un dispositif écartant *a priori* tout fait de harcèlement.

Nous voyons donc que la définition élaborée par Waeber, reprise par le Tribunal fédéral mériterait encore d'être affinée et faire l'objet de précisions. De plus, pour éviter toute ambiguïté, interprétations contradictoires selon les revirements de jurisprudence et, afin de garantir le respect du droit de manière uniforme sur le territoire helvétique, cette définition, gagnerait à être inscrite dans la loi.

Ces revirements de jurisprudence sans consistance théorique, plaident en faveur d'un travail législatif au niveau fédéral qui inscrirait dans la loi (au moins pour le *mobbing*) une définition qui tienne compte des apports et des travaux scientifiques réalisés en la matière, tout comme de la doctrine juridique des auteurs qui ont étudié la question. La volonté du législateur ainsi exprimée permettrait une véritable prise en compte du traitement du *mobbing* dans les relations de travail.

Si une disposition légale existe, elle reflète la volonté du législateur et, si le juge doit interpréter la loi, il a pour mandat « impératif » et pour devoir de « dire le droit » ; il ne peut sans faillir à sa mission s'écarter de la lettre et de l'esprit de la loi (figurant notamment dans les travaux préparatoires).

Bien qu'il arrive que la haute Cour écarte une requête en faisant fi de la volonté du législateur (dans le cas précité de harcèlement sexuel), une définition légale en matière de *mobbing*, que les juges seraient obligés de respecter, permettrait d'améliorer le droit et la justice en la matière.

L'inscription dans la loi suisse de dispositions relatives au harcèlement psychologique est devenue désormais une nécessité.

d. Harcèlement et droit pénal

Le harcèlement psychologique, tout autant que le harcèlement sexuel, ne sont pas en droit suisse des infractions pénales. Toutefois, j'ai évoqué précédemment une analogie entre la gravité des faits de harcèlement et une perspective d'appréhension de cet acte illicite comme un acte pénalement répréhensible. Nous verrons dans les chapitres suivants que le législateur de plusieurs Etats européens voisins s'est prononcé dans ce sens⁴³⁸.

La répression pénale d'actes proches du harcèlement sexuel en droit suisse, est toutefois assurée, notamment, par les art. 188 et 193 CPS⁴³⁹. L'art. 188 réprime d'une peine privative de liberté de 3 ans au plus ou d'une peine pécuniaire, la personne qui

⁴³⁷ ATF 4A-245/2009 du 6 avril 2010 (harcèlement psychologique).

⁴³⁸ Voir *infra*, 2^{ème} partie, chapitres I-V.

⁴³⁹ CPS, art. 188 et 193.

aura notamment, profité de rapports d'éducation, de confiance ou de travail et en particulier aura commis un acte d'ordre sexuel sur un mineur de plus de 16 ans⁴⁴⁰. Quant à l'art. 193, il fait référence à l'abus de détresse et prévoit pour des actes d'ordre sexuel imposés, une peine identique à celle de l'article 193⁴⁴¹.

Toutefois, il n'est fait référence au harcèlement sexuel « sur le lieu de travail », en droit pénal qu'envers des personnes faibles et dépendantes. Wyler⁴⁴² qualifie ces formes de harcèlement sexuel, réprimées par le Code pénal suisse, comme « les formes les plus aiguës du harcèlement sexuel sur le lieu de travail ».

Dans le même ordre d'idée, la protection de la personnalité, d'une manière générale, avait été renforcée en droit pénal avec l'adoption de la loi du 20 décembre 1968⁴⁴³, qui a introduit aux art. 179 à 179 octies, la protection des domaines secret et privé.

L'un des objectifs prioritaires du droit pénal réside dans le fait de protéger en amont la personne contre les atteintes les plus graves qui peuvent lui être portées. Parmi les délits, qui le plus souvent « accompagnent » les actes de harcèlement psychologique ou sexuel figurent : les infractions à l'honneur⁴⁴⁴, la diffamation⁴⁴⁵, l'insulte⁴⁴⁶, la calomnie⁴⁴⁷, ainsi que toutes les infractions contre l'intégrité sexuelle⁴⁴⁸. Figurent également toutes les formes de violence⁴⁴⁹, y compris la contrainte⁴⁵⁰.

Parmi les infractions qui peuvent constituer en elles-mêmes des faits de harcèlement sexuel ou « accompagner » un comportement de harcèlement sexuel, l'art. 194 relatif à l'exhibitionnisme prévoit que :

*« Celui qui se sera exhibé sera, sur plainte, puni de l'emprisonnement pour 6 mois ou de l'amende. »*⁴⁵¹

Quant à l'art. 197, al. 2, il prévoit que :

*« Celui qui aura exposé ou montré en public des objets ou des représentations visées au chiffre 1 du présent article ou les aura offerts à une personne qui n'en voulait pas, sera puni de l'amende. »*⁴⁵²

Les objets visés à l'art. 197, ch.1 sont :

⁴⁴⁰ CPS, art. 188.

⁴⁴¹ *Id.*, art. 193.

⁴⁴² WYLER Rémy (2008), *Droit du travail*, Zurich, Stämpfli, 1008 p., p. 232.

⁴⁴³ CPS, art. 179 ss.

⁴⁴⁴ *Id.*, art. 173.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, art. 173.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, art. 177.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, art. 174.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, art. 187 ss.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, art. 123, 126.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, art. 181.

⁴⁵¹ *Ibid.*, art. 194.

⁴⁵² *Ibid.*, art. 197, al. 2.

« [...] des écrits, enregistrements sonores ou visuels, images ou autres objets pornographiques, ou des représentations pornographiques. »⁴⁵³

En outre, le Code pénal punit plus sévèrement la pornographie dite « dure »⁴⁵⁴. En revanche, on ne peut pas dire que l'art. 198 CP interdise expressément le harcèlement sexuel ou verbal, qui prévoit que :

« Celui qui aura causé du scandale en se livrant à un acte d'ordre sexuel en présence d'une personne qui y aura inopinément confrontée, celui qui aura importuné une personne par des attouchements d'ordre sexuel ou par des paroles grossières, sera, sur plainte, puni des arrêts ou de l'amende. »⁴⁵⁵

Ces dispositions relèvent certes, de faits de harcèlement sexuel, mais ne décrivent qu'un comportement particulier et circonscrit de harcèlement, à caractère sexuel. Ces dispositions ne prennent pas en compte les multiples formes de harcèlement sexuel dans le milieu professionnel notamment, qui ne sont pas visés par l'article susmentionné. Le harcèlement sexuel n'est pas toujours accompagné de scandale, loin s'en faut. Il est, dans ses formes les plus surnoises, tout comme le harcèlement psychologique, très souvent insidieux et difficilement décelable, en particulier dans ses premières manifestations au sein des relations de travail, où il peut se déguiser sous des habits de complicité amicale, de subtils jeux de pouvoir ou encore sous une forme démagogique, d'apparente abolition de la hiérarchie.

Ladite disposition punit effectivement certains actes d'ordre sexuel imposés, mais faute de mention explicite du harcèlement sexuel dans le Code pénal, ainsi que de définition du harcèlement en général inscrites dans le Code pénal, dite disposition ne punit pas le type de harcèlement, perpétré de manière insidieuse, sans « scandale », et sans caractère ouvertement libidineux, dans le cadre strict des relations de travail. Cette disposition ne punit donc, qu'une forme de harcèlement sexuel, sans que celle-ci se déroule forcément dans le cadre des relations de travail, ce qui est un domaine où le droit public a édicté des règles particulières⁴⁵⁶.

Il suffit pour s'en convaincre de parcourir les titres des principaux chapitres de la partie spéciale du Code pénal ; on y trouvera notamment les règles réprimant les infractions contre « la vie et l'intégrité corporelle »⁴⁵⁷, les infractions contre « l'honneur »⁴⁵⁸, « le domaine secret ou le domaine privé »⁴⁵⁹, la « liberté »⁴⁶⁰, ou « les mœurs »⁴⁶¹. Par ses objets, cette liste comprend en fait l'énumération des prin-

⁴⁵³ CPS, art. 197, al. 1.

⁴⁵⁴ *Id.*, art. 197.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, art. 198

⁴⁵⁶ Voir *infra*, 1^{ère} partie, chap. V, II.

⁴⁵⁷ CPS, art. 111, ss.

⁴⁵⁸ *Id.*, art. 173, ss.

⁴⁵⁹ *Id.*, art. 179, ss.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, art. 180, ss.

⁴⁶¹ *Ibid.*, art. 187, ss.

cipaux droits de la personnalité⁴⁶² qui, lorsqu'ils sont bafoués, sont en lien avec des faits de harcèlement sexuel.

D'un point de vue « objectif », si l'on fait abstraction de la personnalité de la victime, il existe sans doute des formes de harcèlement sexuel, aussi « graves » et plus « dommageables » pour la victime ou pour l'entreprise⁴⁶³ que celles qui sont réprimées par le Code pénal⁴⁶⁴. Tout est une question d'appréciation de l'ensemble d'une situation donnée. Outre le cadre des deux articles susmentionnés, le Code pénal suisse ne réprime pas -en particulier, vis-à-vis de l'auteur des faits- le harcèlement sexuel en tant que tel et en particulier, dans le cadre des rapports de travail.

Dans le cadre de ses obligations, concernant la protection de la santé de ses employés, l'employeur peut également voir engagée sa responsabilité pénale. C'est le cas, notamment des accidents du travail⁴⁶⁵.

Le harcèlement psychologique et le harcèlement sexuel au travail ne constituent pas, en eux-mêmes une atteinte directe à la santé ou une atteinte « visible » à l'intégrité corporelle. Néanmoins, les études citées en 1^{ère} partie de cet ouvrage montrent toutes une corrélation étroite entre des actes de harcèlement psychologique et/ou sexuel auxquels il n'a pas été mis un terme et -dans la plupart des cas- une dégradation de la santé physique et/ou psychique de la personne harcelée. L'employeur est donc responsable de la détérioration de la santé de son employé, s'il existe un lien de causalité entre des manifestations de harcèlement auxquelles il aurait négligé de mettre un terme et l'état de santé de l'un ou l'une de ses employé-e-s.

Des dispositions légales permettent à quiconque subit une atteinte illicite à sa personnalité, d'agir en justice pour sa protection. L'art. 28a du Code civil⁴⁶⁶ précise que le demandeur peut requérir du juge d'interdire une atteinte illicite si elle est imminente⁴⁶⁷, de la faire cesser si elle dure encore⁴⁶⁸, d'en constater le caractère illicite, si le trouble qu'elle a créé subsiste⁴⁶⁹.

Selon la définition retenue par la jurisprudence, le caractère illicite du mobbing se caractérise par l'intention de nuire. Or, nous avons vu que les comportements hostiles n'arrivent pas par inadvertance, sans que leur auteur ait eu la moindre conscience de ses actes et de leurs possibles conséquences. En conséquence, l'un des éléments de définition du mobbing devrait plutôt être considéré, non par rapport à l'intention de nuire mais par rapport au résultat. Tout au moins, devrait-on envisager

⁴⁶² CPS, art. 111, 173, 179, 180, 187.

⁴⁶³ Voir le cas du « dénigrement », à savoir la médisance suivi ou non de l'orchestration d'une rumeur, *supra*, 1^{ère} partie 1, chap. V, I, 2, A. Voir aussi : TERCIER, 1984, p. 81: « atteinte-état » et « atteinte-ponctuelle ».

⁴⁶⁴ CPS, art. 193.

⁴⁶⁵ *Id.*, art. 125, al. 1 : « Celui qui, par négligence, aura fait subir à une personne une atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. »

⁴⁶⁶ Code civil suisse, art. 28a, al. 1.

⁴⁶⁷ *Id.*, art. 28a, al. 1, ch. 1.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, art. 28a, al. 1, ch. 2.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, art. 28a, al. 1, ch. 3.

la notion de dol éventuel⁴⁷⁰. Ces analogies objectives avec les éléments constitutifs d'une infraction pénale permettent raisonnablement d'envisager que le harcèlement psychologique, tout comme le harcèlement sexuel entrent un jour dans la catégorie des infractions pénales.

e. Harcèlement, droit pénal et charge de la preuve

Le Tribunal fédéral avait, dans un premier temps, considéré les actes de harcèlement psychologique, comme un processus complexe dont il fallait tenir compte, lors de l'appréciation des faits de la cause. Cependant, le harcèlement, qu'il soit psychologique ou sexuel, n'est envisagé en droit suisse, que sous l'angle de la responsabilité civile.

En conséquence, c'est à la victime de prouver les faits qu'elle allègue⁴⁷¹. Signalons que les inspections du travail cantonales sont chargées de vérifier que le droit du travail est correctement appliqué dans les entreprises, mais ses pouvoirs sont limités. A l'exception de certaines entités, comme l'ACV par exemple, où des collaboratrices et des collaborateurs dûment mandatés ont comme prérogative de pouvoir investiguer, il n'existe pas en matière de harcèlement de « magistrat instructeur » à qui serait dévolu un rôle d'instruction avec des pouvoirs étendus permettant de rechercher la vérité en établissant les faits.

Une telle procédure accompagnant la recherche de preuves, contraignante quant à la défense des personnes mises en cause et aux témoins, n'existe par définition qu'en droit pénal.

La jurisprudence citée précédemment nous montre dans ses argumentations mêmes, qu'en l'état actuel de la législation, les victimes sont le plus souvent démunies pour apporter la preuve des faits de harcèlement psychologique, mais aussi sexuel et, qu'en l'absence de preuves, les juridictions ne peuvent accueillir favorablement les demandes d'indemnités relatives au dommage subi.

C'est pourquoi, afin de faire respecter les droits de la personnalité et d'assurer la protection contre des abus dans les relations de travail, il conviendrait de se doter d'outils juridiques efficaces. Qu'une personne dotée de pouvoirs contraignants et d'investigation élargis, soit mandatée pour enquêter dans les cas de plainte pour harcèlement. Ces prérogatives -qui incluraient des perquisitions éventuelles ou des inspections des disques durs d'ordinateurs par exemple- ne peuvent voir le jour sans la volonté et l'intervention expresse du législateur.

Au regard de la gravité du harcèlement pour les différents partenaires économiques, tout comme de la nécessité d'établir avec certitude les faits de la cause, il me paraît indispensable et urgent de modifier la législation fédérale. Il est souhaitable que le harcèlement psychologique fasse non seulement l'objet d'une définition légale, mais que, tout comme le harcèlement sexuel, ces deux comportements entrent dans la catégorie des infractions pénales. A cet égard, le législateur fédéral pourra se docu-

⁴⁷⁰ KILLIAS *et al.*, 2007, p. 45.

⁴⁷¹ Code civil suisse, art. 8.

menter en se reportant aux dispositions des droits espagnol, belge et français, présentés en deuxième partie de cet ouvrage.

B. Harcèlement et droit de la fonction publique en Suisse : 2 exemples

a. Introduction

Dégagés par le Tribunal fédéral de l'art. 4 de l'ancienne Constitution fédérale⁴⁷², les 7 principes constitutionnels suivants lient l'autorité administrative : la légalité, l'égalité de traitement, la proportionnalité, l'intérêt public, l'interdiction de la rétroactivité des lois, l'interdiction de l'arbitraire, la bonne foi.

Tercier⁴⁷³ précise qu'il est « incontesté que les droits constitutionnels peuvent être invoqués, en priorité, à l'encontre de l'Etat et de ses agents ». Ceux-ci ne peuvent en conséquence y apporter de restrictions que dans la mesure (limitée) où le postule l'intérêt général. On admet cependant que ces droits et ces libertés peuvent aussi être indirectement invoqués, en cas d'atteintes portées par des particuliers.

Si ces droits peuvent être invoqués par des usagers de l'administration, ils peuvent l'être également par d'autres personnes, agents de l'administration, atteints dans leur personnalité par d'autres agents de la fonction publique. Il en va des exigences les plus fondamentales de l'Etat de droit : l'administration est tenue, quand elle agit, de se conformer à la loi.

La plupart des services de l'Etat sont aujourd'hui dotés de spécialistes en ressources humaines, qui doivent avoir pour priorité de veiller à prévenir des situations de harcèlement où à y mettre fin lorsqu'elles se produisent.

En conséquence, l'Etat en tant qu'employeur, c'est-à-dire dans les relations de travail au sein de sa fonction publique, doit se doter d'une législation claire en matière de harcèlement, autant que de normes procédurales adaptées pour protéger les acteurs de la Fonction publique. Ces procédures doivent être mises en place, contre les abus de droit de ceux qui se refusent à exercer leurs activités professionnelles dans le respect des règles de la bonne foi, ainsi que contre ceux qui risquent de mettre à profit la déficience passagère d'un collègue ou d'un collaborateur, pour le mettre définitivement à l'écart, par toutes sortes de manœuvres relevant du harcèlement.

Selon les dispositions de son art. 2, ch. 1a, la LTr ne s'applique pas aux administrations fédérales, cantonales et communales⁴⁷⁴, sauf pour les dispositions relatives à la protection de la santé (art. 3, *al.* 1 *litt.* a)⁴⁷⁵, des art. 6 (obligations des employeurs et des travailleurs)⁴⁷⁶, 35a et 35b (protection de la santé durant la maternité et de la

⁴⁷² Cst., art. 4.

⁴⁷³ TERCIER, 1984, p. 29.

⁴⁷⁴ LTr., art. 2, ch. 1a.

⁴⁷⁵ *Id.*, art. 3, *al.* 1, *litt.* a.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, art. 6.

famille), 36 et 36a⁴⁷⁷. Selon l'art. 3a, *al. 1 litt. a*, ces dispositions s'appliquent aux employeurs qui, puisqu'ils bénéficient des prestations de leurs employés répondent de la sauvegarde de leur santé dans le cadre de l'exécution du contrat de travail (art. 3a LTr)⁴⁷⁸.

Alors que les entreprises publiques échappaient autrefois à ces dispositions relatives à la protection de la santé, l'art. 4 LTr, permet désormais que ces règles s'appliquent sans distinction⁴⁷⁹. L'interdiction du mobbing n'est toutefois pas mentionnée.

Nous verrons ci-après que l'Etat de Vaud s'est effectivement doté d'une législation de cet ordre. J'ai choisi deux exemples de fonctions publiques, l'une soumise à la législation cantonale, l'ACV et l'autre soumise à la législation sur le personnel de la Confédération, l'Ecole Polytechnique Fédérale de Lausanne (ci-après : EPFL).

b. Le droit vaudois de la Fonction publique en matière de harcèlement

Principe

Certaines catégories de personnel, comme les apprenti-e-s, par exemple, ne sont pas soumis à la LPers-VD dans leurs relations contractuelles avec l'Etat, mais relèvent du CO. Les dispositions en matière de harcèlement sont celles qui s'appliquent dans les rapports de droit privé⁴⁸⁰.

Avec l'entrée en vigueur de la LPers-VD, le droit de la Fonction publique vaudoise s'inscrit résolument, au niveau légal et réglementaire dans une volonté de lutte contre le harcèlement et la protection des collaborateurs et collaboratrices de l'Etat, en particulier :

*« Le Conseil d'Etat veille à la protection de la personnalité de tous les collaborateurs de l'Administration cantonale vaudoise dans le cadre de leur activité professionnelle. »*⁴⁸¹

*« Il prend les mesures nécessaires pour prévenir et combattre toute forme de difficultés relationnelles importantes entre collaborateurs, en particulier le harcèlement. »*⁴⁸²

De plus, l'Etat prévoit un dédommagement pour « les collaborateurs qui ont subi dans l'exercice de leur activité professionnelle, de la part d'un autre collaborateur, une atteinte grave non matérielle ayant entraîné un préjudice. »⁴⁸³

⁴⁷⁷ LTr., art. 36 et 36a.

⁴⁷⁸ *Id.*, art. 3.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, art. 3a, *al. 1, litt. a*.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, art. 147.

⁴⁸¹ LPers-VD, art. 5, *al. 3*.

⁴⁸² RCTH, art. 1, *al. 2*.

⁴⁸³ Règlement d'application de la loi du 12 novembre 2001 sur le personnel de l'Etat de Vaud (RLPers-VD) du 9 décembre 2002, RSV 172.31.1, art. 7, *al. 1*.

Afin d'assurer le respect du droit de fond et une procédure efficace, le législateur vaudois voté la mise en place le groupe Impact (Investigation et Médiation pour l'Amélioration des Conditions de Travail), après que plusieurs scandales eurent éclaté dans la presse qui ont suscité de vives et fructueuses discussions au sein des instances politiques du Canton.

Définitions ; le harcèlement psychologique

Le législateur cantonal a inscrit dans l'un des règlements d'application de la loi susmentionnée une définition du harcèlement psychologique et du harcèlement sexuel.

« Est constitutif d'un harcèlement psychologique tout comportement abusif d'une ou de plusieurs personnes qui vise à agresser ou à dénigrer une ou plusieurs personnes de manière répétée, fréquente et durable. »⁴⁸⁴

Le législateur vaudois a pris la peine d'ajouter à la définition reprise par le Tribunal fédéral un élément dont nous avons déjà souligné l'importance⁴⁸⁵. Il s'agit de la question du dénigrement. En conséquence, le fait de faire « courir des bruits », de diffuser de fausses informations ou de tenir des propos malveillants à propos d'une personne, de la critiquer devant des tiers et de manière systématique et, en tous cas, non-éthique, le fait de déclencher, d'orchestrer ou d'alimenter une rumeur, constitue, au regard du droit vaudois, un comportement constitutif de harcèlement.

Quant au harcèlement sexuel, le législateur vaudois a repris la définition donnée par la LEg.

« Est constitutif d'un harcèlement sexuel tout comportement importun de caractère sexuel ou tout autre comportement fondé sur l'appartenance sexuelle qui porte atteinte à la dignité de la personne sur son lieu de travail, en particulier le fait de proférer des menaces, de promettre des avantages, d'imposer des contraintes ou d'exercer des pressions de toute nature sur une personne en vue d'obtenir d'elle des faveurs de nature sexuelle. »⁴⁸⁶

Le dénigrement peut aussi s'appliquer au harcèlement sexuel, comme par exemple : « Pas la peine de se demander pourquoi elle a été engagée : Tu as vu comment le chef la regarde quand elle passe dans le couloir ! »

Il faut souligner que les présentes dispositions s'appliquent à tous les services de l'Etat de Vaud soumis à la LPers-VD. En conséquence, la LPers et ses règlements s'appliquent également aux milieux universitaires et hospitaliers où plusieurs cas très graves de harcèlement ont été traités par les instances vaudoises et ont été relatés dans la presse. Les faits ont pu être établis sur le fondement des bases légales susmentionnées (droit de fond et droit de procédure), dans le respect de la présomp-

⁴⁸⁴ RCTH, 172.31.7, art. 3, al. 1.

⁴⁸⁵ Voir, *supra*, 1^{ère} partie, chap. V, II. 3.

⁴⁸⁶ RCTH, art. 3, al. 2; Voir aussi : LEg, art. 4.

tion d'innocence. Les victimes ont été reconnues dans leur statut et ont vu leur souffrance entendue et réparée.

L'indépendance organique du Groupe Impact est garantie dans dit règlement, par le fait que cette structure dépend désormais directement de la Chancellerie d'Etat⁴⁸⁷, et non plus du Département de l'Economie, comme c'était le cas auparavant⁴⁸⁸.

Les collaboratrices et les collaborateurs, ainsi que les supérieurs hiérarchiques qui constatent l'existence de faits pouvant relever de harcèlement, savent qu'ils peuvent s'adresser au groupe Impact⁴⁸⁹ et elles le font. Rappelons que l'une des missions principales du Groupe Impact est -ainsi que son nom l'indique- l'« amélioration des conditions de travail ». L'accueil du groupe Impact commence par un entretien avec la personne qui estime rencontrer des difficultés dans le cadre de ses relations de travail, ou s'estime victime de harcèlement⁴⁹⁰. Cette séance se déroule en toute confidentialité. Parfois un simple moment d'écoute, ou suivi de conseils, aident la personne qui consulte à y voir plus clair par elle-même, suffit souvent à restaurer la confiance en soi, à se placer selon une autre perspective et à aborder les relations conflictuelles au travail avec plus de sérénité.

Que ce soit à la demande d'une collaboratrice ou d'un collaborateur, d'un supérieur hiérarchique ou suite à l'initiative du Groupe Impact, une médiation peut être proposée, qui se déroule, en cas d'accord des parties, sur une ou plusieurs séances⁴⁹¹, sous le sceau de la confidentialité la plus absolue. Cette médiation permet souvent de « vider » le conflit et aboutit, le cas échéant, à l'établissement d'un protocole dont le médiateur ou la médiatrice vérifie effectivement le respect en en assurant le suivi. Bien que la structure Impact n'ait pas de pouvoir hiérarchique ni coercitif à proprement parler, il est rare qu'un collaborateur de l'Etat de Vaud refuse définitivement de se rendre à la convocation du Groupe Impact. Lorsque c'est le cas, le Groupe Impact en avertit le supérieur hiérarchique de la partie concernée, qui prend les mesures qu'il juge nécessaires. Malgré les inévitables critiques, le groupe Impact jouit depuis de nombreuses années d'une autorité morale reconnue.

Mais ainsi que le dit Waeber⁴⁹², le médiateur n'est qu'un facilitateur de communication et la réussite d'une médiation dépend aussi des personnes en présence. Notamment, le contexte est bien différent et le médiateur a un rôle distinct à jouer selon que sont en présence des collègues de même niveau ou des personnes séparées par une relation hiérarchique.

Le législateur vaudois a aussi pris en compte la particularité de cette problématique. Dans les cas où la médiation est impossible pour différentes raisons ou n'aboutit pas,

⁴⁸⁷ RCTH, art. 6.

⁴⁸⁸ Pour des raisons historiques, le Groupe Impact était préalablement rattaché au Bureau de l'Egalité entre Femmes et hommes (ci-après BEFH), lui-même soumis à l'autorité du département de l'Economie.

⁴⁸⁹ RCTH, art. 8.

⁴⁹⁰ *Id.*, art. 9.

⁴⁹¹ *Ibid.*, art. 11.

⁴⁹² WAEBER Jean-Bernard, in AUBERT Gabriel (2002), *Harcèlement au travail*, Etudes réunies par G. AUBERT, J.-M. GUINCHARD, M. PICCOT, Zurich, Bâle, Genève, p. 57.

la personne qui s'estime victime de harcèlement peut déposer une plainte écrite⁴⁹³ qui est examinée en toute indépendance⁴⁹⁴ par le groupe. Dans le cas où la plainte semble manifestement infondée, téméraire ou choquante, le groupe Impact classe la plainte⁴⁹⁵. Dans le cas contraire, le groupe Impact instruit la demande en procédant notamment à l'audition de témoins⁴⁹⁶. Cette phase se termine par un rapport d'investigation contenant l'exposé des faits⁴⁹⁷, remis aux parties et à l'autorité d'engagement de la personne mise en cause⁴⁹⁸ et concluant ou non à des faits de harcèlement⁴⁹⁹. Même dans le cas où le rapport ne conclut pas à des faits de harcèlement, il n'est pas rare qu'il mette en évidence les dysfonctionnements d'un service ou les erreurs de la hiérarchie, qui ont contribué à rendre délétère le climat de travail.

Enfin, le groupe Impact propose, le cas échéant, au cas par cas, des évaluations et conseille l'autorité hiérarchique. Il incombe à cette dernière de prendre les décisions qui s'imposent. A ce stade, le groupe Impact n'a pas d'autre pouvoir, surtout pas celui de sanctionner. Cette prérogative revient exclusivement à l'autorité d'engagement.

La seule existence du groupe Impact montre l'importance que l'Etat de Vaud attache au problème du harcèlement psychologique et sexuel.

L'Université de Lausanne est soumise aux mêmes exigences de la LPers-VD, mais possède aussi sa propre instance de médiation interne.

L'Université de Fribourg⁵⁰⁰ soumise à la loi sur le personnel de l'Etat et son règlement d'application n'offre pas un cadre aussi protecteur que celui de l'Etat de Vaud. Il n'est en effet prévu qu'une procédure informelle de conseils et de médiation. En outre, en cas d'investigation, c'est l'autorité d'engagement qui statue sur l'existence

⁴⁹³ RCTH, art. 16.

⁴⁹⁴ *Id.*, art. 6.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, art. 19.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, art. 22, al. 2.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, art. 25, al.1.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, art. 25, al.1.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, art. 25, al.1.

⁵⁰⁰ Loi du 17 octobre 2001 sur le personnel de l'Etat (LPers), RSF 122.70.1, art. 1 et 2.

Art. 130 : Procédure en cas d'atteinte à la personnalité

1 Le Conseil d'Etat prend les mesures nécessaires à la prévention, à la constatation et à la cessation de toute atteinte à la personnalité du collaborateur ou de la collaboratrice, notamment les cas de harcèlement sexuel et psychologique causés au lieu ou dans le cadre du travail par des collaborateurs ou collaboratrices.

2 Les dispositions d'exécution instituent une procédure informelle de plainte et de conciliation.

Voir aussi: Règlement du 17 décembre 2002 du personnel de l'Etat (RPers), RSF 122.70.11, *passim*.

N.B. l'exécutif fribourgeois envisage clairement la « répression » opé en tous cas la « sanction » du harcèlement sexuel, et prévoit, uniquement dans ce cas précis de harcèlement, une procédure formelle.

ou non de harcèlement sexuel⁵⁰¹. C'est-à-dire que l'exécutif fribourgeois, dans son rôle de législateur n'a pas jugé bon de faire respecter strictement le principe de séparation des pouvoirs.

En ce qui concerne l'Etat de Genève⁵⁰², les collaborateurs de l'Etat, y compris ceux relevant de l'Université, bénéficient, pour lutter contre le harcèlement, d'un dispositif cantonal équivalent à celui de l'Etat de Vaud et du groupe Impact⁵⁰³ : le groupe de confiance⁵⁰⁴. L'Etat de Genève, semble s'être abondamment inspiré des dispositions vaudoises en la matière.

Toutefois, un problème subsiste qui concerne l'ouverture éventuelle d'une investigation, qui ne peut être déclenchée que par la personne plaignante. Selon les termes dudit règlement, il n'existe pas de possibilité pour l'autorité d'engagement de demander l'ouverture d'une investigation, pas plus que l'« auto-saisine » par le groupe de confiance lui-même⁵⁰⁵. Cette disposition restreint la protection des victimes à qui l'on demande d'être « pro-active », alors que le règlement vaudois offre à l'autorité administrative le pouvoir d'intervenir comme partie -l'autorité d'engagement- ou comme garant du droit par le biais de la demande d'ouverture d'une investigation - dans le cas d'une auto-saisine par le Groupe Impact ce dernier soupçonne un harcèlement sur la base d'indices convergents⁵⁰⁶.

Quant à l'Etat de Neuchâtel, il a aussi pris des dispositions claires pour lutter contre le harcèlement⁵⁰⁷, avec l'adoption d'une procédure informelle (écoute, médiation) et d'une procédure formelle (investigation) analogue à celle de l'Etat de Vaud.

Dans les cas précités, et même s'il existe des organes d'écoute internes en la personne de médiateurs et de médiatrices, le personnel de l'Université est soumis aux mêmes règles de droit que l'ensemble du personnel de la fonction publique vaudoise, en matière d'atteintes à la personnalité des collaborateurs et de collaboratrices.

⁵⁰¹ Directives du 2 octobre 2007 visant à prévenir et réprimer le harcèlement sexuel ; Conseil d'Etat du canton de Fribourg (extrait du procès-verbal des séances), (0996), p. 2.

⁵⁰² Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (LPAC), du 4 décembre 1997, art. 2 b, indiquant qu'il « est veillé » à la protection de la personnalité de la personnalité des membres du personnel, notamment en matière de harcèlement psychologique et de harcèlement sexuel, RSG B 5 05 ;

art. 2b, al. 2 : « *Des mesures sont prises pour prévenir, constater et faire cesser toute atteinte à la personnalité.* »

⁵⁰³ RCTH, art. 15, al. 1, litt. b.

⁵⁰⁴ Règlement relatif à la protection de la personnalité à l'Etat de Genève (RPPers), du 18 juin 2008, B 5 05.10, art. 3 al. 1 et 2.

⁵⁰⁵ RCTH, art. 15, al. 1.

⁵⁰⁶ *Id.*, art. 15, al. 2.

⁵⁰⁷ Loi sur le statut de la fonction publique (LSt) du 28 juin 1995, RSN 152.510.

c. Monde universitaire et harcèlement

Les manifestations et le *modus operandi* du harcèlement psychologique ou sexuel revêtent des formes très particulières dans le domaine de la recherche et de l'enseignement supérieur. Ces particularités ont trait à la spécificité du travail de chercheur et à ses obligations en termes de « rayonnement de carrière ». Par exemple, l'ordre des auteurs dans la liste d'une publication est une décision qui revêt une grande importance pour le prestige d'un chercheur, la reconnaissance du travail effectué et pour la suite de ses travaux. Une décision visant à déplacer un nom ou à ne pas reconnaître la participation à des travaux, une modification arbitraire ou injustifiée de cet ordre peut être très dommageable pour la carrière de quelqu'un, il peut s'agir d'actes délibérés et être assimilé à du *mobbing*. Les remerciements dans les publications sont aussi des informations cruciales, les invitations aux réunions de définition des projets tout autant que leur participation à ceux-ci, et en particulier les possibles invitations à des conférences.

De même, le fait d'offrir ou non à un chercheur la possibilité de donner des cours, d'encadrer des doctorants et d'assurer la co-direction d'une thèse, par exemple, sont des décisions qui peuvent orienter dans le meilleur sens une carrière, comme la faire stagner définitivement et parfois, l'anéantir. Par ailleurs, comme un chercheur ne travaille jamais seul, en particulier dans le domaine de la recherche scientifique, il existe des cas où certains chercheurs et certaines équipes offrent loyalement leur collaboration (en matière de fournitures d'échantillons par exemple), alors que d'autres ne « donnent » ou participent que si elles peuvent en retirer un avantage beaucoup plus grand. Il arrive aussi que la concurrence féroce que se livrent certains laboratoires, entraîne un refus pur et simple de collaboration, par simple jalousie, pour éviter qu'un collègue ne risque d'obtenir de « trop bons » résultats, qui pourraient devenir meilleurs que les siens propres.

Il existe des professeurs qui mobbent leurs collaborateurs et collaboratrices et, en particulier, des doctorants ou des chercheurs « post-docs »⁵⁰⁸, qui sont très souvent en position de faiblesse car ils craignent pour la suite de leur carrière. Ce comportement peut être le fait de tous, depuis les mauvais professeurs, qui, grâce au statut obtenu un jour, compensent leur médiocrité managériale en tentant d'obtenir ainsi à un pouvoir accru que leur compétence ne leur permet pas d'obtenir. Inversement, il peut s'agir de professeurs très brillants, qui utilisent le *mobbing* comme méthode de management en exerçant des pressions de toute nature sur leurs collaborateurs, afin de rester en tête des classements et obtenir toujours plus de subsides pour leurs recherches. Il s'agit dans ce cas de gouvernance par la peur.

Ces personnes sont souvent engagées -à des degrés variables selon la renommée des universités qui recrutent- en raison de leur aura de « stars », parfois « nobélisables » (dans le domaine des disciplines scientifiques, en particulier) et de leur grande ambition personnelle. Toutefois ces brillants chercheurs n'ont pas toujours les compétences sociales requises pour diriger, animer, encourager une équipe avec dyna-

⁵⁰⁸ Il existe aussi, sans que l'on puisse parler de « harcèlement » à proprement parler, des comportements non-éthiques, comme les actes de plagiat, motivés par l'ambition peu contrôlée, qui peuvent porter préjudice à des collègues, à toute une équipe et à son professeur.

misme et exigence bienveillante ni malheureusement, un sens développé du bien commun.

Mais qu'appelle-t-on, dans ces cas, **répétition et fréquence** ?

A titre d'exemple, bloquer le nom de quelqu'un sur une publication ne manière injustifiée, ou sous des prétextes fallacieux, empêcher cette personne, sans raison valable, par seule volonté de brimade, empêcher un collaborateur de lancer un projet ou ne pas lui permettre de se rendre à tel ou tel congrès pour présenter ses résultats ou rencontrer ses pairs, n'arrive pas, en raison même de la nature du travail de chercheur, plusieurs fois par semaine.

Commettre des actes de cette nature doit être considéré comme étant constitutif de harcèlement. La répétition se mesure sur des mois, voire sur une ou plusieurs années, en fonction des circonstances et des enjeux. Procéder de la sorte, ne serait-ce que trois ou quatre fois par année peut avoir des conséquences dramatiques pour celui ou celle qui en est victime, dans la mesure où ce comportement affecte durablement et parfois définitivement le développement d'une carrière scientifique ainsi que la considération sociale et l'estime de soi qui en découlent. Il existe ainsi de grands professeurs qui contribuent donc, en portant des coups mortels à la carrière d'un de leurs collaborateurs (ou collaboratrices, en particulier), potentiellement brillants ou ambitieux, mais pas obligatoirement vindicatifs, à les isoler, à les marginaliser, à les exclure car ils craignent que ces derniers ne leur « fassent de l'ombre » à plus ou moins long terme. Cette problématique est assez flagrante dans les milieux (traditionnellement masculins jusqu'à présent), tels que la recherche en médecine ou certaines branches des sciences dites « dures », où la compétition revêt des proportions internationales.

Dans ce domaine, les notions de répétition et de fréquence développées à plusieurs reprises perdent toute leur pertinence.

Il serait toutefois trop simpliste d'affirmer que seuls les professeurs ou supérieurs hiérarchiques sont auteurs d'actes de mobbing, tout comme de dire que toutes les personnes hiérarchiquement haut-placées sont des mobbeurs-mobbeuses en puissance. Il existe des doctorants qui font peser la pression de leur incompétence sur leur professeur ; il existe des collaborateurs administratifs qui maltraitent soient leurs collègues, soit leurs subordonnés, soit même des professeurs (par des tracasseries administratives sans fin), quoique ceci soit plus rare, en raison de la position hiérarchique prestigieuse liée au statut de professeur. Le harcèlement entre professeurs est également très rare en raison de leur statut « intouchable » et protégé. Des guerres de pouvoir se déclenchent toutefois et les « coups-bas » qui se produisent se font souvent au détriment des collaborateurs.

Quelques universités dont l'UNIL par le biais de la LPers-VD se sont dotées d'outils juridiques pour lutter contre ce fléau.

d. Une entité particulière, l'EPFL

A l'EPFL, la plupart des employés (sous contrat de droit administratif) sont soumis à la Loi sur le personnel de la Confédération (ci-après : LPers)⁵⁰⁹ du 24 mars 2000. Par rapport à l'Université de Lausanne, soumise aussi à la LPers-Vd en matière de lutte contre le harcèlement, l'EPFL est une entité qui connaît un fonctionnement qui lui est propre à bien des égards.

La recherche et l'enseignement qui s'y mènent se veulent de toute première classe et rivalisent avec honneur avec les plus grandes universités technologiques du monde, telles que le MIT et Caltech, ou les universités telles que Stanford, Berkeley, Cambridge etc. Selon le classement de Shanghai, l'EPFL se classe en vingtième position mondiale et deuxième position européenne après Cambridge⁵¹⁰. C'est dire que la concurrence y est farouche, autant que dynamique et dynamisante.

En conséquence, la nature des actes de harcèlement y est aussi fort particulière. D'une part, en raison des conditions de l'exécution d'un travail de recherche et d'autre part, en raison de l'identité de l'École : en particulier, de la considération dont elle jouit au niveau suisse et mondial. Certaines des conditions préalables au développement du mobbing se trouvent exacerbées par la politique novatrice et proactive de la direction de l'école, que certains ne sont pas toujours à même d'accepter ou de supporter pour de multiples raisons. Les chercheurs qui se sont intéressés au problème⁵¹¹ ont montré que l'inadaptabilité de certaines personnes aux changements et la peur que ces derniers génèrent, provoquent non seulement des situations de stress, mais induisent également des comportements inadéquats, non éthiques, comme peut l'être, dans l'une de ses formes les plus exacerbées, le harcèlement.

Pour une certaine part, le stress lié à la politique visionnaire de l'EPFL et à la remise en cause qu'elle implique du *statu quo* de confortables positions acquises, contribue certainement au développement d'inquiétudes, susceptibles de générer des comportements non éthiques, y compris de harcèlement sous toutes ses formes. Quels que puissent être les paramètres favorisant l'émergence de ce comportement, les instances de l'école doivent garder à l'esprit qu'il s'agit d'un acte illicite⁵¹².

Dans le numéro du Flash (journal mensuel de l'EPFL) du 12.12.2000, la volonté de la Direction est clairement exprimée en ces termes :

⁵⁰⁹ Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers), RS 172.220.1, art. 10.

⁵¹⁰ Classement de Shanghai, Academic Ranking of World Universities in Engineering/Technology and Computer Sciences – 2010.

⁵¹¹ LEYMANN Heinz (1993), *Mobbing, Psychoterror am Arbeitsplatz und wie man sich dagegen wehren kann*, Hamburg, Reinbeck, 133 p. et HIRIGOYEN Marie-France (2001), *Le harcèlement moral dans la vie professionnelle / Démêler le vrai du faux*, Paris, Editions La Découverte, 289 p.

⁵¹² Voir lexicque : « illicéité ».

« *Le campus doit offrir des conditions d'études et de travail exemplaires. La Direction a donc décidé de créer un organe de médiation totalement indépendant, pour traiter les cas de mobbing, conflits et harcèlements sexuels.* »⁵¹³

Cette déclaration, faisant écho à une demande explicite de la Présidente de la Confédération d'alors, Ruth Dreyfuss, allie clairvoyance et sagesse. Toutefois, depuis ce moment, soit plus de 10 ans, la lutte contre le harcèlement à l'EPFL n'a fait l'objet d'aucune étude quantitative ni qualitative, permettant de mesurer l'ampleur du problème. Or, en l'absence d'un état des lieux précis, il est impossible pour la Direction d'appréhender de manière objective la réalité et l'étendue de ce problème et partant, de mettre en place une politique de lutte adaptée.

Le collaborateur ou la collaboratrice qui tente de se renseigner pour savoir ce qu'il convient de faire en cas de harcèlement à l'EPFL, ne peut que constater qu'il n'existe personne qui soit réellement en charge de cette question au jour le jour. L'usager du site est souvent renvoyé à la médiatrice, qui fait certainement un excellent travail d'écoute, de réconfort et de dispense de conseils. Toutefois, cette activité n'est pas évaluée en termes statistiques⁵¹⁴. A savoir, le nombre de personnes qui ont consulté et pour quels motifs (conflits, mal-être, stress, etc. ou harcèlement psychologique ou sexuel), combien de médiations ont abouti et sur quels points. En particulier, on ne sait rien des situations de harcèlement psychologique et/ou sexuel, le cas échéant si ces situations perdurent ou non et, dans ce cas, quelles sont les mesures prises effectivement pour les faire cesser.

Il est évidemment nécessaire que la Direction d'une école de cette envergure connaisse de manière précise les chiffres relatifs aux actions de médiation à l'école. La garantie de la confidentialité la plus absolue revendiquée à juste titre dans l'article susmentionné, n'empêche en aucun cas d'établir des statistiques fiables. Dans un souci de transparence, les collaborateurs qui participent à la vie de l'Ecole ont aussi le droit d'avoir accès à ces données, primordiales pour leur appréhension de la marche et de la « santé » de l'Institution. Contrairement à d'autres instances, comme l'Etat de Vaud, par exemple, l'EPFL ne s'est pas donné les moyens de mesurer l'ampleur du harcèlement en son sein, alors que cette prestigieuse institution n'y est pas à l'abri.

Médiation et harcèlement

Par ailleurs, il convient de distinguer l'action de médiation en cas de conflit ou de problèmes de communication, de la lutte contre le harcèlement⁵¹⁵. On sait que ce dernier est un comportement hostile, unilatéral, prohibé par notre droit. En outre,

⁵¹³ « *La lutte contre le mobbing renforcée* », par Nathalie Pichard et Susan Killias, *Flash*, 12 décembre 2000.

Voir aussi « *Médiation, mode d'emploi* », interview de la médiatrice de l'EPFL, Marie Ligier ; *Flash*, novembre 2006.

⁵¹⁴ « *Help, Bilan et perspectives* », par Nathalie Pichard; article du *Flash*, décembre 2004.

⁵¹⁵ « *La lutte contre le mobbing renforcée* », par Nathalie Pichard et Susan Killias, *Flash*, 12 décembre 2000.

tous les spécialistes de la question sont unanimes sur ce point : la médiation peut quelquefois résoudre des problèmes de harcèlement lorsque le mobbeur reconnaît ses torts. Dans le cas contraire, la médiation ne peut aboutir ; il est alors indispensable d'établir les faits, de faire cesser l'atteinte, de statuer sur les responsabilités et de réparer le préjudice causé à la victime. Il convient donc, pour les instances de l'Ecole, d'appréhender ces réalités et de prendre, en conséquence, des mesures spécifiques et efficaces, dont la médiation n'est qu'un élément.

A cet égard, le « réseau Help » de l'EPFL n'est pas un réseau de lutte contre le harcèlement à proprement parler. On ne sait rien de ses outils de travail et les informations qui sont données sur le site EPFL du réseau concernant la lutte contre le harcèlement, sont inexactes⁵¹⁶. En effet, les personnes en charge des médiations -et contrairement à ce qui est affirmé- ne disposent d'aucun pouvoir d'investigation sur les conditions de travail des collaborateurs, permettant d'établir la véracité des faits. Elles ne peuvent en aucun cas convoquer les mobbeurs contre leur volonté afin de leur demander de s'expliquer. Personne, au sein du groupe ne peut contraindre ou inciter fortement une personne mise en cause (et en particulier un professeur) à répondre à des questions, à se justifier en confirmant ou en infirmant des accusations de mobbing ou de harcèlement sexuel (et ce, bien entendu, plus la position hiérarchique est élevée). Cette prérogative n'appartient, le cas échéant, qu'au supérieur hiérarchique, soit pour les professeurs, le doyen ou l'un des vice-présidents, pour peu que celui-ci se préoccupe du problème et ait la volonté de contrôler la qualité et le caractère éthique des relations au sein de sa faculté ou du groupe de travail dont il est responsable.

Etant donné ces limites, les personnes du réseau Help ne peuvent en aucun cas permettre de résoudre les questions de harcèlement dont souffriraient les collaboratrices et collaborateurs⁵¹⁷. Ces éléments contribuent fortement à donner une vision restreinte du nombre de personnes qui se plaignent ainsi que de la nature de leur plainte. Par ailleurs, elles se heurtent à l'inertie de l'Institution et se trouvent ainsi confrontées à une impasse. Certaines victimes se taisent et souffrent en silence, ou demandent à se mettre en incapacité de travail. D'autres parviennent à négocier des indemnités de départ qui coûtent cher au budget public ; d'autres encore parviennent à changer de service ou à intégrer, dans le cas des chercheurs, un autre laboratoire, ce qui est fort compliqué. Parfois, la voie judiciaire est la seule issue pour faire valoir ses droits et un procès peut mettre, quel qu'en soit l'issue, un terme définitif à une carrière.

De ce point de vue, l'Ecole Polytechnique fédérale de Zurich (ci-après : ETHZ) est encore moins bien dotée que l'EPFL. En effet, si l'information et la communication sont l'élément primordial, le site officiel de l'Ecole renvoie à la consultation d'une brochure au contenu sommaire, qui n'offre aucun lien vers un organe chargé de lutter contre le mobbing ou le harcèlement sexuel. Tout au plus, les collaborateurs

⁵¹⁶ Réseau Help, « *Médiation et soutien individuel* », « *Compétences des médiateurs* », al. 2, 4, 5.

⁵¹⁷ Dans le cas cité plus haut de Rosalind FRANKLIN, on voit mal comment le réseau Help aurait pu faire en sorte de mener une enquête et permettre de restituer à cette chercheuse les fruits de son travail.

sont engagés à « bien se comporter » et à appliquer les règles minimales de « respect »⁵¹⁸ et de courtoisie.

Afin d'être aussi concret et efficace que possible, il serait utile de se référer à des travaux et à des solutions qui ont démontré leur utilité et leur fiabilité. Il me semble nécessaire de créer au sein des écoles polytechniques fédérales une cellule de lutte contre le harcèlement qui pourrait prendre exemple sur la législation vaudoise dont l'efficacité a fait ses preuves.

Harcèlement et conséquences pour l'EPFL

Ces actes hostiles sont minimisés, à l'EPFL -comme ailleurs-. Le manque de motivation, les diverses affections, dépressions ou burn-out, lorsqu'ils se prolongent, nuisent à la productivité, à l'efficacité de la recherche et de l'enseignement, coûtent très cher à la société en matière d'assurances sociales et portent atteinte à l'image de l'Institution.

Compte tenu de la position emblématique de l'EPFL, qui a réalisé en peu de temps de nombreux projets de grande envergure et d'une qualité exemplaire que l'on peut qualifier de « révolutionnaires »; compte tenu de la prise de conscience générale de la gravité du harcèlement et du fait que certains journalistes pourraient être à l'affût d'un évènement montrant que l'Ecole trébuche, pour pouvoir critiquer l'action de la Direction, l'EPFL ne peut pas se permettre de commettre un faux pas dans le domaine.

Un éventuel faux-pas, c'est-à-dire un accident de santé grave, le cas échéant lié au comportement de l'un des professeurs emblématiques, serait immédiatement considéré par la presse et par certains politiques comme la conséquence directe de la politique que certains détracteurs qualifient d'« agressive ».

Si un tel incident devait se produire, l'absence de mise en place d'une réelle politique de prévention et de lutte contre le harcèlement sera très certainement pointée du doigt et l'institution accusée de s'être comportée face à un problème humain de cette importance avec une désinvolture coupable.

La LPers prévoit que le CO⁵¹⁹ s'applique à titre de droit supplétif⁵²⁰. La responsabilité de l'employeur donc est engagée en cas de harcèlement. De plus, et quoique ne mentionnant pas explicitement le harcèlement, la LPers énonce des dispositions impératives quant aux obligations de l'employeur:

*« L'employeur emploie son personnel de façon adéquate, économique et responsable sur le plan social; il met en œuvre les mesures propres à assurer la protection de la personnalité et de la santé ainsi que la sécurité au travail de son personnel. »*⁵²¹

⁵¹⁸ [http:// :www.respect.ethz.ch](http://www.respect.ethz.ch)

⁵¹⁹ CO, art. 328, al. 1.

⁵²⁰ LPers, art. 6. al. 2

⁵²¹ *Id.*, art. 4. al. 2, litt. g.

Selon le principe de la prévisibilité du droit, la jurisprudence fédérale a insisté, entre autres, sur l'importance de la prévention et de l'information aux collaborateurs à propos de l'illicéité du harcèlement, ainsi que le montre l'extrait de la décision de Commission fédérale de recours en matière de personnel, critiquant le manque d'action du Conseil des écoles polytechniques fédérales (ci-après : CEPPF) dans le domaine :

« [...] le Conseil des EPF ne devrait pas seulement se limiter à la condamnation des seuls cas de *mobbing*, mais également attirer l'attention de la direction administrative sur le fait qu'il lui appartenait de prévenir et, le cas échéant, de réprimer tout comportement discriminatoire et tout comportement de nature à porter atteinte à la santé et à la dignité des travailleurs. »⁵²²

A l'inverse, en l'absence de procédure claire à l'interne, des accusations de *mobbing* peuvent être utilisées de manière infondée. Il existe effectivement des cas où, en présence de remontrances justifiées concernant la qualité des prestations d'un collaborateur, celui-ci peut brandir comme arme suprême des accusations fausses de harcèlement. C'est la raison pour laquelle s'il n'existe pas au préalable de directives parfaitement claires, explicitées, sous-tendues par des procédures permettant leur mise en œuvre, il est difficile de faire en sorte que des soupçons de *mobbing* puissent être, soit avérés le cas échéant, soit infirmés dans les cas d'accusations mensongères ou abusives.

e. Propositions et ébauche de solutions

Afin d'être aussi concret et efficace que possible, il serait utile de se référer à des travaux et à des solutions qui ont démontré leur utilité et leur fiabilité. Le groupe Impact a montré son efficacité à plusieurs niveaux, tant en matière de résolution des conflits, de médiation, que de lutte contre le harcèlement. En conséquence, il me semble nécessaire de créer à l'EPFL une cellule de lutte contre le harcèlement qui pourrait prendre exemple sur la législation vaudoise.

Dans une phase préliminaire, un groupe de travail pourrait être chargé de procéder à un état des lieux et de remettre un rapport à la Présidence de l'EPFL ou à tout autre instance dirigeante en charge de cette question à l'école. Ce groupe de travail devrait être constitué, en dehors d'une personne coordinatrice, de membres du personnel conscients des questions de harcèlement au plan des ressources humaines comme au plan juridique, ainsi que de l'absolue nécessité de le combattre.

Il serait souhaitable que chaque corps de métier soit représenté : un représentant du corps professoral, un représentant des doctorants et/ou des « post-doctorants », un représentant des services administratifs, un représentant des services centraux et d'un représentant des RH. Cette représentation devra bien entendu respecter la stricte parité hommes-femmes.

⁵²² Extrait de la décision CRP 2005-018 de la Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral du 9 novembre 2005.

Dans un deuxième temps, le groupe de travail, dans un délai maximum d'un an, présenterait des propositions de directives spécifiques pour l'EPFL. Celles-ci permettraient la mise en place, de manière permanente, d'une cellule de lutte contre le harcèlement psychologique et sexuel, composée de personnes particulièrement au fait de ces questions. Les publications nécessaires, que ce soit dans la presse interne et externe, ainsi que sur le site Web de l'Ecole, exposeront les résultats de ces travaux et les décisions prises par la Direction. Ces publications permettront de rendre effective la lutte contre le harcèlement et expliqueront clairement les procédures avant-gardistes mises en place à l'EPFL (par rapport aux autres instances du CEPF).

Conclusion de la 1^{ère} partie

Force est de constater que le cadre légal helvétique qui régit la question du harcèlement n'est pas uniforme. Il dépend, en particulier, du fait de savoir si les rapports de travail en question sont soumis au Code des obligations⁵²³, qui régit les rapports de **droit privé**, ou à d'autres règles de **droit public**, ou encore aux multiples normes régissant les rapports de travail des **fonctions publiques** communales, cantonales, fédérales. Ces dernières ne comportent pas toutes des dispositions spécifiques concernant le traitement du harcèlement psychologique et sexuel, même si ce dernier comportement est traité, en principe, dans la LEg et qu'une procédure permet aux victimes de demander réparation auprès de leur employeur⁵²⁴. Ces obligations légales vis-à-vis des victimes protègent, de manière différente les rapports relevant du droit privé ou du droit de la fonction publique.

Il résulte de ces disparités une difficulté d'accès aux instruments juridiques par les parties dites « faibles au contrat » et, par conséquent, une inégalité flagrante des travailleurs de Suisse entre eux. Le phénomène du *mobbing*, ayant été fortement médiatisé et le terme galvaudé de manière outrancière, il est impératif de savoir distinguer ce qui relève du *mobbing*, de ce qui relève de conflits qui peuvent être résolus -ou tout au moins être gérés ou traités- en amont de graves crises professionnelles, ceci afin de ne pas minimiser les actes de harcèlement.

Ainsi pourraient être évitées de nombreuses plaintes abusives et en tout cas, de profondes frustrations au travail, liées à l'impossibilité pour l'autorité administrative et/ou judiciaire de reconnaître et de qualifier en termes juridiques, une situation de *mobbing*.

Parce que les dommages commis à l'égard de l'entreprise sont également importants -quoique souvent indirects et/ou difficiles à mesurer- l'employeur doit pouvoir mener ou faire mener des enquêtes fiables dans le cadre de son pouvoir de direction (en y étant expressément incité par la loi). Ce faisant, il doit respecter la présomption d'innocence, mais doit pouvoir être en mesure de prononcer d'éventuelles sanctions professionnelles appropriées contre les harceleurs. L'idéal serait donc qu'une instance judiciaire possédant toutes les prérogatives d'investigation puisse conduire une enquête après avoir été saisie par un employeur ou par une personne s'estimant victime.

En outre, en l'absence de définition claire du comportement prohibé, un réel danger d'abus peut apparaître. En effet, la tentation peut être grande pour un ou une salariée, d'appeler « harcèlement » des comportements ou des pratiques qui sont difficiles à accepter en tant que travailleur, mais qui ne sont pas forcément **abusives** au regard de la loi. Ce flou juridique peut entraîner des comportements victimaires fort dommageables -en premier lieu- pour les personnes plaignantes elles-mêmes, qui ne comprennent pas pourquoi leur cause n'est pas entendue et leur demande favorablement accueillie par les juridictions.

⁵²³ CO, art. 328, *al.* 1.

⁵²⁴ LEg, art. 4.

Il convient d'envisager la possibilité que le législateur fédéral regroupe ces normes, qu'il les ordonne en précisant les notions de harcèlement dans le cadre des relations de travail, arrête une définition des comportements prohibés et crée des normes impératives, harmonisées, selon des critères qui soient applicables à tous.

Il est à mon avis indispensable de donner une **définition unique**, au niveau fédéral, des différents comportements de harcèlement psychologique dans le cadre des relations de travail et d'indiquer que ceux-ci sont prohibés. Il est en outre indispensable de prévoir **une seule procédure applicable**, comme en ce qui concerne le harcèlement sexuel, à tous les acteurs de la vie économique, à toutes leurs entités administratives et à tous les cantons. Ces derniers, bien sûr, auraient toute liberté de mettre en œuvre ces dispositions selon l'étendue et les limites de leur compétence reconnue par la Constitution fédérale⁵²⁵.

Les chapitres suivants montreront que certains Etats voisins ont décidé d'inscrire dans leur ordre juridique des dispositions à l'échelle nationale.

La question se pose également de savoir si l'employeur seul, selon les termes de la loi, est susceptible de voir sa responsabilité engagée, s'il n'est pas, en tant que personne physique, l'auteur des faits de harcèlement. Il convient donc de préciser que la personne physique, auteur direct de harcèlement, peut être condamnée au paiement de dommages-intérêts⁵²⁶ dans le cadre d'une action civile⁵²⁷.

Les dispositions préconisées en droit suisse en matière de définition du harcèlement devront revêtir, notamment, un caractère incontestable dans chacune des trois langues officielles et pourquoi pas, de la 4^{ème} langue nationale. Ces définitions et procédures devront être compréhensibles et applicables à tous les partenaires du territoire de la Confédération.

Dans la deuxième partie de cet ouvrage, seront présentées quelques exemples de législations étrangères, intéressantes au regard des questions soulevées ci-dessus. Nous verrons que certains Etats ont choisi d'inscrire et de nommer le harcèlement dans la loi en le définissant comme une infraction pénale. C'est une question qui devrait se poser également en droit suisse.

⁵²⁵ Cst., art. 3.

⁵²⁶ Voir lexique : « dommages-intérêts ».

⁵²⁷ Voir lexique : « action civile ».

2^{ème} Partie :

Quelques exemples de dispositions étrangères et de droits nationaux en matière de harcèlement

Introduction

Sur la base des notions préalablement étudiées dans la 1^{ère} partie de cet ouvrage et des premiers éléments de définition générale exposés, il convient à présent de présenter la problématique du harcèlement psychologique et sexuel sous l'angle juridique comparé en illustrant notre propos d'exemples étrangers. Nous étudierons le champ d'application de plusieurs dispositifs juridiques ainsi que les critères pris en compte pour arrêter une définition.

Nous avons montré dans la première partie de cette étude que le mobbing autant que le harcèlement sexuel au sein des relations de travail ne peuvent se confondre avec des problèmes « interpersonnels » ou des conflits, ou encore avec des relations hiérarchiques parfois conflictuelles. Rappelons que les actes de harcèlement psychologique peuvent se manifester de manière explicite, mais que le plus souvent, ils ne constituent pas une violence « visible », facilement décelable, aisément démontrable et, *a fortiori* « imputable » à une ou à des personnes en particulier.

Le harcèlement sexuel, quant à lui, peut prendre différentes formes, plus ou moins ouvertement grossières ou discriminatoires, plus ou moins sexualisées et choquantes au premier abord, mais parfois même, se manifestent sans véritable connotation libidineuse. Cependant, il s'agit toujours d'un comportement **imposé** et **importun** pour la personne qui en est l'objet.

La complexité du phénomène explique en partie pourquoi l'on a trop longtemps minimisé le phénomène du harcèlement, sexuel tout d'abord, puis psychologique, ainsi que leur caractère abusif. On a longtemps et souvent considéré ces différends comme des brouilles qui, à ce titre, n'avaient pas à mobiliser les services de ressources que l'on appelle « *humaines* », ni encore moins les juridictions civiles, pénales, administratives, militaires... On a trop longtemps considéré qu'il s'agissait de problèmes que des personnes libres et responsables pouvaient assumer... et devaient gérer. Quant aux mécontents ou aux individus sensibles, ils n'avaient qu'à s'en aller... On est au travail pour travailler ! Dans l'exercice de sa liberté contractuelle, chacun jouit de l'autonomie de sa volonté, tout individu peut donc mettre fin aux rapports de travail qui le lient à son employeur en cas de mésentente avec ses collègues ou ses supérieurs, ou encore en cas de crise ou d'insatisfaction personnelle. On s'est donc contenté longtemps d'individualiser le problème, d'en « psychologiser » le phénomène, sans en mesurer la dimension sociale et collective.

La victime est touchée prioritairement dans sa sphère professionnelle et sociale. Mais si le mal progresse, sans que la victime puisse trouver de soutien juridique, social ou familial, et qu'elle continue à être malmenée, il se peut qu'elle soit acculée

à la démission, à la dépression ou à l'invalidité. La victime risque donc d'être privée de tout ou partie de ses moyens d'existence économiques et parfois de soutien familial ou sociopsychologique⁵²⁸. Le droit et la protection juridique doivent intervenir avant que les effets du harcèlement aux conséquences parfois définitives s'installent.

Avant que les juristes ne se préoccupent de la définition du harcèlement psychologique et sexuel et que se développait, en amont, la recherche de solutions, la prise de conscience avait écloso petit à petit chez les victimes. Ces dernières commençaient à n'avoir plus honte de ce qui leur arrivait. Celles-ci commençaient à percevoir -de manière parfois confuse- que les agressions dont elles étaient l'objet étaient anormales et que les maux dont elles souffraient étaient la conséquence d'atteintes à leur personnalité et à leur santé.

La notion et les contours de l'illicéité de tels comportements ont commencé à se développer en marge de toute définition légale, doctrinale ou jurisprudentielle. C'est à partir de la description des faits de harcèlement, autant que de la prise de conscience et de la démonstration d'un rapport de causalité entre ledit comportement harcelant et l'existence d'un dommage⁵²⁹ que les juridictions ont été saisies de demandes de reconnaissance de la souffrance des victimes et de la réparation d'un éventuel préjudice⁵³⁰ résultant de ce dommage.

Comme nous l'avons vu en première partie, la terminologie et les définitions proposées par les sciences sociales en matière de harcèlement psychologique et sexuel, diffèrent quelque peu selon les langues utilisées et la perspective scientifique selon laquelle les deux phénomènes sont abordés⁵³¹. Ces différences sont d'autant plus notables dans les définitions tout comme dans les approches juridiques et sociales des deux phénomènes, en raison de la culture et des constructions juridiques propres à chaque État.

En Suisse, en matière de droit de la fonction publique en particulier, des différences se manifestent au sein des diverses fonctions publiques en raison de la souveraineté des cantons et des communes, ainsi que des compétences qui leur sont dévolues par la Constitution fédérale⁵³².

En l'absence de définition « légale » au sens formel, applicable à toute la Suisse, il convient de rechercher et d'identifier la réglementation qui se rattache à la notion de harcèlement psychologique dans ces diverses dispositions légales, présentes dans des normes de niveaux hiérarchiques différents.

⁵²⁸ D'autant plus que le harcèlement et ses conséquences touchent plus les femmes que les hommes, plus précarisées au sein du monde du travail et donc, moins armées pour se faire entendre et se défendre, le cas échéant.

⁵²⁹ Voir lexique : « dommage ».

⁵³⁰ Voir lexique : « préjudice ».

⁵³¹ Angle criminologique, psychosociologique, féministe, du management et des ressources humaines, statistique, ou encore selon les différentes branches du droit (droit pénal, droit du travail, de la santé ou de la responsabilité civile ou des agents de l'Etat, etc.).

⁵³² Cst, art. 3.

En Suisse, outre la LEG⁵³³, certaines composantes du droit positif concernant le harcèlement sexuel sont également présentes de manière éparse dans la législation.

Dans les Etats démocratiques voisins de la Suisse, fondés également -selon des critères variables toutefois- sur un système de solidarité « nationale », ces mises à l'écart de la vie économique ont les mêmes répercussions sur la société tout entière. Les conséquences du harcèlement psychologique et sexuel commencent aujourd'hui à être prises en considération et **condamnées** (au sens moral du terme), en tant qu'actes contraires aux valeurs éthiques de nos sociétés et, qui, à plus ou moins grande échelle, mettent à mal leur équilibre économique.

Afin de compléter cette approche et d'éclairer la réflexion du législateur sur le droit applicable en Suisse en matière de harcèlement, j'aborderai quelques exemples de droits de l'Union européenne en tant qu'entité politique et juridique, ainsi que de pays voisins.

Etant donné l'importance des déplacements humains et commerciaux, en Europe, la Suisse ne peut pas méconnaître les dispositions européennes (de l'Union européenne, en particulier) en matière de droit du travail. C'est pourquoi j'étudierai dans un premier temps les réflexions menées sur la question du harcèlement psychologique et sexuel dans le cadre de l'Union européenne. J'aborderai la question des débats qui se sont déroulés au sein de l'UE sur la nécessité et la volonté de légiférer ou non (Chap. II), avant d'étudier de manière plus détaillée les outils juridiques dont se sont dotés trois Etats voisins, membres de l'Union européenne, dans le cadre des rapports de droit privé comme dans celui de la fonction publique (Chap. III, IV et V).

En prenant pour exemple nos voisins européens, j'aborderai dans le deuxième chapitre de cette partie la question de la législation et/ou des mesures adoptées dans le domaine du harcèlement au travail au sein de l'Union européenne ainsi que des tentatives pour **unifier** le droit des différents Etats en la matière, tout en mettant en exergue les difficultés rencontrées.

Mon choix s'est porté sur les dispositifs juridiques espagnol (Chap. III), belge (Chap. IV) et français (Chap. V), en tant qu'ils présentent, sur un mode pourtant différent, une particularité commune : la qualification pénale des faits de harcèlement, que celui-ci soit de nature psychologique ou sexuelle. Mon étude ne se centrant pas sur le droit européen, j'ai choisi de me limiter à ces trois cas, même si d'autres Etats présentent des dispositifs légaux assurant le respect des droits de la personnalité des travailleuses et des travailleurs⁵³⁴.

⁵³³ LEG, art. 4 et 5 *al.* 3 et 4. EMPL LPers-Vd, Bulletin du Grand Conseil, 2001, pp. 2208 *ss.*

⁵³⁴ LORHO, 2001, pp. 15-24; voir aussi : DI MARTINO Vittorio, HOEL Helge, COOPER Cary L. (2003), *Prévention du harcèlement et de la violence sur le lieu de travail*, Luxembourg, Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de travail, Office des publications officielles des Communautés européennes, 105 p., p. 49.

Chapitre I. Approche d'une réflexion juridique sur le harcèlement au travail à l'étranger

I. Ebauche d'une réflexion à l'échelle de l'Union européenne

Avant d'aborder le cadre législatif de l'Union européenne en matière de harcèlement, il faut préciser quelques éléments de définition sur les outils juridiques dont dispose l'UE, en tant qu'entité politique, ainsi que sur leur caractère plus ou moins contraignant⁵³⁵.

1. Harcèlement sexuel, violence sexuelle en général

La réflexion sur ce sujet s'est ébauchée, dans un premier temps, relativement aux questions de harcèlement sexuel à l'égard des femmes et de la discrimination dont elles souffrent dans le monde du travail. À la demande de la Commission des Communautés européennes (ci-après : la Commission), un rapport a été réalisé en 1988, pour faire le point sur l'état de la situation de la dignité des femmes dans le monde du travail au sein des pays membres. L'expert mandaté fait état de l'étendue du problème et relève notamment le manque de moyens juridiques efficaces pour empêcher le harcèlement sexuel⁵³⁶.

À la suite des conclusions de ce rapport, l'organe exécutif de la communauté euro-

⁵³⁵ Ces définitions figurent dans le lexique en fin de cette étude, mais pour des raisons de commodité pour le lecteur, celles qui paraissent les plus utiles ont aussi été intégrées au corps du texte, accompagnées de quelques mots d'explication.

⁵³⁶ Déclaration du Conseil, du 19 décembre 1991, concernant la mise en œuvre de la recommandation de la Commission sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail, y compris le code de pratique visant à combattre le harcèlement sexuel, Conseil de la Commission des Communautés européennes, *Document 392Y0204-01 (Journal officiel n° C 027 du 04/02/1992 p. 0001)*, et : *La dignité de la femme dans le monde du travail/ Rapport sur le problème du harcèlement sexuel dans les Etats membres des Communautés européennes*, Bruxelles, Luxembourg, Office des publications officielles, 1988 (parties I-II), cité par DUCRET, 2001, p. 11.

péenne, la Commission⁵³⁷, tout comme le Conseil⁵³⁸ ont élaboré plusieurs textes : une résolution⁵³⁹, une recommandation⁵⁴⁰ et enfin une déclaration⁵⁴¹, qui invitaient les Etats membres à prendre les mesures adéquates et à se doter d'outils juridiques appropriés. Un « code pratique » visant à combattre le harcèlement sexuel a également été élaboré, suivi de la publication d'un guide d'application dudit code⁵⁴².

Ces textes, non contraignants, sont néanmoins l'aboutissement d'une première **prise de conscience** et d'un début de réflexion des organes exécutif et législatif des Etats membres.

2. Le harcèlement psychologique, ou mobbing

Au cours des pages suivantes, nous allons montrer que la notion du harcèlement psychologique est simplement considérée comme l'un des possibles dysfonctionnements dans les relations de travail, mais n'est pas traitée à la mesure de son importance. Son ampleur et sa gravité sont pourtant reconnues par les acteurs du Parlement européen tout comme de la Commission⁵⁴³.

⁵³⁷ Commission des Communautés européennes, Organe commun depuis le 1^{er} juillet 1967 à la CECA, à la CEE et à Euratom, composé jusqu'à novembre 2004 de 20 membres (2 de la nationalité des Etats les plus importants : Allemagne, Espagne, France, Italie et Royaume-Uni ; 1 seul pour les deux autres Etats), mais indépendants des gouvernements car ne représentant pas l'Etat dont ils sont citoyens (pour l'actualisation de son rôle et de ses prérogatives) ; voir lexicque.

⁵³⁸ Conseil européen, institution non prévue à l'origine par les traités fondateurs de l'Union européenne, créé en 1974 et officialisé par l'Acte unique européen en 1987. Se réunit deux fois par an dans le pays qui assure la présidence du Conseil des ministres. Conçu pour donner un nouvel élan à la construction européenne et être l'occasion régulière de nouvelles avancées, n'a pas toujours répondu à cette attente même si certaines réunions constituent des dates importantes. Traite à la fois des dossiers relatifs aux activités de l'UE et de la concertation des politiques étrangères. Source : GUILLIEN, Raymond et VINCENT, Jean/ Sous la direction de GUINCHARD Serge et MONTAGNIER Gabriel (1999), *Lexique des termes juridiques / 12^{ème} édition*, Paris, Dalloz, 662 p. (p. 132), voir lexicque.

⁵³⁹ Résolution du Conseil, du 29 mai 1990 des Communautés européennes concernant la protection de la dignité de la femme et de l'homme au travail, 90/C 157/02 (*Journal officiel n° C 157 du 27/06/1990 p. 0003-0004*), cité par DUCRET, 2001, p. 11 sur le terme de « résolution », voir lexicque.

⁵⁴⁰ Recommandation de la Commission, du 27 novembre 1991, sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail, 92/131/CEE (*Journal officiel n° L 049 du 24/02/1992 p. 0001-0008*), cité par DUCRET Véronique, 2001, p. 11, sur le terme de « recommandation », voir lexicque.

⁵⁴¹ Déclaration du Conseil, du 19 décembre 1991 92/C 27/01, cité par DUCRET Véronique, 2001, p. 11 ; sur le terme de « déclaration », voir lexicque.

⁵⁴² RUBENSTEIN Michael et VRIES Ineke M. (1994), *Comment combattre le harcèlement sexuel/Guide pour l'application du code pratique de la Commission européenne*, Bruxelles, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 115 p., cité par DUCRET, 2001, p. 11.

⁵⁴³ Voir *infra*, 2^{ème} partie, chap. II.

Dès 1995, lors d'une réunion d'experts organisée par la Commission, une première **ébauche de définition** du harcèlement psychologique est donnée :

« Tout incident au cours duquel des personnes sont victimes de comportements abusifs, de menaces ou d'attaques dans des circonstances liées à leur travail⁵⁴⁴ et impliquant un risque implicite ou explicite pour leur sécurité, leur bien-être et leur santé.

Ces comportements abusifs couvrent toutes les formes de harcèlement, y compris le harcèlement sexuel et racial, les brimades et le harcèlement moral sous la forme de violences psychologiques. »⁵⁴⁵

Cette définition prend en compte la notion de comportements abusifs, celle de risque implicite ou explicite pour la sécurité, le bien-être et la santé. Elle prend aussi en compte toutes les formes de harcèlement, y compris les discriminations et les violences psychologiques en général.

Cette définition caractérise le harcèlement psychologique sous la forme d'un *incident* quelconque. Cet élément revient à poser la notion précédemment évoquée, selon laquelle « *un seul acte grave* » permet de qualifier le harcèlement. Une telle formulation **ne prend pas en compte** la notion de *processus*, de *mécanisme*, préalablement mis en évidence par certains chercheurs que nous avons abondamment cités.

Selon un avis de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme française (ci-après : CNCDH) du 29 juin 2000, le *mobbing* remet en cause les principes contenus dans les textes fondateurs des Droits de l'Homme et constitue une atteinte à la dignité du salarié, à l'intégrité de sa personne et à son droit au travail. Il met en danger, non seulement l'équilibre personnel, mais également la santé de

⁵⁴⁴ Le champ d'application de ce code pratique, suggéré par le groupe d'experts de dite commission, qui s'étend de manière très générale à « *des circonstances liées à leur travail* », champ beaucoup plus vaste que « *sur le lieu de travail* », ou « *dans les relations de travail* » n'a pas été retenu par les législations belge et française que nous étudierons ci-après. Nous reviendrons sur l'utilité de mentionner le contexte de « *lieu de travail* », ou de « *cadre de travail* », ou de « *relations de travail* », etc., voir *infra*, 2^{ème} partie, chap. II, V, 2.

⁵⁴⁵ Cité par DI MARTINO, HOEL, COOPER, 2003, p. 3. Mentionnons que le droit communautaire indique que : « L'Union européenne rejette toutes théories tendant à déterminer l'existence de races humaines distinctes. L'emploi du mot « *race* » dans la présente directive n'implique nullement l'acceptation de telles théories. Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (L 180/22 FR Journal officiel des Communautés européennes 19.7.2000), cons. 6.

l'individu et de sa famille⁵⁴⁶. En outre, les membres de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (ci-après : CNCDH) soulignent que « l'action du mobbing » se développe de manière spécifique, indépendamment des maladies professionnelles et des accidents du travail qu'il peut, par ailleurs, contribuer à provoquer ou à aggraver.

La CNCDH a, par ailleurs, demandé que des dispositions soient prises dans toute l'Union européenne en fondant son avis sur la Charte sociale européenne, qui stipule :

*« En vue d'assurer l'exercice effectif du droit de tous les travailleurs à la protection de leur dignité au travail, les parties s'engagent [...] à promouvoir la sensibilisation, l'information et la prévention, en matière d'actes condamnables ou explicitement hostiles et offensifs, dirigés de façon répétée contre tout salarié sur le lieu de travail, ou en relation avec le travail, et à prendre toute mesure appropriée pour protéger les travailleurs contre de tels comportements. »*⁵⁴⁷

Si l'on compare les termes de cette demande à ceux de la définition proposée ci-dessus⁵⁴⁸, on remarque qu'il n'est pas seulement fait état d'« incident », « comportant des risques pour la sécurité, le bien-être et la santé d'autrui », mais d'actes « condamnables ». De plus, figure ici clairement la notion de répétition. Le champ d'application est, lui aussi, plus large puisqu'il ne prend pas seulement en compte « le lieu de travail », mais des circonstances « en relation avec le travail ».

Dès ce premier stade, on ne peut que constater que la Commission ne fait pas preuve d'un grand enthousiasme, mais freine plutôt le processus, malgré les conclusions des experts.

3. Vers une définition du harcèlement moral

Ces premières ébauches, qui datent de plus de 10 ans maintenant, permettent de constater que l'on commence à porter désormais une attention particulière au mob-

⁵⁴⁶ Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH), *Avis portant sur le « harcèlement moral » dans les relations de travail*, Adopté par l'Assemblée plénière du 29 juin 2000, République française, 3 p. (non publié), cité par DI MARTINO & CHAPPELL, 2003 p. 3. Avis cité également par : Préfecture de la Région Rhône-Alpes, Secrétariat Général pour les Affaires Régionales, Section Régionale Interministérielle d'Action Sociale, Actes du Colloque organisé par la SRIAS Rhône-Alpes «Quelle prise en compte de la santé au travail dans la fonction publique de l'Etat? Prévention des difficultés au travail et accompagnement des agents et des services», Cité administrative de Lyon, le 21.11.2002, p. 61.

⁵⁴⁷ Décret n° 2000-110, du 4 février 2000 portant publication de la Charte sociale européenne révisée, faite à Strasbourg le 3 mai 1996, NOR : MAEJ0030001D (*J.O n° 36 du 12 février 2000, p. 2230*), art. 26. Notons que le Décret français est paru 4 ans après la publication de la Charte.

⁵⁴⁸ Voir *infra*, 2^{ème} partie, chap. I, II, 2.

bing dont les conséquences désastreuses autant individuelles que collectives ont été mises en lumière.

A. Harcèlement et violence en général

En 2001, le Comité consultatif pour la sécurité, l'hygiène et la protection de la santé sur le lieu de travail de la Commission donne de la « violence au travail » la définition suivante :

*« Un comportement négatif ou d'action, entre deux personnes ou plus, caractérisée par une agressivité, parfois répétée, parfois sporadique, qui a des effets négatifs sur la sécurité, la santé et le bien-être des travailleurs sur le lieu de travail. Cette agressivité peut se manifester par une simple attitude corporelle (provocante, méprisante, suffisante) vis-à-vis de l'autre personne, soit par une attitude d'action violente, physique ou verbale. »*⁵⁴⁹

En employant l'expression « *entre* » deux personnes, on voit bien que ce texte susmentionné parle de violence « *en général* », c'est-à-dire d'actes de violence « *échangée* » entre des protagonistes. Si des actes, des paroles, de nature violente sont « *échangés* », il s'agit d'un conflit. Il ne s'agit pas de « harcèlement », qui consiste en des actes de violence « unilatérale », impliquant un ou des auteurs et une ou des victimes⁵⁵⁰.

Tout un chacun convient que la violence, en général, c'est-à-dire la violence verbale ou physique, ne doit en aucun cas être tolérée dans le cadre des relations de travail. Cette violence ouverte est **visible** peut être contrer ou réprimer de manière relativement aisée. Grâce aux éléments de définition arrêtés en 1^{ère} partie⁵⁵¹, nous savons pourtant que le harcèlement dans les relations de travail est un phénomène très différent de la violence en général, qui se caractérise par son caractère unilatéral autant que **sournois** et est très difficile à déceler et à combattre.

A ce stade, le problème n'est donc pas encore véritablement abordé, ni du point de vue de sa définition, ni du point de vue des mesures à adopter.

Ledit rapport, est pourtant consacré à la « violence au travail » en général. Il fait mention de la notion de « *micro-offenses* ». Les auteurs de ce rapport reprennent ainsi les critères de Leymann, selon lesquels, des actes tout à fait mineurs et souvent insignifiants, pris isolément, se transforment en véritable violence psychologique, du fait de leur répétition, et oscille entre des notions voisines⁵⁵². Malgré cela, la question est encore banalisée et les notions, encore floues, ne donnent pas véritablement lieu à une définition précise du harcèlement dans le cadre des relations de travail.

⁵⁴⁹ DI MARTINO, HOEL, COOPER, 2003, p. 49 ; DI MARTINO, CHAPPELL, 2000, p. 4.

⁵⁵⁰ Voir *supra*, différences et relations entre conflit(s) et « mobbing » 1^{ère} partie, chap. II, IV, 1.

⁵⁵¹ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. I, I.

⁵⁵² DI MARTINO, HOEL, COOPER, 2003, p. 4.

B. Harcèlement et brimades

Les auteurs dudit rapport⁵⁵³ emploient également le terme de « *brimades* », pour qualifier des comportements, dont la description se rapproche des caractéristiques de « *harcèlement psychologique* ». Ils en donnent la définition suivante :

*« Les brimades sur le lieu de travail constituent un comportement offensant qui vise à rabaisser un ou plusieurs salariés, par des moyens vindicatifs, cruels, malveillants ou humiliants. »*⁵⁵⁴

A la lecture de ces lignes, il apparaît dès lors, qu'il est indispensable de faire clairement la différence entre le harcèlement, les offenses et les brimades, qui sont une violence exercée **à l'égard** de quelqu'un, c'est-à-dire **unilatéralement** et les conflits, disputes, même violentes qui se manifeste **entre** deux personnes.

En outre, nous avons vu que ce que l'on appelle « brimades » se réfère essentiellement à des attaques « directes » ainsi qu'à des actes qui ne portent pas obligatoirement -en soi- et, même pris isolément, la notion d'abus. Or, une brimade est faite pour « brimer », et non pour sanctionner, action qui a un fondement juridique dans le cadre du devoir de direction et de « correction » de l'employeur. Une brimade est donc un comportement abusif. Mais, les brimades ne constituent donc que l'une des nombreuses facettes et manifestations multiformes du harcèlement.

Souvent, les actes de harcèlement ne se révèlent abusifs qu'en raison de leur répétition, ou en raison de leur combinaison, parfois fort complexe, mais pas uniquement, et loin s'en faut, en raison de leur gravité ponctuelle.

Au surplus, on doit considérer que, même si l'on peut exercer des brimades à l'encontre de ses collègues de travail, sans que ne soient instaurées de relations hiérarchiques, les brimades s'exercent plus facilement dans le cadre des relations de pouvoir souvent légitimées par les rapports hiérarchiques. Pour pouvoir brimer quelqu'un, il faut qu'existe une relation de pouvoir. Par exemple, raccourcir une pause, différer une date de congé, imposer arbitrairement un horaire, etc. Il faut que la relation de pouvoir soit clairement affirmée, alors que nous avons vu que ceci n'est pas la règle dans les cas de harcèlement.

On se rend donc compte que les auteurs dudit rapport commencent à cerner de manière plus précise les notions de harcèlement telles que les a développées Leymann. Ces notions sont toutefois incomplètes, malgré l'état des travaux et des connaissances en la matière⁵⁵⁵. Pour leur assurer une quelconque validité, il convient également que ces notions puissent être adaptées et adaptables au cadre juridique des relations de travail de tous les Etats membres.

⁵⁵³ DI MARTINO, HOEL, COOPER, 2003, p. 49 ; DI MARTINO, CHAPPELL, 2000, p. 4.

⁵⁵⁴ DI MARTINO, CHAPPELL, 2000, p. 12.

⁵⁵⁵ Voir 1^{ère} partie du présent ouvrage.

C. Harcèlement et comportements abusifs

La précédente remarque est corroborée par la définition, donnée dans le même rapport, du terme « harcèlement », comme synonyme également de « comportements abusifs ». Ces comportements sont définis comme suit :

« *Comportements s'écartant d'une conduite raisonnable et impliquant un recours excessif à la force physique ou à la pression psychologique.* »⁵⁵⁶

Nous devons rappeler que les actes constitutifs de harcèlement, pris isolément, ne s'écartent souvent pas beaucoup d'une conduite *apparemment* raisonnable. Ils n'impliquent pas non plus, de manière ouverte, un recours excessif ou non à la force ou à la pression psychologique, **en apparence** en tout cas. La pression psychologique n'existe et n'est ressentie que dans un contexte bien particulier.

De même, les conduites déraisonnables ne relèvent pas obligatoirement du harcèlement. Il peut s'agir par exemple du supérieur hiérarchique investi d'un mandat électif qui, pour des raisons politiques, protège exagérément un collaborateur membre d'un syndicat influent et en fait son « chouchou ». Cela signifie pourtant qu'il peut utiliser comme principal outil managérial l'inégalité de traitement. L'inégalité de traitement, en elle-même, et même si elle peut être considérée comme illicite, n'est pas constitutive de harcèlement en tant que telle. Par ailleurs, elle peut être aussi très subtile.

II. Principales bases légales au sein de l'UE

1. Historique d'une réflexion autour de la notion de harcèlement

Sans tenir compte des Etats dits de l'ancienne « *Europe de l'Est* » de l'UE élargie, les « quinze » Etats qui étaient membres de l'union en 2003⁵⁵⁷ ne disposent pas tous encore, loin s'en faut, de prescriptions spécifiques efficaces concernant le harcèlement moral ou le harcèlement sexuel dans le cadre des relations de travail. Dans ce cadre juridique et politique en vigueur, la protection des travailleuses et des travailleurs en la matière, est très inégale.

Di Martino⁵⁵⁸ souligne que, dans de nombreux Etats membres, les employés harcelés n'ont pas le moindre recours légal, sauf dans la mesure où certains actes isolés peuvent être qualifiés de **délits**. Il s'agit par exemple des insultes, de la diffamation ou

⁵⁵⁶ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. II, II.

⁵⁵⁷ Proclamation du gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg à l'occasion de l'adhésion de dix nouveaux États membres à l'Union européenne du 30-04-2004 incluant dans l'Union les 10 Etats autres que l'Autriche, la Belgique, le Danemark, la Finlande, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, l'Espagne, la Suède, le Royaume-Uni (Etats membres en 2003), Traité d'adhésion de dix nouveaux Etats à l'Union européenne (16 avril 2003).

⁵⁵⁸ DI MARTINO, HOEL, COOPER, 2003, p. 3.

d'actes attentatoires à l'intégrité sexuelle. Mais dans le cas du harcèlement moral, la protection légale des personnes concernées est beaucoup plus inégalement prise en compte. Les actes qui, pris isolément, sont beaucoup plus subtils et souvent insignifiants, rendent complexe l'identification du comportement prohibé, tant qu'il n'existe pas de définition commune, arrêtée, servant de support et de modèle à tous.

Malgré tout, le rôle de certains parlementaires de l'UE dans ce domaine s'inscrit dans un mouvement dynamique de fond qui tend à encourager vivement les Etats à adopter une législation contraignante permettant de lutter aussi efficacement que possible contre le harcèlement et toutes les formes de violence au travail. Ce mouvement s'inscrit dans une volonté de **définir** un comportement et d'en **qualifier** l'illicéité.

La Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989⁵⁵⁹, concerne la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, mais n'évoque pas de manière spécifique la question du harcèlement dans les relations de travail.

L'article 13 du traité CE⁵⁶⁰, permet au Conseil européen⁵⁶¹ de prendre des mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation

⁵⁵⁹ Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail (*Journal officiel n° L 183 du 29/06/1989 p. 0001-0008*), *passim*.

En droit communautaire, la directive est un acte liant les Etats membres, destinataires quant au résultat à atteindre, tout en leur laissant le choix des moyens et de la forme. Source : GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean/ Sous la direction de GUINCHARD Serge et MONTAGNIER Gabriel (2005), *Lexique des termes juridiques / 12^{ème} édition*, Paris, Dalloz, 561 p., p. 229.

La directive n'a pas de pouvoir contraignant, à la différence du règlement qui est un « acte de portée générale, obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout Etat membre », GUILLIEN, VINCENT, 2005, p. 532.

⁵⁶⁰ Le traité instituant la Communauté européenne, souvent appelé « Traité de Rome » ou « Traité CE », est l'un des deux traités fondamentaux des institutions politiques européennes avec le « Traité sur l'Union européenne ». Nommé à l'origine « Traité instituant la Communauté économique européenne », il a constitué l'acte fondateur de la Communauté économique européenne (CEE). Il a été signé le 25 mars 1957 par l'Allemagne, la France, l'Italie et les trois pays du Benelux : Belgique, Luxembourg et Pays-Bas. Il a institué le Marché Commun et a défini les bases de la politique agricole commune (PAC) mise en œuvre en 1962. Versions consolidées du Traité sur l'Union européenne et du Traité instituant la Communauté européenne (*Journal officiel n° C 321 E du 29 décembre 2006*).

⁵⁶¹ Voir lexique : « Conseil européen ».

sexuelle⁵⁶². Ce texte a conduit à l'édiction d'une première directive visant à combattre la discrimination, circonscrite à certains éléments : le sexe, la « race » ou l'origine ethnique, etc.⁵⁶³

La discrimination, telle qu'énoncée à l'art. 13, *al.* 1. ne fait référence qu'à un **comportement hostile** et qui met quelqu'un à l'écart et le traite différemment des autres, sur le fondement de critères bien précis. Il n'est pas fait référence à des formes de discrimination non listées dans ces dispositions, des comportements discriminatoires en général, perpétrés sans motif particulier, de manière **gratuite** et malveillante, ou encore fondés sur des raisons multiples et mal définies. Ces motifs ne sont pas toujours maîtrisés par le harceleur, qui est le plus souvent dans la méconnaissance de ce qui le pousse à agir de la sorte. Cela ne veut pourtant pas dire qu'il peut être déclaré « innocent » au sens étymologique du terme, c'est à dire ignorant du caractère néfaste et non éthique de ses comportements, surtout si on lu en a déjà fait la remarque.

Quant aux notions de *harcèlement* et de *discrimination*, elles semblent assez confuses. En particulier, la différence entre l'une et l'autre notion n'est pas bien établie. Selon la Directive européenne susmentionnée :

*« Le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination [...], lorsqu'un comportement indésirable lié à la race ou à l'origine ethnique se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Dans ce contexte, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des États membres. »*⁵⁶⁴

Nous savons que les actes de discrimination peuvent être constitutifs de harcèlement. Mais nous savons aussi que le harcèlement ne se *limite* pas à la discrimination. Ces notions sont donc incomplètes.

La dernière phrase se réfère aux définitions adoptées par les différentes législations des Etats membres. Autrement dit, si aucune définition, ni aucune disposition qualifiant le harcèlement en tant qu'acte illicite dans les législations y relatives, c'est peine perdue que de simplement évoquer ce problème dans une directive européenne.

⁵⁶² Traité CE, art. 13, *al.* 1. :

« Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. »

⁵⁶³ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans discrimination de race ou d'origine ethnique (*Journal officiel des Communautés européennes du 19 juillet 2000 L 180/22-180/26*), art. 2, *al.* 3.

⁵⁶⁴ *Id.*, art. 2, *al.* 3

2. Directive sur le harcèlement sexuel

A. Travaux préparatoires

Néanmoins, sur le fondement de l'art. 13, *al.*1 précité, et après de longs débats, une première résolution du Conseil⁵⁶⁵, a été adoptée le 29 mai 1990, visant à la protection de la dignité de l'homme et de la femme au travail. Suite à cette résolution, deux directives ont été adoptées en 2000 et 2002⁵⁶⁶ qui commencent à aborder la problématique du harcèlement. Discutons tout d'abord la résolution originale avant de détailler les directives qui en découleront.

Dans cette résolution, le Conseil se réfère à des textes assez anciens⁵⁶⁷. L'organe s'appuie également sur la jurisprudence de certains Etats de l'Union. Celle-ci s'était elle-même fondée et élaborée sur le Traité instituant la Communauté économique européenne⁵⁶⁸ ainsi que sur les art. 3, 4 et 5 de la directive 76/207/CEE, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement⁵⁶⁹. Cette directive date elle-même de 1976.

Cette résolution du Conseil est intéressante à plusieurs égards, quant à la précision de la définition donnée, d'une part, et d'autre part, dans les objectifs visés⁵⁷⁰.

Voions tout d'abord les définitions. Le texte affirme que :

« [...] tout comportement à connotation sexuelle ou tout autre comportement fondé sur le sexe, qui affecte la dignité de la femme et de l'homme au travail, qu'il soit le fait de supérieurs hiérarchiques ou de collègues, constitue une violation intolérable de la dignité des travailleurs ou des stagiaires et est inacceptable lorsque :

- a) ce comportement est intempestif, abusif et blessant pour la personne qui en fait l'objet;*
- b) le fait qu'une personne refuse ou accepte un tel comportement de la part d'un employeur ou d'un travailleur (y compris un supérieur hiérarchique ou collègue) justifie explicitement ou implicitement une décision affectant les*

⁵⁶⁵ Résolution du Conseil, du 29 mai 1990 (*JO n° C 157 du 27/06/1990 pp. 3-4*), *passim*.

⁵⁶⁶ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans discrimination de race ou d'origine ethnique (*Journal officiel des Communautés européennes du 19 juillet 2000 L 180/22-180/26*), art. 2, *al.* 3 ; Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 (*JO n° L 269 du 5.10.2002, pp. 15-20*), art. 2, *al.* 1.

⁵⁶⁷ Recommandation du Conseil, du 13 décembre 1984 (*JO n° L 331 du 19/12/1984 p. 0034-0035*), *passim* ; Résolution du Parlement européen du 11 juin 1986 (*JO n° C 176 du 14/07/1986 p. 0073*), *passim*.

⁵⁶⁸ Traité de Rome du 8 avril 1965 (version consolidée : *JO du 29.12.2006, C 321 p. E/1-E/331*), *passim*.

⁵⁶⁹ Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976 (*JO n° L 039 du 14/02/1976 p. 0040-0042*), art. 3-5.

⁵⁷⁰ Résolution du Conseil, du 29 mai 1990 (*JO n° C 157 du 27/06/1990 p. 0003-0004*), *passim*.

droits de cette personne en matière de formation professionnelle, d'emploi, de maintien de l'emploi, de promotion, de salaire ou toute autre décision relative à l'emploi et/ou ;

c) un tel comportement crée un climat d'intimidation, d'hostilité ou d'humiliation à l'égard de la personne qui en fait l'objet. »

Dans ce texte, le comportement répréhensible n'est pas restrictif, contrairement à certaines des définitions susmentionnées, dont on a eu à déplorer l'insuffisance. La définition proposée ne risque pas, par conséquent, d'écarter des formes de harcèlement sexuel décrites par les chercheurs dont nous avons mentionné les travaux en 1^{ère} partie. Le harcèlement sexuel est caractérisé comme un comportement qui porte atteinte gravement aux femmes au sein de la Communauté européenne et qui constitue un obstacle à leur intégration adéquate sur le marché du travail.

Ce texte comporte une autre mention fort intéressante et novatrice. Il ne limite pas, en tant que victime, les seules personnes du sexe féminin. Ce texte envisage clairement que le harcèlement sexuel puisse viser les deux sexes. Outre la reconnaissance des multiples formes de harcèlement sexuel, cette mention contribue à élargir le champ d'application et la protection qui pourrait être conférée *erga omnes*.

De plus, le harcèlement sexuel est décrit comme **tout** comportement affectant la dignité. Il s'agit d'une vision très large, qui permet d'inclure le **point de vue subjectif** du harcèlement sexuel dans le comportement incriminé⁵⁷¹. Nous savons que même une « atteinte objective », constituée de faits identiques ou comparables, perpétrés par les mêmes personnes, peuvent affecter différemment des personnes distinctes.

En conséquence, la définition du harcèlement sexuel telle que « tout comportement affectant la dignité » nous paraît néanmoins incomplète et insuffisante quant à l'établissement des faits. À titre d'exemple, nous verrons que la loi belge⁵⁷² offre une définition beaucoup plus satisfaisante.

Par ailleurs, aucune distinction n'est faite non plus quant à la position hiérarchique des auteurs de harcèlement sexuel. Ce comportement est considéré comme intolérable, et point n'est besoin d'exercer un pouvoir hiérarchique sur sa victime pour que le harcèlement sexuel soit considéré comme illicite et répréhensible. Ce point est clairement précisé dans la définition, et pas seulement laissé à une appréciation vague et globale.

Quand au comportement visé, il s'agit d'un comportement **intempestif, abusif et blessant** pour la **personne qui en fait l'objet**. Ces qualificatifs sont cumulatifs tout autant qu'exhaustifs. Il n'existe donc pas de place pour l'interprétation et les auteurs ne peuvent se retrancher derrière **l'erreur de droit**⁵⁷³, en prétextant *ne pas savoir* en quoi leur comportement est inadéquat. Il est souvent souhaitable de définir les notions aussi largement que possible afin de ne pas exclure des comportements que le législateur n'aurait pas prévus. Ici, aurait pu être ajouté le terme « notamment », qui

⁵⁷¹ DUCRET, 2001, p. 21.

⁵⁷² Voir *infra*, le droit belge, 2^{ème} partie, chap. IV, IV, 4.

⁵⁷³ Voir lexicque : « erreur de droit ».

aurait permis de pallier les effets de cette restriction.

Malgré tout, en corollaire, des précisions quant au ressenti de la victime entrent dans cette définition du harcèlement. C'est donc un comportement qui crée un climat d'intimidation, d'hostilité ou d'humiliation à l'égard de la personne qui en fait l'objet. Il s'agit ici d'une précision de taille : en effet, c'est la **victime** qui **pose elle même la limite** des actes dont la commission constitue du harcèlement.

Une telle précision est intéressante à deux égards. D'une part, elle se situe du point de vue de la victime et suppose que celle-ci manifeste son refus dudit comportement qui devient intimidant pour elle.

D'autre part, ledit comportement « *crée un climat d'intimidation* ». Un climat d'intimidation s'installe par rapport à un environnement et n'est pas constitutif en soi d'une atteinte directe à la personnalité.

Ce dernier élément est donc de nature à semer la confusion quant à l'incrimination du comportement. Il serait sans doute plus judicieux que l'incrimination du comportement soit énoncée clairement de manière double : par rapport à la personne ou aux personnes physiques qui en sont l'objet et par rapport à la personne morale, employeur privé ou public, qui subi de manière au moins indirecte les conséquences du harcèlement⁵⁷⁴.

Si nous considérons le deuxième alinéa, autant les précédentes données étaient très claires, autant cette assertion qui « justifie explicitement ou implicitement une décision affectant les droits de cette personne » est confuse et embrouillée. Tentons ci-après d'en interpréter le contenu tout en appréhendant quelles pourraient être les motivations de ces décisions et quelles pourraient en être les conséquences.

Le texte évoque la possibilité d'une **décision** relative à la situation de l'emploi. Mais qu'est-ce que cela signifie ? Décision à l'égard de qui ? Victime ou auteur ? Modification du contrat de travail, déplacement, mutation, mesures de faveur, sanctions, réparation financière, rétrogradation, mise à pied ?

On peut imaginer que cette disposition englobe toutes les décisions relatives à la relation de travail, mais ce passage aurait mérité quelques précisions supplémentaires, quant à la situation du salarié, car on sait aussi qu'une victime peut être déplacée, autant pour assurer sa protection que parce qu'elle dérange.

Quant aux **motifs** justifiant dite décision, ils peuvent être de nature objective ou subjective, selon qu'ils se réfèrent aux dires de la victime ou à ceux d'un témoin ou

⁵⁷⁴ Si dans un ordre juridique donné, le harcèlement psychologique ou sexuel est une infraction pénale ou le devient, ce comportement pourrait être considéré comme une infraction vis-à-vis de l'employeur, car le harcèlement est potentiellement dommageable pour la santé de l'entreprise. On pourrait raisonner par analogie avec la vente de stupéfiants en droit suisse, qui est une infraction de mise en danger abstraite ; CORBOZ Bernard (2002), *Les infractions en droit suisse*, 2 volumes, Berne, Editions Stämpfli SA, 1940 p., p. 765. On pourrait considérer, par hypothèse, comme des comportements *prohibés*, des *tentatives* de harcèlement menées sous formes de comportements abusifs, au sens où ils portent atteinte à la vie économique de l'entreprise. Ceci, même si le processus de harcèlement n'est pas arrivé à son terme s'il n'y a pas encore une victime directe, une partie plaignante ainsi qu'une atteinte précise constatée.

encore à l'auteur de faits de harcèlement. S'il s'agit de déplacer un employé pour le soustraire à la malveillance d'un chef, cette mesure est louable. On peut cependant se demander pourquoi le chef, lui, ne sera pas déplacé. L'argument souvent évoqué est le suivant : les compétences spécifiques des supérieurs hiérarchiques, sont souvent plus difficilement interchangeable que celles des employés moins qualifiés. C'est en tout cas le plus souvent la raison donnée par l'employeur ou les supérieurs hiérarchiques pour déplacer la victime et non son agresseur.

Une personne pourra donc changer de service ou de poste de travail parce qu'elle est harcelée et parce que, conformément à ses obligations, l'employeur veut et doit la protéger. La hiérarchie insiste souvent sur ce point : il ne s'agit nullement d'une brimade ou d'une sanction à l'égard de l'employé déplacé. Toutefois, tout changement, s'il n'est pas librement consenti ou véritablement souhaité impose une situation de stress, une perte des repères et parfois des coûts supplémentaires en termes d'éloignement de son nouveau poste de travail par rapport à l'ancien. C'est pourquoi, même si l'intention de l'employeur n'est pas de « punir » la victime, celle-ci peut vivre ce déplacement -peut-être provisoire- comme une véritable injustice ainsi que la négation de sa souffrance et de la réalité des agressions dont elle est victime.

Si une personne refuse des actes de harcèlement perpétrés à son égard ou à l'égard de quelqu'un d'autre, une décision concernant son emploi peut être prise et justifiée. On imagine mal que cela signifie qu'elle pourrait être sanctionnée. La recommandation susmentionnée doit évidemment se comprendre comme le fait que l'employeur décide de **protéger** la personne qui refuse le harcèlement en tant que victime potentielle ou en tant que personne témoin d'actes de harcèlement.

On peut également interpréter ce texte comme le fait que les décisions prises par l'employeur pourraient concerner également des personnes qui acceptent les faits de harcèlement, soit en étant complices, soit en étant les instigateurs. Ces personnes pourraient donc faire l'objet de décisions coercitives ou de sanctions.

Le terme de « décision », dans ce contexte, est flou et il aurait été indispensable de l'explicitier en donnant les grandes orientations de ces possibles décisions, prises le cas échéant par l'employeur, ainsi que leur champ d'application précis. Ces phrases restent sujettes à plusieurs interprétations et il aurait été souhaitable que des exemples du contenu de ces possibles décisions soient très clairement précisées. L'organisation du droit du travail ainsi que les concepts juridiques étant différents dans chaque Etat de l'Union, le terme de « décision » n'a pas non plus la même portée selon des cultures différentes. Le texte aurait donc mérité certaines précisions sur les orientations possibles de ces décisions afin que le message soit le même pour tous les employeurs publics ou privés des différents Etats.

Dans une deuxième partie du texte, le Conseil invite les Etats membres puis la Commission à agir. En ce qui concerne les Etats membres, le Conseil leur suggère fermement de lancer des campagnes d'information, de faire prendre d'avantage conscience de la gravité de tels comportements, de **rappeler aux employeurs leurs responsabilités dans ce domaine**, de mettre en œuvre dans le secteur public « des mesures positives appropriées qui puissent servir d'exemple pour le secteur privé ». On attend enfin l'évocation d'une possible législation qui, en **1990 déjà**, était formulée ainsi:

« [...] envisager que les partenaires sociaux, dans le respect de leur autonomie et sous réserve des traditions et pratiques nationales, puissent examiner, dans le cadre des négociations collectives, la possibilité d'insérer dans les conventions des clauses appropriées visant à créer un climat de travail de qualité suffisante. »⁵⁷⁵

Le lecteur notera la conviction très modérée du Conseil envers des mesures coercitives. Ce texte n'a rien de contraignant, il est, tout au plus, incitatif. Le Conseil invite ensuite la Commission à poursuivre ses efforts de sensibilisation et à élaborer un « code de bonne conduite » pouvant servir de modèle aux Etats membres. Enfin, le Conseil termine en invitant ses propres organes à respecter les principes énoncés dans le texte et à mettre en œuvre des « mesures positives visant à créer un climat de travail conforme aux conditions » visées ci-dessus.

B. Texte final

Malgré les lacunes que nous avons soulignées, le texte susmentionné a servi de base à deux directives qui, suite à un nombre important de débats nourris et parfois houleux⁵⁷⁶, présentent des avancées qui valent la peine d'être détaillées :

- La Directive 2000/43/CE, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique. Ce texte précise notamment qu'il a pour objet « d'établir un cadre pour lutter contre la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement. »⁵⁷⁷

- La Directive 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail⁵⁷⁸.

Les éléments de définition ébauchés dans ces deux directives assimilent le harcèlement à une discrimination, qui est explicitement prohibée. Ces deux textes ont été précédés par un document de travail très complet qui a permis de poser les bases du

⁵⁷⁵ Résolution du Conseil du 29 mai 1990, concernant la protection de la dignité de la femme et de l'homme au travail (*JO n° C 157 du 27/06/1990 p. 0003-0004*), art. 2, al. 5 ; voir lexicque.

⁵⁷⁶ Débat du 31 mai 2001 : Parlement européen, selon la proposition de Heidi HAUTALA (Verts/ALE, FIN) : Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et les conditions de travail (Doc. A5-0173/2001).

⁵⁷⁷ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans discrimination de race ou d'origine ethnique (*JO du 19 juillet 2000 L 180/22-180/26*), art. 8, al. 1.

⁵⁷⁸ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*JO du 02.12.2000, n° L 303, pp. 16-22*), *passim*.

problème à traiter dans une étude détaillée au sein de plusieurs pays de la communauté européenne⁵⁷⁹.

Ces textes ont été complétées par la Directive 2002/73 CE qui précise que la lutte contre toutes les discriminations constitue une « *mission et un objectif de la Communauté et imposent à celle-ci l'obligation positive de la promouvoir dans toutes ses actions.* »⁵⁸⁰

Cette directive formule l'**obligation** des Etats membres de prendre les mesures nécessaires pour assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, en tenant compte également de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après : CJCE)⁵⁸¹.

Par ailleurs, cette dernière directive, qui définit le harcèlement sexuel comme une « *discrimination fondée sur le sexe* », formule la nécessité de la mise en œuvre de l'**éradication** de toute discrimination fondée sur le sexe, soit indirectement, soit directement, par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial.

Les trois directives précisent les notions de discrimination directe et indirecte qui méritent l'attention⁵⁸²:

« **Discrimination directe** : c'est une situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable. »

« **Discrimination indirecte** : situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires. »

La définition du phénomène de discrimination indirecte, précise que ce comportement peut se manifester, alors que sa « pratique », ou encore ses manifestations semblent **neutres** et, paradoxalement, apparemment **exemptes** de comportements discriminatoires. Par conséquent, afin d'éviter -en particulier- la discrimination indirecte, le principe d'égalité de traitement veut que certaines catégories de personnes fassent l'objet d'un traitement « objectivement » plus favorable, pour permettre de réduire des discriminations qui sont inhérentes à l'organisation de la société.

⁵⁷⁹ Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail dans l'union Européenne, Document de travail de la Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des relations industrielles et des affaires sociales, 1998 Unité V/D.5.

⁵⁸⁰ Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail (JO n° L 269 du 5.10.2002, pp. 15-20), cons. 4 ; voir lexicque : « directive »,

⁵⁸¹ *Id.*, cons 11 - 12, 17-19.

⁵⁸² *Ibid.*, art. 1, al. 1 et 2.

té et du monde du travail.

C'est pourquoi, dans le strict respect du principe de proportionnalité et de l'égalité de traitement, des mesures différenciées entre les personnes sont justifiées. On appelle ces mesures *discrimination active* ou encore *discrimination positive*⁵⁸³.

Dans le contexte actuel de lutte contre la discrimination entre les hommes et les femmes, le harcèlement psychologique et sexuel (en particulier) font désormais l'objet de distinctions et de définitions précises. Le harcèlement sexuel a trop longtemps été considéré comme une simple forme particulière de harcèlement psychologique et, comme parfois il prête à sourire, a été trop longtemps nié et/ou banalisé.

Le Parlement européen et le Conseil proposent les définitions suivantes⁵⁸⁴:

Harcèlement : « Situation dans laquelle un comportement non désiré lié au sexe d'une personne survient, avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à l'intégrité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. »

Harcèlement sexuel : « Situation dans laquelle un comportement non désiré à caractère sexuel, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient, avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. »

3. Discussion de ces éléments de définition

La définition concernant le harcèlement général ne se situe que dans le cadre de la discrimination hommes/femmes, ce qui limite quelque peu sa portée.

En outre, on ne voit pas bien la différence entre les deux définitions (harcèlement et harcèlement sexuel). L'intérêt de l'existence de deux définitions d'un même comportement lié au sexe est quelque peu obscur en définitive. Malgré tout, ces deux définitions, qui comportent certaines faiblesses du point de vue de leur portée de leur définition, sont néanmoins intéressantes à plusieurs égards. Détaillons ce qui nous correspond à des avancées et tout en posant sont les limites de ces définitions.

Ces deux définitions présentent tout d'abord le harcèlement psychologique ou sexuel comme une « situation ». Selon la définition du Dictionnaire Le Robert, il s'agit de « <L'ensemble des circonstances dans laquelle une personne se trouve »⁵⁸⁵. Il s'agit donc d'un état de fait, du résultat d'une action. Le harcèlement n'est donc pas défini comme un comportement spécifique et hostile d'une personne à l'égard d'une autre, mais exclusivement d'un état de fait, quelque peu fataliste, duquel aucune responsa-

⁵⁸³ Ce que l'on peut appeler plus simplement « rétablir un équilibre en donnant plus, à celles et ceux qui, au départ, pour différentes raisons, disposent de moins de chances que les autres ».

⁵⁸⁴ Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 (JO n° L 269 du 5.10.2002, pp. 15-20), art. 2, al. 2.

⁵⁸⁵ *Le Nouveau petit Robert*, 2009 : « harceler ».

bilité ne peut être dérogée. Cette *situation* reste donc un événement abstrait, imputable à on ne sait qui, qui surgit de manière fortuite. On peut aisément imaginer que, dans le meilleur des cas, cette *situation* peut être éventuellement imputable à l'entreprise, en tant que personne morale, ou encore à l'employeur (personne physique) ou à son représentant ou ses représentants, ou encore à ... personne.

S'agissant d'une *situation*, aucun *comportement* spécifique, *aucun fait de l'homme* n'est visé. Cependant, une *situation* est le résultat de « quelque chose » qui s'est produit, ce n'est pas un acte ou un comportement (illicite ou non). Une situation est un état de fait, résultat d'une action. En quelque sorte, des atteintes peuvent résulter d'une mauvaise gestion des ressources humaines, d'une mauvaise organisation du travail, et par là même, revêtir un caractère tellement flou qu'il devient quasiment impossible de dégager aucune responsabilité. Des actes de harcèlement résultent toujours d'un comportement humain (positif, négatif ou qui se veut neutre), et non des effets d'une ombre abstraite et malfaisante que l'on est facilement tenté d'appeler la fatalité.. Si l'action, à savoir un acte illicite qui génère un dommage à la victime, ou un dommage à l'entreprise n'existe pas, ou n'est pas reconnu comme tel, il n'y a pas de faute ni de responsabilité⁵⁸⁶. L'illicéité de dite situation ne peut exister que si elle est reconnue comme telle par le droit.

Dans cette éventualité, il s'ensuit une dilution des responsabilités qui ne peut que nuire à la victime, laquelle ne pourra obtenir ni reconnaissance ni réparation de la part d'une personne donnée (physique ou morale). De plus, une *situation* peut être plus ou moins bien tolérée, et elle peut exister, sans que des actes ou des agissements précis aient été dénoncés et dont l'illicéité puisse être appréciée par les instances de l'entreprise ou les instances juridictionnelles.

Comme aucun comportement illicite n'est à déplorer, il est aisé de considérer que cette *situation* (incluse dans la définition ci-dessus) et sa gravité sont variables et dépendent uniquement de la réactivité de la victime. Le harcèlement est donc réduit, ici, à sa seule dimension subjective.

Ce comportement de harcèlement, n'est pas reconnu comme étant le résultat d'un acte illicite consommé jusqu'à son terme, ce que l'on pourrait, en droit pénal, appeler une infraction de résultat⁵⁸⁷. Toujours par analogie avec le droit pénal, les actes de harcèlement, pourraient s'apparenter à un délit manqué⁵⁸⁸. On pourrait aussi, dans

⁵⁸⁶ Sur la définition de la *faute* et de l'*acte illicite*, voir lexique et WERRO Franz (2002), « Les fondements de la responsabilité civile : quoi de neuf ? », in : *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile : actualités et perspectives*, Berne, Stämpfli Editions SA, 282 p., pp. 22-28.

Dans une perspective législative ou réglementaire, on pourrait reconnaître une **mise en danger potentielle** des personnes physiques, de celle de l'entreprise, autrement dit une atteinte à la bonne marche ou de la « bonne santé » de l'entreprise. Ceci, même si aucune plainte n'est formulée par une victime (personne physique).

⁵⁸⁷ KILLIAS *et al.*, 2007, p. 64.

⁵⁸⁸ CPS, art. 22, *al.* 1 :

« La peine pourra être atténuée à l'égard de celui qui aura poursuivi jusqu'au bout son activité coupable, mais sans atteindre le résultat nécessaire pour que le crime ou le délit soit consommé. »

ce cadre, considérer la notion de « repentir actif »⁵⁸⁹. Le droit positif suisse n'est, en l'état actuel, d'aucune applicabilité d'ordre pénal relativement au harcèlement ainsi nommé, contrairement à d'autres législations dont nous étudierons quelques facettes⁵⁹⁰, une infraction pénale en tant que telle.

Mais en l'état du droit positif suisse, toutes les pistes sont ouvertes pour procéder à des analogies avec le droit pénal, permettant ainsi au législateur fédéral de réfléchir à l'élaboration d'une législation spécifique sur le harcèlement, qu'elle soit de nature civile ou pénale, concernant le harcèlement psychologique, ou bien de nature pénale, concernant le harcèlement sexuel. En ce qui concerne ce dernier, des dispositions de fond, de nature civile, ainsi que d'ordre procédural, sont prévues tant pour les rapports de travail régis par le Code des obligations⁵⁹¹, que par les rapports de travail de droit administratif⁵⁹².

Il convient donc de définir précisément les actes de harcèlement comme des comportements ou des actes illicites, que l'on se place ou non, selon les législations en vigueur, sur le plan de la responsabilité civile seule, ou sur le plan pénal.

Les ébauches de définitions évoquées plus haut ne sont donc pas entièrement satisfaisantes et demanderaient plus de rigueur.

A. *Les notions*

a. *Le harcèlement*

Cette approche de définition du harcèlement semble avoir été élaborée en méconnaissant et en niant la plupart des travaux menés préalablement par les chercheurs qui ont étudié le harcèlement.

Par exemple, le deuxième terme de la définition mentionne un « comportement ». Ce terme implique effectivement une **action positive** ou, ainsi que nous l'avons vu une

⁵⁸⁹ CPS, art. 23:

« 1. Si, de sa propre initiative, l'auteur a renoncé à poursuivre l'activité punissable jusqu'à son terme ou qu'il a contribué à empêcher la consommation de l'infraction, le juge peut atténuer la peine ou exempter l'auteur de toute peine.

2. Si plusieurs auteurs ou participants prennent part à l'acte, le juge peut atténuer la peine ou exempter de toute peine celui qui, de sa propre initiative, a contribué à empêcher la consommation de l'infraction.

3. Le juge peut également atténuer la peine ou exempter de toute peine l'auteur ou le participant dont le désistement aurait empêché la consommation de l'infraction si d'autres causes ne l'avaient évitée.

4. Le juge peut atténuer la peine ou exempter de toute peine l'auteur ou le participant si celui-ci s'est, de sa propre initiative, sérieusement efforcé d'empêcher la consommation de l'infraction et que celle-ci a été commise indépendamment de sa contribution. »

⁵⁹⁰ Voir, *infra*, droit espagnol (2^{ème} partie, chap. III, III, 3), droit belge (2^{ème} partie, chap. IV, IV, 3 et IV, 4), droit français (2^{ème} partie, chap. V, II, 1 et II, 2).

⁵⁹¹ LEg, art. 2 et 8-12.

⁵⁹² *Id.*, art. 2 et 13.

action négative (ne pas saluer, ne pas regarder, ne pas adresser la parole). On peut s'interroger sur le sens de l'élément -survient- à propos du comportement non désiré et imposé à une autre personne. Le champ sémantique du verbe « survenir » inclut un aspect fortuit qui ne nous paraît pas adapté au harcèlement : il vide le sens du mot de son caractère illicite et volontaire. On peut déjà à ce stade se demander si cette première définition enfin élaborée ne constitue pas en fait un **alibi** sous forme de **compromis**, visant à « dépenaliser » ou à « désincriminer » par avance ledit comportement. On peut se demander dans quelle mesure il ne s'agit pas de préciser que, d'emblée, ledit comportement ne peut être imputable à qui que se soit.

Le terme « objet » se réfère au but visé, à l'intentionnalité des actes perpétrés. J'ai montré dans la première partie que la référence à l'intentionnalité⁵⁹³, comme élément de la définition du harcèlement pouvait réduire à néant toute tentative de démontrer des actes de harcèlement. Il suffira pour se défendre de faits de harcèlement, de justifier de l'aspect non volitif⁵⁹⁴ des actes pour être lavé de tout soupçon de harcèlement.

En revanche, l'élément « effet » fait référence aux conséquences des actes incriminés. Peu importe effectivement que l'auteur nie ces derniers ou bien que, de bonne foi ou de mauvaise foi, il affirme ne pas avoir eu d'intention de nuire à autrui. La formulation « qui a pour effet » permet de situer la question du harcèlement du point de vue de l'atteinte « subjective »⁵⁹⁵, c'est-à-dire du point de vue des conséquences de tels actes sur la victime.

La question que l'on se pose alors est celle de l'hyper-sensibilité ou de l'hyper-réactivité de la personne plaignante ou de la victime. Nous avons dit qu'il existait des situations où certaines personnes alléguaient s'être fait harceler, alors que leur supérieur ne faisait qu'exercer les prérogatives « normales », autorisées par la loi et les règlements, découlant du contrat de travail.

Un élément-clé de la définition susmentionnée permet d'éviter les abus et de ne pas reconnaître comme atteinte objective un simple « ressenti ». Il s'agit du caractère « non désiré », du comportement. Cet élément de la définition introduit une certaine responsabilité de la personne plaignante. Celle-ci doit en effet être capable de manifester son refus d'accepter ledit comportement, ou encore de le dénoncer publiquement, de manière à ce que ce refus soit « officiel » et vérifiable. La personne plaignante doit exprimer son refus, en amont de la répétition du comportement non désiré. Toutefois, le harcèlement étant un comportement qui n'est pas identifiable dès sa première ou ses premières manifestations, la personne victime est donc rarement à même d'identifier qu'un comportement de harcèlement se profile à son horizon professionnel, ni même de saisir le sens profond d'un comportement hostile imposé. C'est pourquoi elle est ensuite dans une sorte d'engrenage.

De toute évidence, il arrive dans le cadre des relations de travail que certains comportements, plus ou moins normés ou au moins habituels, soient imposés et non désirés. Dans la définition étudiée, les comportements illicites sont évoqués dans la

⁵⁹³ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. III, I, 6.

⁵⁹⁴ Voir lexicque : « volitif ».

⁵⁹⁵ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. III, I, 4.

partie alternative de la proposition ayant pour « pour objet ou pour effet ». Ceci signifie que, si des atteintes à la personnalité sont commises, même en l'absence de but visé et démontré, le seul effet négatif sur les victimes de ce comportement, est constitutif de harcèlement.

La question qui se pose ensuite est la démonstration des faits de harcèlement, l'établissement des faits et de leur preuve ou d'un faisceau d'indices, qui rendent crédibles les faits de harcèlement. Il conviendrait ensuite de préciser, selon les spécificités des systèmes juridiques, leur caractère illicite ou non. Ensuite, se posera la question de leur éventuelle sanction, par l'entreprise ou par la justice civile, administrative ou pénale, ainsi que de leur réparation.

La présente définition mentionne des « atteintes à l'intégrité »: Il s'agit d'atteintes⁵⁹⁶ envers un individu, qui, à ce titre, est fondé à demander la reconnaissance par l'autorité hiérarchique ou de contrôle, administrative ou judiciaire, de ces atteintes, de la souffrance qui en résulte, ainsi que la réparation du préjudice⁵⁹⁷ qui en découle.

Au-delà de la notion d'« atteinte », la définition introduit la notion « d'environnement ». Lesdites atteintes sont en effet susceptibles de créer dans les relations de travail un climat délétère aux conséquences souvent dégradantes pour les personnes physiques. Cet élément prend en compte les conséquences directes engendrées par le harcèlement sur la vie de l'entreprise tout entière. Une telle définition met en évidence le fait que des atteintes à l'intégrité de personnes physiques, dans le cadre du travail, ne concernent pas seulement lesdites personnes, en tant que victimes, mais nuisent à l'ensemble de l'entreprise.

Cette notion est fort intéressante en ce sens qu'elle pose que les auteurs de harcèlement violent leurs obligations professionnelles. A ce titre, ils doivent répondre de leurs actes vis-à-vis de leur employeur, dans le cadre de leurs obligations contractuelles.

Pourtant, cet élément comporte une certaine faiblesse. Il convient de savoir dans chaque entreprise, quelles sont les conséquences de la « création d'un climat dégradant » et comment réussir à le démontrer. Il est peu probable que cet élément unique de la définition permette, au sein de l'entreprise, de dégager des responsabilités individuelles et d'offrir réparation aux victimes. Il faudrait pour cela que soient érigées des règles précises et contraignantes quant à la prévention du harcèlement et des solutions qui soient communes à tous les pays de l'Union européenne.

Lorsque l'on connaît les multiples tergiversations et les atermoiements qui ont pré-

⁵⁹⁶ Aucune définition unifiée de ce terme n'est donnée en droit de l'UE. Je retiendrai la définition qu'en donne Tercier, en ce sens qu'elle reflète un terme générique commun aux démocraties européennes : TERCIER, 1984, p. 19, § 114, pp. 80-83 ; voir lexicque : « atteinte ».

⁵⁹⁷ Voir lexicque : « préjudice ».

cédé l'adoption de cette directive⁵⁹⁸, on est en droit de se demander si les parlementaires qui souhaitaient légiférer, n'ont pas été contraints de transiger, en arrachant la possibilité d'inclure quelques éléments faisant référence aux souffrances des victimes, tout en acceptant que l'illicéité ne soit pas évoquée et les responsabilités impossibles à dégager. On a du mal à comprendre ces options contradictoires et cette frilosité, puisque ces mêmes parlementaires ont souligné que le comportement de harcèlement était contraire au droit supérieur⁵⁹⁹.

Ce flou est d'autant plus incompréhensible qu'il est également de nature à nuire aux entreprises. En effet, si les responsabilités ne sont pas clairement établies, il sera impossible de nommer le mal, de rechercher et d'identifier les dysfonctionnements qui ont surgi, de comprendre leur origine, d'y remédier à moyen ou long terme et, *a fortiori*, d'éviter qu'ils ne se reproduisent.

L'atteinte à l'intégrité d'une personne est l'un des éléments principaux clairement énoncé dans le texte susmentionné. Mais cette atteinte résulte d'une « situation » et non d'un comportement, illicite de surcroît. Le harcèlement consiste en des actes, des attitudes ou des paroles, perpétrés par une ou plusieurs personnes physiques, à l'encontre d'une personne ou de plusieurs personnes physiques. Ces comportements sont attentatoires à la personnalité et à la dignité des individus dans l'entreprise et l'on doit favoriser, si besoin est, l'ouverture de procédures judiciaires.

b. La discrimination

La directive 2000/43⁶⁰⁰ est un texte intermédiaire qui a le mérite d'introduire l'interdiction du harcèlement, cependant le texte ne le fait que par le biais de divers concepts connus et définis préalablement mais uniquement, tels que l'inégalité de traitement et la discrimination.

⁵⁹⁸ Résolution sur la violence contre les femmes (*Journal officiel* C176, 14/07/1986, p. 0073), *passim* ;

Résolution du Conseil du 29 mai 1990, concernant la protection de la dignité de la femme et de l'homme au travail (*JO C 157 du 27.6.1990, p. 0003-0004*), *passim* ;

Résolution du Parlement européen du 14 février 1994 sur la désignation d'un conseiller au sein des entreprises (*JO C 61 du 28.2.1994, p. 246*), *passim* ;

Débat du 31 mai 2001 du Parlement européen, sur les droits de la femme et l'égalité de traitement, doc A5-0173/2001.

⁵⁹⁹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000/C 364/01 (*Journal officiel des Communautés européennes*, 18.12.2000 C 364/01-364/22), art. 21 : « Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité. »

⁶⁰⁰ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans discrimination de race ou d'origine ethnique (*Journal officiel des Communautés européennes du 19 juillet 2000 L 180/22-180/26*), art. 8, al. 1.

Afin de prévenir la discrimination, le texte susmentionné⁶⁰¹ exige « la présence d'organismes, veillant à la promotion de certaines minorités, ceci afin de prévenir leur éventuelle discrimination et leur permettre de promouvoir leurs droits spécifiques. » Toutefois, un certain nombre de questions de définition fondamentales sur le plan juridique se posent. Les critères sur lesquels se fonde le texte précité, fort imprécis, affaiblissent la force du texte et sa portée.

Quoique l'UE précise⁶⁰² que le concept de « race » est dénué de sens, le mot y relatif est employé, pour fonder le rejet de la discrimination.

On peut dès lors dire que cet emploi est utilisé de manière paresseuse par les rédacteurs du texte. En effet, cette imprécision -voire cette contradiction- les autorise à éviter de mener une réflexion approfondie sur le sujet. Il est flagrant que les textes susmentionnés se réfèrent en fait, à une « couleur de peau », ce qui est tout à fait différent : il s'agit d'une constatation subjective, mais qui se prétend « objective » et scientifique. Il conviendrait donc d'exprimer clairement ce que la loi prohibe, et dans quel domaine.

Autrement dit, il s'agit tout simplement de discrimination fondée sur « la » couleur de peau ou « une » couleur de peau, ce qui est difficilement mesurable. Il est absurde, pour une entité politique, d'affirmer dans un texte juridique que des théories sont erronées et, dans le même temps de se fonder sur celles-ci pour sanctionner des comportements. Puisqu'elles sont fausses, aucun texte juridique ne peut se fonder sur ces mêmes théories pour définir, apprécier ou sanctionner des comportements donnés.

Il est prévu que, « dans des circonstances très limitées, une différence de traitement peut être justifiée lorsqu'une caractéristique liée à la race ou à l'origine ethnique constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. »⁶⁰³ Ces dispositions prévoient, dans le cadre de l'interdiction de la discrimination, ce qui est appelé communément et parfois abusivement selon certains, « discrimination positive »⁶⁰⁴.

⁶⁰¹ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans discrimination de race ou d'origine ethnique (*Journal officiel des Communautés européennes du 19 juillet 2000 L 180/22-180/26*), art. 8, al. 1, cons. 17.

⁶⁰² *Id.*, cons. 6.

⁶⁰³ *Ibid.*, cons. 18.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, cons.18 : « L'interdiction de la discrimination doit se faire sans préjudice du maintien ou de l'adoption de mesures destinées à prévenir ou à compenser des désavantages chez un groupe de personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée, et ces mesures peuvent autoriser l'existence d'organisations de personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée lorsque leur objet principal est la promotion des besoins spécifiques de ces personnes. »

B. Organes juridictionnels et principaux éléments de procédure

a. Les instances et leur compétence

- Cour de justice des communautés européennes (CJCE)

Instituée par le Traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, communément appelé le Traité de Paris, signé à Paris le 18 avril 1951 par la France, la République fédérale d'Allemagne, l'Italie, la Belgique, les Pays-Bas, le Luxembourg, entré en vigueur le 23 juillet 1952 (Mémorial du Grand-Duché de Luxembourg. 09.07.1952, n° 41, pp. 696-726), la CJCE est l'organe juridictionnel chargé d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités.

Composée de 25 juges et de 8 avocats généraux nommés d'un commun accord par les Etats membres et indépendants, la Cour a de nombreuses compétences (elle peut, par exemple, annuler un acte du Conseil ou de la Commission, constater le manquement par un Etat de l'une des obligations lui incombant, interpréter, sur renvoi préjudiciel des juridictions nationales, les traités et actes de droit dérivé, etc.). Rendant environ 200 arrêts par an, la Cour qui siège à Luxembourg est devenue une sorte de Cour suprême européenne, surtout avec l'extension des compétences du Tribunal de première instance.

Elle a exercé un rôle moteur dans la construction communautaire par une interprétation souvent extensive des compétences de l'Union, par l'unité qu'elle assure au droit communautaire et par la sanction de ses éventuelles violations⁶⁰⁵.

- Tribunal de première instance des communautés européennes

Installé en 1989, il a pour objet d'alléger le rôle de la Cour de justice, devenu trop étendu. Il siège à Luxembourg et reste lié à la Cour. Ses compétences ont été progressivement étendues. Le Traité de Nice (2001) lui reconnaît une compétence de principe pour tous les recours directs à l'exception de ceux attribués aux chambres juridictionnelles et ceux réservés à la Cour (par exemple les recours en manquement). Le TPI devient donc une véritable juridiction de première instance. Il est possible de former un pourvoi limité aux questions de droit devant la Cour de justice contre les décisions du TPI⁶⁰⁶.

⁶⁰⁵ GUILLIEN VINCENT, 2005, pp. 186 ss. ; voir lexique : « violation ».

⁶⁰⁶ *Id.*, p. 623 et voir lexique : « Tribunal de première instance des communautés européennes ».

- Chambres juridictionnelles

Le Traité de Nice (2001) avait prévu la possibilité pour le Conseil de créer des chambres juridictionnelles adjointes au tribunal de première instance pour exercer, dans un domaine spécifique, des compétences juridictionnelles de première instance. Il s'agissait de pourvoi et/ou appel, selon la décision des constituants, qui pourront être formés auprès de dite juridiction. On observe donc la création d'un troisième niveau de la juridiction communautaire, qui est une suite logique aux compétences accrues du tribunal de première instance. Une première chambre juridictionnelle est entrée en fonction courant 2005 sous la forme du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne⁶⁰⁷, pour connaître du contentieux des personnels de l'Union européenne⁶⁰⁸.

b. Principaux éléments de procédure

-Capacité pour agir

Les personnes qui ont fait l'objet d'une discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique doivent disposer de moyens de protection juridique adéquats. En particulier, afin d'assurer un niveau de protection plus efficace, les associations ou les personnes morales doivent aussi être habilitées à engager une procédure, selon des modalités fixées par les États membres, pour le compte ou à l'appui d'une victime, sans préjudice des règles de procédure nationales relatives à la représentation et à la défense devant les juridictions⁶⁰⁹. Les États membres doivent en fixer les modalités. Précisons toutefois qu'il ne s'agit que d'une attente de la Commission vis-à-vis des États membres.

- Charge de la preuve

Au sein de l'UE, des mesures d'aménagement du fardeau de la preuve sont intéressantes respectent le principe selon lequel la victime doit seulement démontrer la vraisemblance de la discrimination directe ou indirecte. C'est à la partie défenderesse qu'incombe la preuve qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de

⁶⁰⁷ Décision du Conseil du 2 novembre 2004 instituant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (2004/752/CE, Euratom) ; *JO du 09 novembre 2004 L/333*, pp. 7-11, *passim*.

⁶⁰⁸ GUILLIEN VINCENT, 2005, p. 105, voir lexicque : « Union européenne ».

⁶⁰⁹ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (*JO du 19 juillet 2000 L 180/22-180/26*), cons. 19.

traitement⁶¹⁰. Cet élément est sans aucun doute un progrès réel en matière de droit du travail qui a été confirmé dans plusieurs arrêts de la CJCE⁶¹¹.

Si le système judiciaire d'un Etat membre prévoit que les faits seront établis par l'instance judiciaire, c'est cette dernière qui appliquera la maxime d'office. Il s'agit d'une garantie supplémentaire pour la victime⁶¹².

Ces dispositions introduisent un allègement certain de la charge de la preuve pour la personne plaignante s'estimant victime de harcèlement. Par ailleurs, la partie défenderesse est contrainte quant à elle, d'apporter la preuve qu'il n'y a pas eu de discrimination.

Ces mesures procédurales, qui se veulent favorables à la victime, sont difficilement applicables si on assimile sans distinction le principe de l'inégalité de traitement à un comportement de harcèlement. Il conviendrait donc de clairement nommer le harcèlement et d'y appliquer des procédures particulières.

Il n'est pas fait obstacle à l'adoption par les États membres de règles (concernant la preuve) plus favorables aux plaignants⁶¹³. La directive rappelle simplement les principes de subsidiarité et de proportionnalité⁶¹⁴, en formulant que si l'objectif de la présente directive, à savoir « assurer un niveau élevé commun de protection contre la discrimination dans tous les Etats membres » ne peut pas être réalisé de manière suffisante par ces derniers, l'objectif peut donc, « en raison des dimensions et des effets de l'action, être mieux réalisé au niveau communautaire. »⁶¹⁵

⁶¹⁰ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (*JO du 19 juillet 2000 L 180/22-180/26*), cons. 21.

⁶¹¹ Voir : Arrêt de la Cour (grande chambre), dans l'affaire CE303/06, 17 juillet 2008 qui se fonde sur le considérant 31 de la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*Journal officiel, Union européenne, 02.12.2000, n° L 303, pp. 16-22*), qui précise que :

« L'aménagement des règles concernant la charge de la preuve s'impose dès qu'il existe une présomption de discrimination et, dans les cas où cette situation se vérifie, la mise en œuvre effective du principe de l'égalité de traitement requiert que la charge de la preuve revienne à la partie défenderesse. Toutefois, il n'incombe pas à la partie défenderesse de prouver que la partie demanderesse appartient à une religion donnée, possède des convictions données, présente un handicap donné, est d'un âge donné ou d'une orientation sexuelle donnée. »

⁶¹² *Id.*, cons. 22.

⁶¹³ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, art. 8, *al. 2*.

⁶¹⁴ Traité CE, Union européenne / Version consolidée du traité sur l'Union européenne et du traité instituant la Communauté européenne (*JO n° C 325/1 du 24/12/2002 pp. 0001-0184*), art. 5.

⁶¹⁵ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, (*JO du 19 juillet 2000 L 180/22-180/26*), cons. 28.

- Respect du principe de souveraineté nationale, versus respect du principe de subsidiarité.⁶¹⁶

Le chapitre II de dite directive, consacré aux « Voies de recours et application du droit », mentionne à plusieurs reprises des conditions d'application du texte relatives aux « traditions et pratiques nationales »⁶¹⁷.

*« Il importe de protéger toutes les personnes physiques contre la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique. Les États membres doivent aussi assurer, en tant que de besoin et conformément aux traditions et pratiques nationales, la protection des personnes morales lorsqu'elles sont victimes de discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique de leurs membres. »*⁶¹⁸

Les autorités peuvent prévoir, en particulier, que la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques⁶¹⁹. A ce propos, on peut se demander comment des Etats qui n'ont pas reconnu et défini le phénomène du harcèlement dans leur droit positif peuvent se fonder de manière efficiente sur des données statistiques sur le sujet et mettre en œuvre les droits de la personnalité dans ce domaine.

- Etendue de la protection :

Quant à son champ d'application, dite directive s'étend à toutes les personnes, qu'elles fassent partie du secteur privé, ou public, et inclut les organismes publics⁶²⁰.

Quant aux secteurs d'activités et niveaux de fonctions, le texte se réfère également aux conditions d'accès à l'emploi, aux critères de sélection et aux conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité, à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion.

⁶¹⁶ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*JO du 02.12.2000, n° L 303, pp. 16-22*), Cons. 37 qui précise que :

« Conformément au principe de subsidiarité énoncé à l'article 5 du traité CE, l'objectif de la présente directive, à savoir la création, dans la Communauté, d'un terrain d'action en ce qui concerne l'égalité en matière d'emploi et de travail, ne peut pas être réalisé de manière suffisante par les États membres et peut donc, en raison des dimensions et des effets de l'action, être mieux réalisé au niveau communautaire. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif ».

⁶¹⁷ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, préambule.

⁶¹⁸ *Id.*, cons. 16.

⁶¹⁹ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*JO du 02.12.2000, n° L 303, pp. 16-22*), cons 15.

⁶²⁰ *Id.*, art. 3 *al.* 1, Les dispositions générales de ce texte concernent surtout, ainsi que son nom l'indique, la discrimination d'origine « ethnique ou raciale ».

Chapitre II. Compte-rendu des débats sur le bien-fondé d'une législation commune au sein des pays de l'UE

Les débats du Parlement européen, qui ont eu lieu au début des années 2000, ont vu s'opposer deux grandes tendances, que l'on peut schématiquement présenter comme deux tendances droite/gauche. D'une part, le groupe socialiste/vert, parmi les parlementaires actifs dans ce domaine⁶²¹, demande que l'on légifère clairement et le groupe situé plutôt à droite de l'échiquier politique⁶²² se réfugie derrière la liberté des Etats membres ainsi que la liberté et la « bonne volonté » des chefs d'entreprise pour éviter à tout prix de légiférer.

Pour illustrer mon propos, bien qu'il y ait eu semble-t-il un grand nombre de débats sur le sujet, avant et après cette date, je me référerai essentiellement au débat emblématique qui eut lieu le 19 septembre 2001⁶²³. Ces discussions ont vu le jour après la remise du rapport Andersson, qui a servi de base aux différentes propositions⁶²⁴.

Andersson, le rapporteur, exhorte la Commission à la rédaction d'un Livre vert sur le harcèlement au travail et à la présentation d'un programme d'action communautaire (en particulier au point 24 du rapport). Il sera soutenu sur ces deux points principaux, ainsi que sur d'autres, par l'ensemble des parlementaires de gauche.

Afin d'avoir une vue d'ensemble de la situation juridique dans les principaux Etats membres de l'UE, le lecteur peut se reporter à Lorho⁶²⁵ qui brosse un tableau très complet des différents systèmes juridiques en matière de traitement du harcèlement dans les Etats de l'UE en 2001⁶²⁶. Le lecteur peut aussi se référer à Di Martino⁶²⁷ qui propose, pour 2003, une liste des dispositions légales des quinze pays de l'UE en

⁶²¹ Signalons que les partis et mouvements d'extrême-gauche, historiquement et idéologiquement très présente, en principe, sur la question du droit du travail et de la protection des travailleurs et des travailleuses, sont très discrets dans ce domaine.

⁶²² Parti Populaire Européen, Démocrates chrétiens (PPE) et Groupe Alliance des démocrates et libéraux pour l'Europe (ELDR).

⁶²³ Débats du Mercredi 19 septembre 2001 au Parlement européen, Bruxelles, Harcèlement sur le lieu de travail.

⁶²⁴ ANDERSSON Jan (2001), *Rapport sur le harcèlement au travail*, 2001/2339(INI), A5-0283/2001.

⁶²⁵ LORHO Frank (2001), *Le harcèlement moral au travail / Sous la direction de Lothar Bauer*, Luxembourg, Parlement européen, Division des Affaires sociales et juridiques, direction générale des études (Série « Affaires Sociales », SOCI 108 FR), 37 p., pp. 15-24.

⁶²⁶ Depuis cette date, de très nombreux textes nouveaux sont venus moderniser et affiner les développements juridiques en matière de harcèlement, <http://www.mobbing.nu/enlaces-fr.htm/francais>.

⁶²⁷ DI MARTINO, HOEL, COOPER, 2003, p. 49.

matière de protection contre certains comportements abusifs⁶²⁸, ainsi que leurs références.

I. L'option libérale, défavorable à une législation européenne en matière de harcèlement

Les parlementaires des groupes PPE-DE⁶²⁹ et libéral ELDR⁶³⁰, adhèrent à l'idée que le harcèlement moral est incompatible avec la déclaration de l'art 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁶³¹, et soutiennent avec fermeté la rédaction d'un Livre vert, suivie d'un plan d'action. Toutefois leur position vise clairement à éviter que l'UE ne s'engage à prendre des mesures contraignantes qui imposeraient aux Etats membres de se doter tous de législations adéquates en la matière. Voici quelques exemples :

Hermange rappelle que le harcèlement revêt un aspect sociologique, signe de l'aggravation de l'individualisme qui domine dans notre société, ainsi qu'un aspect psychologique qui rend le harcèlement moral particulièrement odieux et permet quelquefois de **casser quelqu'un sans laisser de traces**. Elle met l'accent sur le caractère destructeur de certaines personnes dans leurs relations sociales. Elle cite les statistiques officielles qui montrent que 8% de l'ensemble des travailleurs de l'Union européenne déclarent avoir été victimes de harcèlement, tout en soulignant que les chiffres réels pourraient être bien supérieurs. Soulignant l'ampleur de la violence et du harcèlement sur le lieu de travail, la parlementaire insiste sur le fait qu'il s'agit là d'un problème très grave.

La députée européenne rappelle que, comme le mentionne le rapport Andersson⁶³², il résulte du harcèlement un stress physique et mental extrêmes, pouvant occasionner l'apparition de maladies graves. Elle ajoute enfin que cette situation a même des conséquences sur la vie privée des gens, qu'elle grève les fonds de la sécurité sociale et qu'elle entrave la performance économique générale. Elle met l'accent sur l'étendue du vide juridique qui existe au niveau national dans certains Etats et la grande disparité au niveau européen. Elle mentionne toutefois qu'une jurisprudence européenne, heureusement de plus en plus ferme, contribue cependant à combattre ces manquements. Toutefois ladite parlementaire se contente en fin de discours de

⁶²⁸ Il s'agissait aussi, en 2001, des Etats suivants : Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, France, Allemagne, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Espagne, Suède, Royaume-Uni.

⁶²⁹ Groupe du Parti populaire européen (Démocrates-chrétiens) et Démocrates européens.

⁶³⁰ Groupe Alliance des démocrates et libéraux pour l'Europe.

⁶³¹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000/C 364/1 (JO, 18.12.2000 C 364/01 – 364/22), art. 1: « *La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée.* »

⁶³² ANDERSSON, 2001, p. 10.

soutenir la rédaction du « Livre vert » demandé par le rapport Andersson⁶³³ et propose uniquement « des échanges sur la responsabilité sociale des entreprises ».

Quant à Mann⁶³⁴, du groupe PPE-DE au Parlement européen, après avoir considéré que « chacun peut se retrouver victime ou bourreau (sic) », que l'on soit chef ou collaborateur, il souligne qu'il s'agit d'un problème sérieux et fort coûteux dans le cadre professionnel. Il affirme que les agressions et dépressions, arrêts-maladie, licenciements et restructurations du personnel qui découlent du harcèlement coûtent chaque année plusieurs centaines de millions d'euros à l'économie et à la sécurité sociale. Il se contente alors encore une fois de mentionner l'intérêt que représente la rédaction d'un Livre vert et la préparation « d'un plan d'action précis qui ait des effets durables »⁶³⁵, sans plus de détails. Pour un plan d'action « précis », il reste assez flou...

Perez Alvarez⁶³⁶ précise que les solutions doivent être différenciées en fonction des formes de harcèlement, à savoir en fonction du sexe, de l'âge ou de l'origine. Quant à Smet⁶³⁷, elle insiste sur le fait qu'il est difficile d'élaborer une politique traitant des mesures à prendre à l'encontre de l'intimidation morale sur le lieu du travail, et de ce fait, ne plaide pas pour l'élaboration d'une législation en la matière.

Encore plus en retrait, Glase⁶³⁸ estime qu'il est quasi-impossible de donner une définition-type du phénomène. Elle souligne que la Commission a été chargée de mettre en évidence d'autres facteurs qui encouragent le harcèlement et qu'elle n'aura pas la tâche facile pour présenter le Livre vert annoncé. Elle pense que ce n'est que lorsque qu'une image précise de l'ampleur réelle du problème aura été mesurée, qu'il sera possible de prendre les mesures appropriées pour lutter contre ce phénomène. La parlementaire considère que les entreprises devraient trouver un intérêt à éviter de tels incidents en leur sein⁶³⁹. Pour finir, elle appelle à un peu plus de respect et d'équité, un peu moins d'égoïsme, et affirme que « pour éradiquer l'ensemble des causes qui mènent au harcèlement, une législation européenne est à la fois inadé-

⁶³³ HERMANGE Marie-Thérèse (PPE-DE, France), Débats du Mercredi 19 septembre 2001 au Parlement européen, Bruxelles, Harcèlement sur le lieu de travail.

⁶³⁴ MANN Thomas (PPE-DE, Allemagne), Débats du Mercredi 19 septembre 2001 au Parlement européen, Bruxelles, Harcèlement sur le lieu de travail.

⁶³⁵ Notons que le Parlement européen semble spécialiste de la préparation de Livres verts : Livre vert contre le tabagisme, Livre vert de la cohésion territoriale, Livre vert sur le revenu de solidarité.

⁶³⁶ PEREZ ALVAREZ Manuel (PPE-DE, Espagne), Débats du Mercredi 19 septembre 2001 au Parlement européen, Bruxelles, Harcèlement sur le lieu de travail.

⁶³⁷ SMET Miet (PPE-DE, Belgique, parti social-chrétien flamand), rapportrice pour avis de la Commission des droits de la femme et de l'égalité des chances, Débats du Mercredi 19 septembre 2001 au Parlement européen, Bruxelles, Harcèlement sur le lieu de travail.

⁶³⁸ GLASE Anne Karin (PPE-DE, Allemagne), Débats du Mercredi 19 septembre 2001 au Parlement européen, Bruxelles, Harcèlement sur le lieu de travail.

⁶³⁹ Ce point de vue est partagé par SMET qui insiste sur la prévention au sein des entreprises, en faisant remarquer qu'en premier lieu, les entreprises doivent signaler clairement à leur personnel qu'elles n'acceptent pas le harcèlement en leur sein. Cet élément n'est pas négligeable en termes de prévention. Mais sans obligation réelle, ceci reste une belle déclaration laborieuses et un peu vaine.

quate et sans effet (sic) ». Elle conclut qu'il est extrêmement difficile de lutter contre ce problème.

Quand à la façon dont les institutions européennes devraient intervenir, on assiste à un grand désordre. Hermange considère que c'est à l'ensemble des institutions européennes de poursuivre l'effort contre un mal désormais solidement implanté et souligne que ces dernières y sont clairement incitées depuis la publication de la Charte sociale européenne⁶⁴⁰. Invoquant le principe de subsidiarité, Lynne⁶⁴¹, suivi par Glase, suggère que les États membres mettent en place leur propre législation et que l'Europe se contente de tracer quelques lignes directrices, de procéder au *benchmarking*⁶⁴² dans tous les États membres, mais pas de dicter une législation contraignante. Rappelant que le harcèlement, sexuel ou non, n'est pas un délit mineur, elle pense que c'est un crime qu'il faut combattre, là où il a été commis, mais doute qu'une directive européenne puisse s'avérer efficace. Pérez Álvarez souhaite simplement que soit dressé un bilan commun dans les quinze États membres de l'UE et, qu'à l'issue d'un travail de comparaison, les meilleures pratiques puissent servir d'exemple en vue de l'émergence de mesures utiles.

Le débat a permis en outre aux parlementaires de proposer la nomination d'un médiateur au sein des entreprises⁶⁴³. L'oratrice prétend qu'il est toujours préférable, dans une entreprise, de régler une solution par la voie de la concertation que par celle des tribunaux. Si l'idée de la nomination d'un médiateur ou d'une médiatrice nous paraît une excellente idée en cas de conflit, on s'aperçoit encore une fois que certaines personnes, pourtant investies d'une légitimité leur donnant la possibilité de s'informer, confondent conflit et harcèlement. Le harcèlement n'est pas un simple « problème » qui peut être résolu par la désignation d'une personne intermédiaire⁶⁴⁴.

Pour certains parlementaires, tous les arguments sont bons pour éviter de prendre des décisions fermes et des mesures qui soient un minimum contraignantes dans le sens de la lutte contre le harcèlement.

⁶⁴⁰ Décret no 2000-110 du 4 février 2000 portant publication de la Charte sociale européenne, 1996 (JO n° 36 du 12 février 2000, p. 230), art. 26 : « droit à la dignité au travail ».

⁶⁴¹ LYNNE Elisabeth (ELDR Groupe alliance des démocrates et des libéraux pour l'Europe, Royaume-Uni), Débats du Mercredi 19 septembre 2001 au Parlement européen, Bruxelles, Harcèlement sur le lieu de travail.

⁶⁴² *Benchmarking* : Evaluation des étapes d'un processus (traduction libre de l'auteure).

⁶⁴³ SMET Miet (PPE, Parti social-chrétien flamand, Belgique), Débats du Mercredi 19 septembre 2001 au Parlement européen, Bruxelles, Harcèlement sur le lieu de travail.

⁶⁴⁴ *N.B.* le droit au juge est un droit fondamental et, afin de ne pas annihiler toute tentative d'un recours à la juridiction compétente, il faut établir des garanties de procédure rendant l'accès à la justice possible pour les victimes. Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (JO, 2000/C 364/01 du 18.12.2000), art. II-107.

II. L'option légaliste favorable à une définition précise du harcèlement et à une législation commune au sein de l'UE

Andersson indique en préambule de son rapport sur le harcèlement moral, que, selon la fondation de Dublin⁶⁴⁵, 8% des citoyens de l'UE, soit environ 12 millions de personnes, se sont senties harcelées⁶⁴⁶ sur leur lieu de travail au cours des douze derniers mois. Soulignant les conséquences individuelles autant que celles qu'ont à subir les entreprises dans leur ensemble, le rapporteur met en cause l'insécurité de l'emploi. Il rappelle aussi que les personnes qui sont victimes de harcèlement sont, plus que d'autres, exposées au stress. Le rapporteur fait aussi remarquer que les victimes de ce type de situations et de comportements sont celles et ceux qui occupent un emploi soumis à une forte tension psychologique. Il précise enfin qu'il s'agit avant tout d'une question de sécurité dans le milieu professionnel et d'organisation du travail. Cette exigence de sécurité est indispensable au sens où d'emblée, se pose la question de la responsabilité de l'employeur et, par voie de conséquence, celle des Etats membres, chargés de faire respecter la sécurité et d'assurer la préservation de la santé au travail.

Il faut noter ici que la première réglementation suédoise, qui date de 1993, est pionnière en la matière⁶⁴⁷. Il ne s'agit pas ici d'une loi au sens formel du terme, mais d'une ordonnance, édictée par l'Inspection du travail, qui dispose d'un pouvoir réglementaire propre. Bien qu'elle n'ait pas la force contraignante d'une loi au sens formel, cette ordonnance sur le harcèlement moral a le mérite de proposer une définition et d'énoncer clairement des obligations minimales à l'égard de l'employeur⁶⁴⁸. Il s'ensuit donc à l'égard de ce dernier un certain nombre d'impératifs :

- organiser le travail de manière à prévenir le harcèlement moral ;
- adopter une politique claire pour éviter le harcèlement, en particulier en rendant à la fois les supérieurs hiérarchiques et les employés sensibles à cette problématique ;
- procéder à une détection précoce et systématique en amont des problèmes rencontrés par les travailleurs, en rectifiant les conditions de travail insatisfaisantes, les problèmes relatifs à l'organisation du travail ou le manque de coopération, qui peuvent générer du harcèlement moral au sein de l'entreprise ;

⁶⁴⁵ PAOLI Pascal et MERLLIE Damien (2001), *Troisième enquête européenne sur les conditions de travail 2000*, European foundation for the improvement of living and working conditions (appelée couramment en français « Fondation de Dublin »), Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 73 p.

⁶⁴⁶ *Id.*, p. 28 : plus de 15 millions de personnes dans l'UE ont signalé des actes de violence, de harcèlement sexuel ou de brutalité sur le lieu de travail.

⁶⁴⁷ Cela peut s'expliquer par le fait que Leymann était de nationalité suédoise.

⁶⁴⁸ Victimization at work (Ordonnance AFS 1993 : 17), adoptée le 21 septembre 1993, Ordinance of the National Board of Occupational Safety and Health containing Provisions on measures against Victimization at Work, together with General Recommendations on the implementation of the Provisions.

- prendre des mesures immédiates dès que le harcèlement moral est suspecté;
- soutenir les victimes sur le plan moral, psychologique et social. Celles-ci sont invitées expressément à demander ledit soutien, avec la garantie de la confidentialité absolue ;
- adopter des procédures spécifiques dans le soutien aux victimes, notamment faire en sorte que la personne plaignante conserve son emploi et son poste de travail. Il est expressément prescrit qu'en aucun cas, ses conditions de travail ne puissent être péjorées suite à sa plainte.

Le rapport Andersson préconise la nécessité d'élaborer une législation au niveau européen. Même si la forme qu'elle pourrait prendre, le cas échéant, n'est pas posée de façon définitive, Andersson exhorte fermement la Commission à tenir compte **sérieusement** du problème du harcèlement sur le lieu de travail⁶⁴⁹.

D'une part, la Commission **doit** manifester cette préoccupation dans le cadre de ses communications sur la qualité des politiques sociales et de l'emploi, autant que sur la stratégie communautaire en matière de santé et de sécurité au travail⁶⁵⁰.

D'autre part, cette préparation **doit** apparaître clairement dans le Livre vert sur la responsabilité sociale des entreprises⁶⁵¹. Dans ce cadre précis, il exhorte **immédiatement** la Commission à réfléchir à la préparation d'une initiative législative.

Il prévoit qu'il soit possible que la Commission réponde qu'une telle législation n'est pas nécessaire et que l'UE ne doive pas s'en doter. Il insiste, si tel est le cas, pour en connaître les raisons précises : on voit bien que le parlementaire n'a clairement pas confiance dans les déclarations de certains de ses collègues et de celles de la Commission⁶⁵².

Andersson est soutenu en cela par divers parlementaires, dont Koukiadis⁶⁵³, qui souligne que si l'on considère que, d'après les statistiques, la proportion des personnes concernées au sein de groupes particulièrement vulnérables au harcèlement (tels que les femmes, les personnes handicapées, les personnes étrangères travaillant dans un autre pays, ou provenant d'une religion minoritaire...), dépasse les 8% moyens, ce problème s'inscrit alors dans une dimension politique encore plus sérieuse. Koukiadis proclame en outre que la question du harcèlement au travail est **directement liée au respect des droits fondamentaux de la personne humaine**, comme le droit à la dignité et à la participation à la vie économique et sociale sur un pied d'égalité. A ce titre, il faut tenir compte de ce dernier élément pour une application effective de la Charte des droits fondamentaux ainsi que pour une approche mieux intégrée de la politique en matière de qualité de l'emploi. Koukiadis réclame que le rapport Andersson serve de support pour établir un plan de lutte contre toutes

⁶⁴⁹ ANDERSSON, 2001, p. 17 *ss.*

⁶⁵⁰ *Id.*, p. 7, cons. 8.

⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 25, conclusion 8.

⁶⁵² ANDERSSON Jan, Débats du Mercredi 19 septembre 2001 au Parlement européen, Bruxelles, Harcèlement sur le lieu de travail.

⁶⁵³ KOUKIADIS Ioannis (PSE, Grèce), Débats du Mercredi 19 septembre 2001 au Parlement européen, Bruxelles, Harcèlement sur le lieu de travail. Dans ce même débat, HERMANGE (PPE-DE), avance les chiffres de 8 à 10%.

les formes de harcèlement.

Selon Koukiadis, la première chose à faire est de **revoir les notions** et d'**élaborer des définitions**. Il faut faire en sorte que tous les Etats membres s'entendent sur une **définition commune**, et se dotent de meilleures bases statistiques afin de mesurer l'étendue du problème et sa diversité.

Le député européen demande à cet égard que la Fondation de Dublin⁶⁵⁴ et Eurostat⁶⁵⁵ remplissent cette tâche à l'avenir. Il insiste ensuite sur la nécessité de réfléchir très précisément à l'éventualité d'une **action européenne au niveau législatif**. Il affirme ne pas comprendre pourquoi la Commission, et certains parlementaires, envisagent par avance d'exclure par principe la possibilité de mettre en place une législation⁶⁵⁶, (quels qu'en soient les termes et les mesures contraignantes).

Koukiadis exige que ledit plan d'action comporte, par exemple, outre des mesures d'interdiction du harcèlement, l'**obligation** pour l'employeur d'assurer un climat propice à la qualité des relations entre collègues, assorti de « mesures d'encouragement » à l'égard de toutes les personnes dans le cadre de leur travail.

Il serait souhaitable de comprendre ces « mesures d'encouragement » sous l'angle de la prévention. Dans le cas contraire, ces mesures restent vagues et peu propices à l'action véritable. Dans l'esprit du parlementaire, il faudrait peut-être former l'ensemble du personnel au contenu des relations de travail selon un mode éthique ; informer les personnes sur la nature du harcèlement et son caractère illicite, solliciter tous les acteurs de l'entreprise pour qu'ils exercent et organisent une forme de résistance pour soi et pour les autres, en amont des actes de harcèlement. Ceci doit, bien entendu, s'accompagner de mesures contraignantes vis à vis des employeurs. Sinon, il est peu vraisemblable qu'ils mettent au point au sein des entreprises (et de bonne volonté), des plans et des directives permettant la réalisation d'ambitieux projets dans le sens du développement de l'éthique.

Koukiadis précise également que des mesures propres, prises en amont, permettent de dissiper les méfiances et les préjugés à l'encontre des personnes qui constituent les groupes les plus exposés au harcèlement. Cet aspect est d'autant plus important que, pour organiser une forme de résistance depuis le bas de l'échelle sociale, les travailleurs savent d'emblée qu'ils seront soutenus et qu'une forme de changement

⁶⁵⁴ Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail. Cette fondation est la première institution européenne à avoir été créée par le Conseil européen, règlement CEE n° 1365/75 du Conseil, du 26 mai 1975, concernant la création d'une Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, pour travailler dans des domaines spécialisés de la réglementation au sein de l'Union européenne, pour contribuer à l'élaboration de meilleures conditions de vie et de travail en Europe (*JO L 139 du 30.5.1975, pp. 1-4*). Pour plus d'informations sur son rôle et les tâches qui lui sont dévolues, ses thèmes de recherches et ses analyses, ses partenaires et ses interlocuteurs privilégiés, voir le site de la Fondation de Dublin: <http://eurofound.europa.eu/about/index.htm>.

⁶⁵⁵ Eurostat : Office statistique des communautés européennes. Voir le site web officiel : <http://europa.eu.int/comm/eurostat>.

⁶⁵⁶ ANDERSSON Jan, Débats du Mercredi 19 septembre 2001 au Parlement européen, Bruxelles, Harcèlement sur le lieu de travail.

de la culture de l'entreprise est en marche.

Se référant à la résolution du 20 septembre 200⁶⁵⁷ du Parlement européen, qui a demandé que soient pris en compte les aspects psychiques, psychologiques et sociaux du milieu du travail pour renforcer la dimension qualitative de l'emploi, Miguélez Ramos surenchérit en demandant à la Commission si elle entend suivre le Parlement et prendre des initiatives pour que la Communauté européenne se dote d'une législation à cet égard.

Devant l'absence de réaction de la Commission, le sujet sera abordé à de nombreuses reprises au cours des années suivantes. Dans sa question à la Commission à propos du harcèlement moral au travail, la parlementaire socialiste Miguélez Ramos⁶⁵⁸, reprend les chiffres de ses collègues en soulignant de nouveau que douze millions de travailleurs, soit 8% des employés dans l'Union européenne, affirment avoir été victimes de harcèlement moral au travail. Elle affirme que l'inexistence d'une définition et le vide juridique qui en découle, accroissent les problèmes rencontrés dans la lutte contre ce phénomène.

Le 27 mars 2002, la députée insiste de nouveau sur la nécessité de se doter d'une définition juridique du harcèlement. Elle affirme que celle-ci devrait permettre de « mettre au point des politiques de prévention efficaces, en les incluant notamment dans la directive-cadre pour la santé et la sécurité au travail. Celle-ci devrait également permettre d'élaborer enfin un Livre vert contenant une analyse détaillée, un plan d'action et un calendrier spécifique. »⁶⁵⁹

Cette dernière proposition permet d'envisager de manière audacieuse un plan de travail, un début de proposition d'ordre juridique à la lutte contre le harcèlement auxquelles les tergiversations des adversaires auront bien du mal à s'opposer sur le plan argumentatif. Mais la force des arguments n'est pas toujours suffisante en démocratie.

1. Définition du harcèlement moral

Citant l'exemple de son propre pays, la Suède, Andersson mentionne l'existence d'une ordonnance⁶⁶⁰ qui stipule que les employeurs ont la responsabilité de venir à bout du harcèlement sur le lieu de travail, lorsqu'il survient. La loi ne dit pas en détail de quelle façon ils doivent s'y prendre, mais la responsabilité de l'employeur est claire. Étant donné que le problème du harcèlement est commun à l'ensemble des

⁶⁵⁷ *Résolution* ou *motion* (en droit de l'Union européenne) : « Texte voté par un organe délibérant (assemblée parlementaire, organe international) et qui a trait à son fonctionnement intérieur ou exprime son opinion ou sa volonté sur un point déterminé ». Lexique des termes juridiques, *op. cit.* (2005), p. 546.

⁶⁵⁸ MIGUELEZ RAMOS Rosa (PSE, Espagne), Question orale au Parlement Européen H-0204/02, Objet : Harcèlement moral au travail, 14 mars 2002.

⁶⁵⁹ Question écrite à la Commission, Objet : Harcèlement au travail, 27 mars 2002 (*JO C 92 E du 17/04/2003 p. 27*). Voir aussi : Réponse de la Commission, COM (2002) 118 final, du 11.3.2002, 19 p.

⁶⁶⁰ Voir *supra*, 2^{ème} partie, chap. II, II.

Etats membres mais que l'attention dont il fait l'objet est très diverse d'un pays à l'autre, il préconise que l'UE en tant qu'entité politique donne une impulsion positive dans ce sens. Andersson remarque en outre qu'il est probable que la directive-cadre sur l'environnement de travail⁶⁶¹ couvrira aussi certains des aspects ayant trait au milieu psycho-social, mais il insiste sur l'importance d'une **définition préalable** avant de pouvoir parvenir à des dispositions ou des initiatives législatives concernant le harcèlement sur le lieu de travail.

Le rapporteur prône une méthode de travail d'harmonisation ouverte, proactive et novatrice au niveau européen qu'il appelle « best practice ». Cela signifie que les Etats membres doivent développer leurs législations et leurs dispositions respectives. Dans ce contexte, il conviendra d'étudier les solutions adoptées par les uns et les autres qui devront servir d'exemple. Andersson souligne en outre que le processus de Lisbonne⁶⁶² comprend également des indicateurs qualitatifs de cette teneur, à savoir novatrice et proactive, qui prône de prendre pour exemple les pratiques les meilleures en Europe.

Pérez Alvarez propose une définition possible du harcèlement⁶⁶³:

« Le harcèlement est une conduite non appropriée et répétée, directe ou indirecte, verbale, physique ou autre, qu'une personne ou plusieurs commettent contre un ou des tiers sur le lieu de travail et/ou au cours de celui-ci et qui peut être considérée, à juste titre, comme une atteinte au droit de l'individu à la dignité au travail. Bien évidemment, un incident isolé de comportement comme celui décrit dans la définition peut constituer une atteinte à la dignité sur le lieu de travail mais, en tant qu'incident ponctuel et isolé, il ne serait pas considéré comme harcèlement. »

Il est extrêmement intéressant de noter qu'enfin une analyse fine du harcèlement est proposée, correspondant aux travaux décrits en première partie de cette étude. La définition contenue dans la directive suédoise est la suivante⁶⁶⁴:

« Des actions répréhensibles ou clairement négatives qui sont dirigées contre des travailleurs individuels de façon offensive et peuvent avoir pour résultat de mettre ces travailleurs hors de la communauté de travail. »

⁶⁶¹ Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989 (JO n°L 183 du 29/06/1989 p. 0001-0008).

⁶⁶² Rapport de la Commission au Conseil européen de printemps : "réalisons Lisbonne" / réformes pour une union élargie, COM(2004) 29 final, Bruxelles le 20 février 2004, § 2.4.1.

⁶⁶³ PEREZ ALVAREZ, Manuel (PPE-DE, Espagne), Débats du Mercredi 19 septembre 2001 au Parlement européen, Bruxelles, Harcèlement sur le lieu de travail, citant la définition du groupe parlementaire de travail irlandais pour la prévention du harcèlement et qui nous semble complète et intéressante selon les principes que nous avons posés tout au long de ce travail.

⁶⁶⁴ Directive Suédoise AFS 1993 : 17 « Harcèlement moral et législation : pour une approche collective intégrée dans la politique de santé au travail »/ traduite en français par Vogel Laurent, *BTS newsletters*, N°19-20, septembre 2002.

2. Observation critique de ces définitions

Bien que démontrant un réel progrès dans la prise de conscience au sein de l'UE, les définitions proposées ci-dessus sont encore insuffisantes et, selon les travaux effectués à ce jour par des chercheurs de différentes disciplines, elles paraissent sommaires et critiquables pour les raisons suivantes.

Nous savons que :

- le harcèlement ne se manifeste pas seulement par des actions répréhensibles ou négatives. C'est **l'ensemble du processus** qui en fait un comportement aux conséquences négatives⁶⁶⁵ ;
- le harcèlement n'est pas toujours offensif -loin s'en faut- puisqu'il est souvent insidieux et que chaque acte en soi, est selon Leymann lui-même, souvent anodin⁶⁶⁶. La question est de savoir ici si « offensif » signifie « qui engendre une offense », ou si cela signifie « ouvert », « combatif » et « visible »⁶⁶⁷. Dans ce cas, l'adjectif (en français) est impropre pour désigner l'ensemble des actes qui constituent le harcèlement ;
- l'**exclusion** de la communauté de travail est l'un des éléments principaux retenus par Leymann, mais cette exclusion peut se manifester sous plusieurs formes que n'a pas forcément voulues ou prévues l'auteur de harcèlement. L'exclusion peut devenir une **conséquence** des actes ou des non-actes qui ont été perpétrés volontairement, sans que l'auteur ait véritablement prévu et voulu tous les résultats de son comportement. Il n'en reste pas moins que les faits de harcèlement sont constitués ;
- il est question aussi d'actions dirigées contre des travailleurs individuels : nous savons aussi que le harcèlement peut être dirigé contre un groupe de personnes ou une catégorie particulière de personnes. Si chaque personne peut en souffrir de manière particulière, la discrimination qui s'exerce à l'encontre d'un groupe donné, ainsi que le harcèlement qui s'installe et l'exclusion qui peut en découler ne peuvent être dissociés des actes de harcèlement perpétrés à l'encontre d'individus en raison de l'appartenance à un groupe. En conséquence cette précision restreint de manière inappropriée, à la fois le champ des victimes tout comme le champ des actes qui constituent du harcèlement.

Il faut pourtant reconnaître l'immense travail et le grand mérite du travail de certains législateurs européens. En effet, des définitions concernant directement ou indirectement les faits de harcèlement existent et ont été posées. Elles ont permis de cerner les notions et leur élaboration a permis un débat nourri dont on ne peut plus ignorer la force des arguments. Ces conséquences sont suffisamment importantes pour que l'on s'y attarde et que les femmes et hommes politiques de Suisse puissent en tirer

⁶⁶⁵ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. II, II.

⁶⁶⁶ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. II, I.

⁶⁶⁷ Selon le dictionnaire le Robert, « offensif » signifie « qui attaque, sert à attaquer » En ce qui concerne les personnes : « qui attaque, qui agresse », avec comme synonymes : « agressif, batailleur, combatif ».

les conséquences adéquates pour notre pays.

III. Position de la Commission européenne entre 2002 et 2004

Ainsi que nous l'avons mentionné plus haut, au point 24 du rapport Andersson⁶⁶⁸, il est demandé à la Commission de procéder à une analyse détaillée de la situation concernant le harcèlement moral au travail dans un Livre vert, et de soumettre ensuite aux parlementaires un **programme d'action**. Un tel programme implique, dans le cadre des compétences des parlementaires, de prévoir une législation qui comporte des obligations claires et précises. Selon son auteur, tel est bien le point le plus important du rapport dans son ensemble. Force est de constater que ce point crucial se heurte à une inertie manifeste de la part de la Commission.

En réponse aux nombreuses sollicitations des parlementaires européens, et s'exprimant par la voix de Anna Diamantopoulou⁶⁶⁹, la Commission remercie les auteurs du rapport Andersson, et précise que ce rapport facilitera grandement le travail de la Commission. La porte-parole souligne la gravité des conséquences du harcèlement, en reconnaissant qu'il est l'une des causes principales de la baisse de la productivité. Elle rappelle que, conformément aux instruments en vigueur, les partenaires sociaux ont une obligation de protection, qu'ils peuvent jouer un rôle important, et que « la Directive 89/391/C⁶⁷⁰ stipule expressément qu'il faut, en outre, tenir compte des pressions psychosomatiques dans la prévention des risques au travail ».

Soulignons qu'en l'absence de la moindre définition du terme « pressions psychosomatiques », on ne voit pas, dans le discours de la porte-parole de la Commission quel est le rapport avec le harcèlement, et même s'il en existe vraiment un. On peut légitimement se demander s'il ne s'agit pas juste d'une phraséologie visant à faire diversion ou à organiser la confusion pour éviter d'appeler les choses par leur nom et de proposer de véritables solutions.

La porte-parole de la Commission annonce qu'un Comité consultatif constitué de représentants des États membres, s'emploie déjà à étudier la question de la santé et de la sécurité, et qu'il a été désigné un « sous-comité », qui se penche en particulier sur la question de la violence au travail. Selon la porte-parole de la Commission, il existe désormais une définition de la violence au travail, élaborée par le comité. Ledit comité a, selon les dires de la porte-parole, achevé ses travaux la veille de son

⁶⁶⁸ ANDERSSON, 2001, p. 28, point 24.

⁶⁶⁹ DIAMANTOPOULOU Anna (Commissaire chargée de l'emploi et des affaires sociales, Grèce), Débats du Mercredi 19 septembre 2001 au Parlement européen, Bruxelles, et Débat du mercredi 14 janvier 2004, Strasbourg, Harcèlement sur le lieu de travail.

⁶⁷⁰ Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989 (*JO L 183 du 29.6.1989*).

N.B. la directive précitée ne fait pas référence aux « pressions psychosomatiques », contrairement à ce qu'indique la commissaire.

intervention⁶⁷¹ et il lui était, en conséquence, difficile d'en proposer des conclusions élaborées.

Manifestement insatisfaite par les avancées du dossier, Miguéles Ramos interpelle la Présidence espagnole du Conseil le 9 avril 2002, soit 9 mois plus tard...

Dans sa réponse, le Conseil⁶⁷², « insistant sur le fait qu'il partage ses préoccupations » et, « ainsi qu'il a eu l'occasion de le lui rappeler lors de la séance de l'heure des questions du mois d'avril, en réponse à la question qu'elle lui a posée sur le même sujet, lui confirme qu'en l'absence d'une proposition de la Commission en ce sens, il ne peut agir de sa propre initiative et qu'il revient en tout état de cause à la Commission de rédiger le Livre vert dont elle souhaite l'élaboration complète et la parution. »

Cinq mois pour élaborer une telle réponse, on peut comprendre l'agacement de ces parlementaires animés de la volonté d'agir. Se référant aux précédentes questions-réponses, peu satisfaisantes sur la volonté réelle de recherche d'une définition de la part de la Commission, deux parlementaires européens ont repris le flambeau en 2003 pour exiger une réponse digne de ce nom. C'est ce que l'on appelle familièrement, fût-ce dans l'enceinte d'un parlement de cette envergure, une partie de ping-pong, dont l'un des parlementaires se contente tout juste de renvoyer négligemment les balles.

Harald Ettl⁶⁷³ rappelle que la Commission « a indiqué à maintes reprises qu'elle entendait prendre des mesures pour lutter contre le phénomène du harcèlement sur le lieu de travail et publier sur la question, un Livre vert contenant une analyse détaillée, un programme et un calendrier spécifique d'action. » Il demande « quelles sont les dispositions que la Commission compte prendre pour s'assurer de l'opportunité de prendre un instrument communautaire spécifique et de l'ampleur à donner à celui-ci. ». Il recueille l'appui de trois autres parlementaires à propos de cette question qu'ils déposent le même jour⁶⁷⁴.

La réponse de la Commission⁶⁷⁵ fait montre d'une motivation et d'un empressement pour le moins limités. Elle se réfère tout d'abord à ses communications datant de

⁶⁷¹ DIAMANTOPOULOU Anna (Commissaire chargée de l'emploi et des affaires sociales, Grèce), Débats du Mercredi 19 septembre 2001 au Parlement européen, Bruxelles, Harcèlement sur le lieu de travail.

⁶⁷² Réponse écrite à la question E-0849/02 (*Journal officiel* n° C 229 E/148 du 26/09/2002, p. 0148).

⁶⁷³ Ettl Harald (PSE, Autriche), Question écrite E-3094/03 posée par à la Commission (objet : harcèlement sur le lieu de travail), le 20.10.2003 (*Journal officiel* n° C 70E/215 du 20/03/2004, pp. 0215-0216).

⁶⁷⁴ HUGHES Stephen, ANDERSSON Jan et DE ROSSA, Proinsias, Question orale O-0076/03 posée (au nom du groupe PSE) à la Commission (objet : harcèlement sur le lieu de travail), le 20.10.2003 (*Journal officiel* n° JO C 77 E du 28.3.2002, p. 138).

⁶⁷⁵ Réponse à la question écrite E-3094/03 (harcèlement sur le lieu de travail), donnée par Mme DIAMANTOPOULOU au nom de la Commission, le 25.11.2003, JO, n° C 70E du 20.03.2004, pp. 0215-0216. Réponse à la question orale O-0076/03 (harcèlement sur le lieu de travail), donnée par Mme DIAMANTOPOULOU au nom de la Commission, le 14.01.2004.

2002⁶⁷⁶, précisant qu'elle avait annoncé à cette époque qu'elle examinerait « l'opportunité et la portée d'un instrument communautaire concernant le harcèlement moral et la violence au travail. »

Elle affirme ensuite être « en train de recueillir et d'analyser les éléments disponibles dans ce domaine » [...] en prenant « en considération, entre autres, les initiatives législatives et/ou réglementaires adoptées ou envisagées dans les Etats membres ». Elle ajoute qu'elle prendra en considération « la résolution du Parlement sur le harcèlement au travail, ainsi que l'avis adopté au sujet de la violence au travail par le comité consultatif sur la sécurité, l'hygiène et la protection de la santé sur le lieu de travail. »⁶⁷⁷

La Commission indique ensuite que « sur la base des éléments précités », elle « prévoit de consulter au cours de l'année 2004 les partenaires sociaux sur l'orientation possible d'une action communautaire dans la matière, conformément à l'article 138 du traité CE. »⁶⁷⁸

Les choses n'ont pas beaucoup avancé le 14 janvier 2004, et le premier orateur Hughes⁶⁷⁹, dénonce « l'immobilisme honteux qui caractérise les travaux de la Commission en matière de santé et de sécurité ». En réponse, la commissaire se contente de réfuter les critiques formulées et met l'accent sur deux éléments qui complexifient la réalité européenne.

D'une part, la situation diffère considérablement d'un pays à un autre, et d'autre part il est extrêmement difficile de définir ce que sont les « brimades » et de légiférer en la matière. La porte-parole de la Commission considère les critiques comme excès-

⁶⁷⁶ Communication de la Commission : *S'adapter aux changements du travail et de la société : une nouvelle stratégie communautaire de santé et de sécurité 2002-2006*, COM (2002) 118 final.

⁶⁷⁷ 26^{ème} rapport annuel d'activités du Comité consultatif pour la sécurité, l'hygiène et la protection de la santé sur le lieu de travail, 12 juin 2003 (COM (2003) 346 final).

⁶⁷⁸ Traité CE, Union européenne (*Journal officiel* n° C 325 du 24/12/2002 pp. 0001-0184), art. 138 :

« Al. 1. La Commission a pour tâche de promouvoir la consultation des partenaires sociaux au niveau communautaire et prend toute mesure utile pour faciliter leur dialogue en veillant à un soutien équilibré des parties ;

Al. 2. A cet effet, la Commission, avant de présenter des propositions dans le domaine de la politique sociale, consulte les partenaires sociaux sur l'orientation possible d'une action communautaire ;

Al. 3. Si la Commission, après cette consultation, estime qu'une action communautaire est souhaitable, elle consulte les partenaires sociaux sur le contenu de la proposition envisagée. Les partenaires sociaux remettent à la Commission un avis ou, le cas échéant, une recommandation ;

Al. 4. A l'occasion de cette consultation, les partenaires sociaux peuvent informer la Commission de leur volonté d'engager le processus prévu à l'article 139 dudit traité (*Journal officiel* n° C 325 du 24/12/2002 p. 95). La durée de la procédure ne peut pas dépasser neuf mois, sauf prolongation décidée en commun par les partenaires sociaux concernés et la Commission ».

⁶⁷⁹ HUGHES Stephen (Royaume-Uni), Débat du mercredi 14 janvier 2004 au Parlement européen, Strasbourg, Harcèlement sur le lieu de travail.

sives car, pour elle, beaucoup d'avancées ont eu lieu dans le domaine de la santé et de la sécurité. Elle rappelle que, durant les six dernières présidences, il n'y en a pas eu une seule au cours de laquelle une législation en matière de santé et de sécurité n'ait été adoptée. Elle ajoute qu'il est aussi très difficile de s'entendre, car les partenaires sociaux ont souvent du mal à se mettre d'accord en amont des travaux qui se déroulent dans l'enceinte du Parlement. Soulignons que rejeter la faute sur les « partenaires sociaux » revient à nier de mauvaise foi la responsabilité des représentants des entreprises dans les débats.

La porte-parole de la Commission met l'accent sur la nouvelle stratégie de la Communauté en matière de santé et de sécurité au travail pour la période 2002-2006 qui prévoit la possibilité de recourir à une combinaison d'instruments disponibles, législatifs ou autres. Après avoir rappelé l'existence de mesures non contraignantes (recommandations, campagnes d'information..), la commissaire indique que de telles actions peuvent « représenter des actions complémentaires -en plus, bien sûr, d'un texte législatif- sans que celles-ci ne s'excluent mutuellement ».

La Commission admet tout de même que « les brimades et le harcèlement représentent des formes spécifiques de violence au travail »⁶⁸⁰. Elle précise que le harcèlement sexuel constitue une autre forme de violence et se réfère à la législation adoptée à cet égard deux ans auparavant⁶⁸¹. La Commission s'est enfin décidée (à son corps défendant semble-t-il) à envisager la possibilité de légiférer et à annexer que légiférer n'est pas un mode d'action inutile et inapproprié. A cette fin, elle prône que les consultations avec les partenaires sociaux concernent toutes les formes de violence qui altèrent la santé, portent atteinte à l'intégrité physique et psychologique ainsi qu'à la dignité des travailleurs⁶⁸².

Dans la mesure où des dispositions juridiques communes sont mises en place, et qu'elles s'appuient sur une définition commune à tous les Etats européens, la nécessité de donner un rôle aux partenaires sociaux ne devrait plus être invoquée comme un alibi utilisé par les hautes instances décisionnelles et législatives, afin d'éviter de prendre leurs responsabilités. Les partenaires sociaux devraient, dans ce cas, accéder à un rôle à part entière d'arbitre, de défenseurs ou de parties, selon l'appartenance politique ou syndicale de chacun, lorsque des cas de harcèlement sont dénoncés dans le monde de l'entreprise, au niveau européen, et/ou font l'objet de procédures judiciaires.

La Commission ajoute avoir récemment adopté la communication « S'adapter aux changements du travail et de la société : une nouvelle stratégie communautaire de santé et de sécurité 2002-2006 », qui met en place une approche globale du bien-être sur le lieu de travail, laquelle tient compte des changements survenus dans le monde

⁶⁸⁰ DIAMANTOPOULOU Anna (Commissaire chargée de l'emploi et des affaires sociales, Grèce), Débat du mercredi 14 janvier 2004 au Parlement européen, Strasbourg, Harcèlement sur le lieu de travail.

⁶⁸¹ Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002 (*JO n° L 269 du 5.10.2002, pp. 15-20*).

⁶⁸² DIAMANTOPOULOU Anna (Commissaire chargée de l'emploi et des affaires sociales, Grèce), Débat du mercredi 14 janvier 2004 au Parlement européen, Strasbourg, Harcèlement sur le lieu de travail.

du travail et de l'émergence de risques nouveaux, notamment d'ordre psychosocial⁶⁸³. Dans cette communication, la Commission prévoit d'examiner le bien-fondé et la portée d'un instrument communautaire relatif au harcèlement moral sur le lieu de travail.

Du point de vue des partisans de mesures et de décisions claires et applicables, les déclarations de la Commission ressemblent encore à une volonté d'en faire le moins possible et d'avancer le plus lentement possible dans la prise de décision. On ne peut s'empêcher de penser que ces tergiversations et ces déclarations ont surtout un effet dilatoire. Il est donc bien compréhensible que cette réponse et l'ensemble de celles qui ont précédé, aient de quoi agacer pour le moins -voire désespérer- les parlementaires et les citoyens, conscients du problème, qui s'épuisent à attendre des instances politiques qu'elles fassent leur travail.

IV. Analyse critique

La manière dont les détracteurs de l'élaboration d'une définition commune, ainsi que la manière dont la Commission aborde le sujet du *mobbing* est caractéristique, soit d'une méconnaissance du phénomène et de ses mécanismes, soit d'une volonté affirmée de ne pas véritablement lutter contre le mal, soit les deux à la fois.

En effet, s'il est indispensable de mener des campagnes d'information, la prévention de comportements illicites est évidemment plus efficace quand elle prévoit une obligation de respecter les normes édictées et une sanction des comportements incriminés. Puisque le harcèlement est reconnu comme étant un ensemble d'actes illicites et attentatoires à la dignité, à l'intimité d'un individu et qu'il s'inscrit dans un phénomène aux multiples conséquences psychosociales, on voit mal pourquoi des élus dont c'est le métier défendent le fait donner une **définition légale** et **légiférer** serait inadéquat, inopportun ou inutile.

L'art de manier les arguties à l'infini est effectivement une arme redoutable contre ceux qui veulent vraiment prendre à bras-le-corps un problème dont pourtant, tout le monde admet l'importance. Il est vraiment affligeant de voir comment des parlementaires peuvent « bavasser » pendant des années pour arriver à une chose : ne pas faire le travail de législateurs dont ils ont requis et obtenu du peuple le mandat et les prérogatives.

1. Droit matériel

A. Analogie avec d'autres actes illicites

Les législateurs des Etats européens ont bien été capables de définir, certes dans des termes et des contenus différents, des comportements punissables, dont les effets

⁶⁸³ *S'adapter aux changements du travail et de la société*, Bruxelles, le 11.03.2002, COM(2002) 118 final.

peuvent être les mêmes que ceux engendrés par le harcèlement. Ces actes illicites et punissables existent, même dans les cas des comportements de type « pression psychosomatique »⁶⁸⁴. Il s'agit, par exemple, du chantage⁶⁸⁵ ou de la diffamation⁶⁸⁶ ou de toutes sortes de violences physiques sans **coups** portés véritables, comme les voies de fait ou de violences psychiques, comme la contrainte⁶⁸⁷, répertoriées par le droit pénal en tant qu'actes illicites par l'ordre juridique d'un Etat donné. On peut affirmer dès lors que la difficulté qui existe à cerner un problème, quel qu'il soit (certes fort complexe dans le cas du harcèlement), ne doit pas servir d'excuse pour s'abstenir d'agir et, le cas échéant, de punir pénalement.

B. Différentiation des formes de harcèlement

Les actes de harcèlement peuvent se différencier en fonction de plusieurs critères qui dépendent autant de la victime que des caractéristiques des agresseurs eux-mêmes.

Il peut s'agir de la forme de harcèlement (sexuel ou psychologique), du nombre d'agresseurs et de la situation économique, sociale, physique, ethnique ou encore de « genre » de la victime. Toutefois il me semble que la définition juridique du harcèlement ne doit pas se focaliser sur la victime, mais plutôt sur la nature des actes perpétrés, sans pour autant minimiser le ressenti, les réactions ou les conséquences objectives des actes sur la victime⁶⁸⁸.

Afin de rétablir la victime dans ses droits et sanctionner (éventuellement) l'auteur ou les auteurs des faits, il convient de tenir compte des critères spécifiques de la victime de manière générale, en insistant sur l'incapacité de celle-ci à mobiliser ses défenses ou encore sur sa faiblesse « intrinsèque ». Par exemple, son handicap physique ou psychique, sa situation sociale précaire, sa timidité naturelle, le fait pour une femme, de travailler dans un milieu exclusivement masculin, etc.

Il faut malgré tout éviter d'utiliser ces « faiblesses » de la victime pour en déduire l'existence de faits justificatifs, qui risquent de banaliser de nombreuses atteintes à la personnalité.

Citons le cas dans un milieu professionnel, culturellement masculin et « machiste », l'arrivée d'un homme homosexuel. Celui-ci, sans provoquer ou harceler quiconque dans le cadre de ses rapports de travail, avait « avoué » vivre en couple avec son compagnon, ne cachant pas ainsi ses préférences ou orientations sexuelles. Les railleries qu'il a subies (sous cape, pour la plupart) ont été minimisées par l'employeur au motif que, connaissant le milieu dans lequel il devait évoluer, il aurait pu -il aurait dû- se faire discret et n'avait pas à faire « étalage » de sa vie privée. Selon

⁶⁸⁴ Selon les propres termes de DIAMANTOPOULOU Anna.

⁶⁸⁵ Exemple pour le droit suisse, CPS, art. 156.

⁶⁸⁶ *Id.*, art. 173.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, art. 55, *litt. a*, art. 181.

⁶⁸⁸ Voir pour exemple, le droit belge, les références précises de la loi sur « les effets » des actes de harcèlement sur la victime, Loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail (*M.B. du 18.9.1996*).

l'employeur, il aurait dû se douter que de telles révélations ne manqueraient pas de donner prise aux sarcasmes. La responsabilité des agresseurs a été ainsi d'emblée minimisée par l'employeur et la victime d'atteintes réitérées à sa personnalité s'est retrouvé « coupable ». L'employeur a considéré que dans certains milieux, il était normal que l'homosexualité soit encore mal connue et mal comprise... et de fait persécutée. Il était normal que cette situation occasionne inéluctablement des « plaisanteries », somme toute « inoffensives », toujours selon les critères de l'employeur.

Suivant ce raisonnement, on pourra également effectuer des reproches à une femme qui ne se conforme pas aux us et coutumes du milieu d'un « métier d'homme » et justifier la discrimination ou les humiliations dont elle est l'objet, en raison du jugement des collègues à son égard. Il sera dès lors aisé de rechercher avant toute forme d'entrée en matière sur sa plainte et toute recherche de responsabilité de l'employeur ou des personnes mises en cause, quels sont les propos, les attitudes ou les comportements réels ou supposés, qui auront pu justifier des actes de harcèlement de la part de ses collègues ou de ses supérieurs.

Si l'on procède à des études minutieusement différenciées afin de donner une définition légale pour chaque forme et surtout, pour chaque mobile de harcèlement, des actes, y compris ceux qui sont perpétrés sans raison apparente, continueront à se dérouler en toute impunité.

En revanche, les différents actes illicites discriminatoires, doivent être mentionnés comme faisant partie, notamment, des actes entrant dans la catégorie du harcèlement, pourvu qu'ils répondent à ses critères (répétition, en particulier). Et ce, quels que soient les mobiles du harceleur ou les causes spécifiques du harcèlement. Ces comportements, perpétrés pour quelque raison que ce soit, restent une atteinte à la personnalité et parfois, l'intégrité physique ou psychique, c'est-à-dire à un bien protégé par le droit. Peu importe au fond que l'on soit harcelé parce qu'on est une femme, parce qu'on est homosexuel, musulman, juif ou que l'on a la peau foncée. Peu importe la personnalité complexe du harceleur, ses motivations profondes ou ses propres difficultés. Le harcèlement dans les relations de travail sous toutes ses formes (tout comme ses conséquences) constitue un acte illicite, prohibé par le droit.

Il faut donc être attentif au fait que les actes de harcèlement ne soient pas, dans l'élaboration de leur définition, trop « disséqués » quant aux mobiles spécifiques qui animent les auteurs. Il s'ensuivrait un risque accru que de tels comportements soient banalisés et, qu'en les considérant ainsi exclusivement du point de vue de harceleur, ils fassent l'objet de multiples faits justificatifs. On pourrait dès lors sans difficulté, alléguer qu'il peut exister de « bonnes » raisons pour harceler l'un de ses semblables, au nom même de la « légitime défense ».

En revanche, en matière de prévention notamment, il n'est pas inutile de s'appuyer sur des études approfondies qui permettent de comprendre les mécanismes complexes du harcèlement. Ainsi, il est possible d'organiser sa prévention dans l'organisation de travail et dans le soin apporté au choix des membres de la hiérarchie et la formation des équipes de façon adaptée à chaque entité professionnelle ou à chaque métier.

Cependant important de savoir qu'en l'état actuel des connaissances et des travaux déjà effectués sur le sujet, invoquer de multiples études psychologiques, statistiques, éventuellement des calculs de probabilités avant de légiférer permet surtout pour certains de différer *sine die* l'élaboration de législations accompagnées de mesures contraignantes adéquates. L'appel insistant à une très grande variété d'études couvrant toutes les disciplines des sciences humaines, permet, en amont, de servir d'alibi pour reporter sans cesse les mesures contraignantes et pour éviter de passer à l'acte.

C. Notion de harcèlement « aggravé »

Un comportement de harcèlement qui consiste en une atteinte à la personnalité, est illicite quelles que soient les raisons qui le motivent. Par analogie avec le droit pénal, on pourrait considérer que certaines motivations pourraient constituer, non des circonstances atténuantes, dans le monde du travail, mais plutôt des circonstances aggravantes. Il peut s'agir par exemple, de faits de harcèlement auxquels s'ajoutent des comportements ou des attitudes discriminatoires qui sont, elles-mêmes, par ailleurs réprimées dans le droit positif des Etats parties (racisme, sexisme, etc.). Par exemple, le fait de s'attaquer à des personnes diminuées physiquement ou psychiquement, le fait de faire courir une rumeur à l'encontre d'une victime particulièrement affaiblie du point de vue social, etc.

Dans le cadre des relations de travail, notamment, les actes de harcèlement sont reconnus comme des comportements illicites et les victimes peuvent recourir à des juridictions supérieures fondées sur des conventions internationales. Par conséquent, on ne voit pas pourquoi ces actes ne seraient pas répertoriés dans l'ordre juridique que constitue l'Union de ces Etats et, en tant que tels, prohibés explicitement par le droit de l'U.E.

D. Discrimination et égalité de traitement

Il serait logique, pour assurer l'égalité de traitement entre tous les citoyens et toutes les citoyennes de l'UE, « d'aider » -d'une manière autre que financière- les Etats nouvellement entrés et « convalescents » des dictatures communistes dans leur marche vers la démocratie et les droits humains. L'on sait que ces Etats ont encore beaucoup de difficultés avec la mise en œuvre des principes tels que, en particulier les art. 3 et 6 CESDH⁶⁸⁹, en particulier.

Il est certainement plus logique d'inverser les termes de la proposition : maintenant que l'on connaît le phénomène (même s'il est toujours possible d'approfondir une étude et de l'actualiser), l'ampleur des dégâts qu'il cause, tout comme le caractère illicite de ses manifestations, pourquoi ne pas se doter d'instruments efficaces pour lutter contre ce que tout le monde appelle un fléau? Cela permettrait enfin de ne pas sous-estimer le problème, en prévoyant ses effets et en remédiant à ses consé-

⁶⁸⁹ CESDH, art. 3, 6.

quences, en utilisant des instruments juridiques ainsi que des procédures judiciaires légitimées sous forme de bases légales, mis à la disposition de toutes les victimes justiciables dans les Etats membres.

2. Questions de procédure

A. Législation et jurisprudence

En cas de nécessité d'une action judiciaire, les victimes ignorent souvent ce que la procédure implique et elles sont en général terrorisées à l'idée de s'engager dans cette voie.

Il peut aussi arriver, au contraire, qu'elles engagent une action judiciaire sans en connaître les véritables implications pour des faits qui ne relèvent pas du harcèlement mais des dysfonctionnements au sein de l'entreprise. Même de graves dysfonctionnements ne relèvent pas forcément du harcèlement, loin s'en faut. Des actions menées de manière téméraire peuvent avoir sur la victime, tout comme sur les présumés agresseurs les mêmes effets que le harcèlement. Mais, en l'absence d'enquête interne approfondie par des personnes formées qui connaissent la culture de l'entreprise ou du service, les procédures juridiques et judiciaires en vigueur et qui ont un véritable pouvoir d'investigation et d'instruction, les victimes sont encore laissées pour compte, avec leur souffrance et leur impuissance à faire reconnaître celle-ci. En l'absence d'enquête, il arrive même que de présumés auteurs, mis en cause à tort, ne voient jamais leur innocence reconnue et leur honneur blanchi.

Selon la législation de l'Etat concerné et les juridictions compétentes en la matière, l'établissement des faits et la charge de la preuve sont soit à la charge du plaignant, soit de l'Etat, si elles relèvent, dans le cadre d'une procédure d'office ou sur plainte, d'un magistrat instructeur, d'un procureur ou d'un service spécialisé. Ces disparités consacrent de très grandes inégalités entre les citoyens et citoyennes de l'UE.

Sans l'appui d'une législation, qui commence par définir précisément ce que l'on entend par harcèlement psychologique ou sexuel, et en quoi consiste la réalisation de leurs éléments constitutifs, la partie plaignante peut difficilement défendre ses droits. Il convient d'insister également sur le fait que la partie défenderesse ne peut pas non plus défendre efficacement les siens propres. Pourtant, il en va autant de la prévisibilité du droit que de la sécurité juridique.

Il est vrai que la jurisprudence de l'UE⁶⁹⁰ peut statuer sur le fondement des législations existantes⁶⁹¹, mais l'opportunité d'une législation appropriée permettant l'action en justice doit se fonder sur une base légale au niveau européen. Tous les Etats membres ne disposent pas en effet de textes spécifiques dans le domaine du harcèlement au travail. Cette législation doit prévoir, dans le cas du harcèlement, outre une définition du comportement prohibé, l'étendue de la protection requise de

⁶⁹⁰ Voir lexicque : « CJCE ».

⁶⁹¹ Telles que les législations nationales ou européennes et par exemple, la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (*JO, 2000/C 364/01 du 18.12.2000*).

la part les Etats membres, ainsi que les garanties de procédure dont puisse se réclamer le justiciable. Pour que cette protection ait véritablement un sens, une procédure simple et gratuite⁶⁹² doit être à la disposition des victimes, qui les encourage à faire valoir leurs droits, comme c'est le cas pour la LEg⁶⁹³ en Suisse.

Cela permettrait à la fois que les victimes osent déposer plainte et que, les entreprises ou les administrations -dans le cadre de la fonction publique- prennent en amont de véritables mesures de prévention. Ceci pourrait être réalisé, au minimum, dans un esprit de simple rationalité. Les « coûts » étant le maître mot de la gestion privée et le devenant également en matière de gestion publique, les employeurs auraient sans doute intérêt à envisager, en amont, les dépenses engendrées par les procédures judiciaires ou les décisions de justice qui pourraient leur être défavorables.

Des mesures de prévention permettraient également d'éviter des actions infondées ou des abus de droit. Des dispositions de cet ordre au sein de l'entreprise contribueraient à éviter des actions parfois tardives, mal menées dès l'ouverture de la procédure (et même parfois en amont), comme c'est souvent le cas en matière de harcèlement. Il s'agit quelquefois d'actions souvent désespérées et « jusqu'au-boutistes », qui se terminent toujours par l'exclusion de la personne plaignante. Celle-ci finit épuisée par les difficultés d'ordre professionnel, autant que par des années de procédure éprouvantes, dont le résultat est aléatoire. Le temps qui passe dans l'incertitude et les tracasseries est chaque jour plus lourd à porter pour les victimes.

B. Législation et pouvoir d'investigation

Il n'est pas possible de déterminer l'existence de faits de harcèlement sans enquête complète et un pouvoir d'investigation efficace et respectueux des droits fondamentaux de toutes les parties⁶⁹⁴. Ceci n'est possible que si l'autorité chargée de l'enquête est investie d'un pouvoir contraignant, fondé sur une base légale. Il faut en effet, que les différents protagonistes acceptent de répondre aux questions et de se soumettre en toute bonne foi aux contrôles menés. Ils doivent accepter de témoigner, de fournir les pièces requises par l'autorité chargée de l'enquête qui déterminera s'il y a eu ou non harcèlement et quels en sont les auteurs. Il serait également souhai-

⁶⁹² Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (JO, 2000/C 364/01 du 18.12.2000), sur la question de la procédure d'accès aux voies juridictionnelles, *passim*.

⁶⁹³ LEg, notamment art. 2, selon lequel « *Les dispositions de la présente section s'appliquent aux rapports de travail régis par le Code des obligations et par le droit public fédéral, cantonal ou communal* ».

⁶⁹⁴ Je me réfère ici délibérément à *plusieurs* parties : Parties plaignantes a) personne physique victime de harcèlement ou auteur de harcèlement ; ou b) personne morale : employeur public ou privé ayant subi de manière plus ou moins directe les conséquences du harcèlement, ou employeur public ou privé ayant été complice ou auteur de harcèlement. Si l'employeur -personne physique ou morale- est en cause, il lui est impossible d'être juge et partie, sauf à offrir expressément, des garanties de procédure incontestables, notamment l'accès à des recours à tous les niveaux décisionnels.

table qu'à l'instar des obligations des personnes témoignant devant l'autorité judiciaire, des dispositions concernant le faux-témoignage puissent s'appliquer.

Au surplus, sur quels éléments peut-on investiguer de manière impartiale en l'absence de définition d'un comportement fautif ou délictueux qui s'applique *erga omnes*? Sur quel fondement juridique peut se prendre une décision de sanction? A ce stade, il faut bien admettre qu'en l'absence de législation spécifique, incluant une définition des formes de harcèlement, ainsi qu'une procédure ad hoc, il n'est pas possible de travailler dans la légalité. Trop de questions insolubles se posent, qui, si l'on voulait les résoudre se heurteraient au problème cardinal que pose dans notre droit la nécessité de la base légale. En conséquence, il faut être honnête sur le plan intellectuel : soit on souhaite légiférer pour lutter efficacement dans un contexte politique et juridique donné contre le harcèlement, soit on ne veut rien faire, et il vaut mieux le dire honnêtement au lieu de gaspiller le temps et l'argent publics en vaines arguties.

C. Justiciabilité du droit des victimes

Un autre problème se pose du point de vue de la justiciabilité⁶⁹⁵ des droits subjectifs des plaignants ou des victimes de harcèlement. Si l'existence de dispositions internes dépend uniquement du bon vouloir des entreprises et des institutions, sans véritables dispositions contraignantes, incluant une définition du comportement prohibé et l'établissement d'une procédure adéquate, cela revient à dire qu'aucun dispositif n'est réellement mis en place, qui soit susceptible d'encourager, un tant soit peu, les victimes à se défendre.

Dans ce cas, il y a fort à craindre que les personnes qui s'estiment victimes n'osent pas se plaindre ni, le cas échéant, n'osent pas déclencher les voies d'action à leur disposition, le cas échéant, à l'intérieur de l'entreprise. En l'absence d'informations complètes sur leurs droits en la matière, elles ne savent pas s'y prendre ou s'y prennent d'une manière inadéquate qui ne peut que nuire à leurs propres intérêts.

Il arrive que les plaintes déposées au sein de l'entreprise ne soient pas entendues ou, si ces plaintes sont prises en considération, les actions menées par les victimes au sein de l'entreprise ne se concluent pas par une reconnaissance des actes de harcèlement. Partant, il n'existe aucune reconnaissance de l'existence d'un statut de victime, ni d'un éventuel préjudice. La personne plaignante deviendra automatiquement le « mouton noir » de l'entreprise ou du service lorsqu'il s'agit de l'administration.

Quand bien même le bon droit de la victime serait reconnu, on voit mal comment une entreprise publique ou privée -si aucune base légale ne l'y contraint- déciderait de prendre le risque de mener une enquête objective risquant de mettre en lumière ses propres dysfonctionnements. *A fortiori*, il est encore plus invraisemblable que spontanément, elle se sanctionne elle-même en allouant à la victime des indemnités, en réparation d'un éventuel tort moral ou matériel.

⁶⁹⁵ Voir lexicque : « justiciabilité ».

3. Intérêt d'une législation spécifique

A. Lutte contre le harcèlement versus « bon vouloir » des employeurs

Faut-il s'en remettre (comme il ressort de manière sous-jacente de la position de certains intervenants aux débats au sein du Parlement européen) au « bon vouloir » des employeurs ? Ceci ne me semble pas une politique cohérente de la part des instances européennes qui doivent consacrer le respect des droits fondamentaux et assurer leur mise en œuvre.

On ne voit pas pourquoi non plus, en l'absence de définition précise inscrite dans la législation et sans condamnation de comportements définis comme illicites, l'entreprise privée ou publique « pourrait » et même « voudrait » prendre des sanctions, sauf en étant sûr de son fait et en y trouver un intérêt immédiat pour l'image et l'intérêt de l'entreprise.

Il faudrait pour cela que les employeurs regardent en face le phénomène du harcèlement, ses coûts à long terme, et comprennent la nécessité d'agir pour intégrer en priorité les problèmes liés au harcèlement dans leur politique de ressources humaines. Malheureusement, dans les entreprises actuelles, et particulièrement les plus importantes et celles qui auraient, paradoxalement, le plus de moyens, les cadres dirigeants ont des objectifs financiers, économiques et stratégiques à réaliser dans des temps de réaction très courts. Qu'ils aient atteint leurs objectifs ou non, ils sont récompensés ou blâmés (parfois même congédiés avec des indemnités ou cadeaux mirobolants !). Ils sont, de toute façon, remplacés très vite par d'autres qui ne resteront pas non plus longtemps dans la place. La roue tourne, donc, mais les pièces des mécanismes restent en place et finissent par se gripper.

Si l'on refuse de légiférer, il faut alors admettre en toute honnêteté que l'on choisit d'abandonner le sort des victimes potentielles et avérées au bon vouloir des employeurs.

Cette conception du rôle de l'État-gendarme est aujourd'hui obsolète et le rôle de l'État moderne des XX et XXI^{ème} siècles⁶⁹⁶, consiste, au contraire, à préserver la paix du travail en protégeant les plus **faibles** de ses membres, parmi les acteurs de la vie économique. Et n'en déplaît à ceux qui, au nom de la liberté d'entreprendre, réclament de moins en moins d'intervention ou d'existence de l'Etat, ces mesures sont finalement un excellent moyen de protéger la liberté du marché et les lois de la concurrence. En effet, les cadres et les employés de haut niveau et à la forte motivation, dotés de créativité et d'esprit d'initiative ont souvent la possibilité de choisir leur entreprise, autant que d'être choisis par elle. Les entreprises qui montrent qu'elles respectent une législation en vigueur en matière de ressources humaines et de protection de la personnalité auront intérêt à bénéficier des services de ces personnes qualifiées et, de surcroît, si elles ont reçu une culture riche et humaniste, si elle sont

⁶⁹⁶ ROSANVALLON Pierre (1981), *La crise de l'Etat providence*, Paris, Le Seuil, 183 p., *passim* ; KEYNES John Maynard (1936) *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, Cambridge University Press, édition française, Payot, Paris, 1949, 407 p., *passim*.

préoccupées par les considérations éthiques dans les relations de travail. Quelques entreprises publiques ou privées fondent même aujourd'hui -quoique de manière encore timide- une partie de leur publicité et de leur renom sur les excellentes conditions de travail qu'elles offrent à leurs employés, ainsi que la « bonne ambiance » qui règne dans leurs rangs... que ceci soit vrai, ou moins vrai⁶⁹⁷.

C'est donc le signe, malgré tout, que dans une certaine mesure, les lois de l'offre et de la demande ne s'appliquent plus uniquement dans le sens client-entreprise, mais aussi dans le sens employé-employeur. Ce principe n'est bien entendu valable qu'au sein d'une économie de marché dynamique mais qui est cependant l'objet de contrôles étatiques sévères, permettant d'éviter les abus.

En outre, l'on sait qu'il existe aussi de « fausses » plaintes pour harcèlement. Comment un employeur peut-il se défendre contre de telles allégations de manière équitable, sans être contraint d'emblée, à engager un procès coûteux et qui ne manquera pas, quelle que soit l'issue de son procès, de ternir son image ? Dans un souci d'égalité de traitement, il doit pouvoir prendre des sanctions tout en respectant les droits de la défense. En l'état actuel d'absence de législation, un employeur ne peut sanctionner les abus de droit car il ne lui est pas donné, sans que cela soit prévu par la loi, la possibilité d'enquêter ou de nommer un mandataire impartial, aux prérogatives étendues pour mener une enquête. Il est donc indispensable que, dans tous les Etats membres, soit inscrit dans la loi la possibilité et même l'obligation pour les employeurs, de faire diligenter des investigations en cas de plainte. Ces obligations devront, bien entendu, respecter le principe de subsidiarité⁶⁹⁸.

Il conviendrait aussi de prévoir simultanément que, indépendamment d'une enquête au sein de l'entreprise ou du service, la victime ou les victimes aient le choix de saisir l'autorité judiciaire en engageant la responsabilité de l'employeur et en demandant réparation de leur préjudice.

B. Avantages d'une législation européenne

a. Pour le bien-être du personnel

Revenons sur la possibilité de légiférer : on pourrait certes admettre, comme l'affirme Smet, que le recours aux tribunaux est une mauvaise solution (autant pour l'auteur ou les auteurs que pour l'employeur)⁶⁹⁹. Cela signifie que le problème n'a pas pu être réglé en amont, dans le cadre normal de l'organisation de l'entreprise. Admettons d'emblée que cela puisse être une mauvaise solution, d'emblée. Mais si c'est la seule possible pour invoquer ses droits subjectifs, on ne voit pas pourquoi le

⁶⁹⁷ Paradoxalement, la plupart des annonces d'embauche, outre les qualifications académiques ou professionnelles, exigent de façon systématique une résistance quasi-absolue au stress et n'hésitent pas à mentionner, comme qualité personnelle première, l'aptitude à « travailler sous pression ».

⁶⁹⁸ Voir lexicque : « principe de subsidiarité ».

⁶⁹⁹ *Ndla.*

droit au juge, garanti par la CESDH⁷⁰⁰, serait une si aussi mauvaise solution. Le juge est là pour trancher un conflit de manière indépendante et impartiale.

On connaît cependant le problème du harcèlement depuis près de vingt ans maintenant, et certaines de ses causes ont été clairement mises en évidence. Il est donc clair que, ne prendre aucune mesure au niveau législatif ou réglementaire, en ne comptant que sur la bonne volonté de l'employeur, offre aux auteurs de harcèlement la liberté de continuer à maltraiter leurs victimes impunément. Ceci permet aussi à l'entreprise de laisser se gangrener la situation de certaines personnes sans aucune conséquence directe sur la carrière des employés ou des managers auteurs ou complices du harcèlement. Ne pas légiférer, comme cela a été le cas jusqu'à présent, encourage plutôt la poursuite des actes de harcèlement et de toutes sortes de méthodes managériales maltraitantes s'y apparentant, en toute impunité.

b. Pour la santé des entreprises

Les entreprises qui comprennent leur intérêt n'ont sans aucun doute pas besoin de l'aide des parlementaires européens pour gérer leur personnel de manière adéquate. Mais nous savons tous que celles qui portent haut le respect de la personnalité de leurs employés, en particulier en matière de protection contre le harcèlement sous ses différentes formes, sont très minoritaires. C'est bien la situation inverse qui est prédominante, même dans les pays qui possèdent une législation très protectrice en matière de droits des salariés.

Il est vraisemblable que les entreprises qui développent une politique du personnel mettant en œuvre tout ce qui est possible pour éviter les atteintes à la personnalité et à la santé de leurs employé-e-s se heurtent cependant à certains de leurs membres qui ne respectent pas les principes, directives, règlements internes, etc. Si la législation du travail dans l'Etat concerné n'est pas suffisamment élaborée pour permettre aux employeurs d'utiliser des moyens de sanctions, appropriées aux cas de harcèlement, même les meilleures des bonnes volontés sont découragées. De plus, sans protection légale ces mêmes personnes de bonne volonté, elles ont toutes les bonnes raisons de rechigner à agir dans le sens du soutien effectif aux victimes et de la fermeté vis-à-vis des harceleurs.

Le travail de législation des parlementaires nationaux de chaque Etat, mais aussi des parlementaires européens dans le cadre de l'Union, est donc clairement indispensable. Curieusement ce n'est, semble-t-il, pas ce à quoi s'attachent une partie des élus européens, bien au contraire⁷⁰¹.

En ce qui concerne les propositions relatives, par exemple, à des actions de prévention, les avis émis par ceux qui s'opposent à une définition légale et à des procédures contraignantes, ne sont que des suggestions de bon sens, que toute entreprise dirigée par des managers compétents et formés à la problématique des conflits de travail et

⁷⁰⁰ CESDH, art. 6, al. 1, « droit au juge ».

⁷⁰¹ Débats du Mercredi 19 septembre 2001 au Parlement européen, Bruxelles, Harcèlement sur le lieu de travail, et Débats du mercredi 14 janvier 2004 au Parlement européen, Strasbourg, Harcèlement sur le lieu de travail.

du harcèlement, devrait être à même de trouver. Il est assez incompréhensible que l'élaboration d'une réelle politique de prévention d'envergure ne soit pas une des priorités des parlementaires européens compte tenu de l'importance des dégâts causés par le harcèlement et reconnus par tous⁷⁰². Malheureusement, nous savons que les écoles de management ont des priorités autres quant à la formation de leurs élèves et utilisent surtout des outils statistiques et les sciences mathématiques pour expliquer comment augmenter le profit, le chiffre d'affaires, ainsi que les performances et progrès mesurables de l'entreprise et ce, bien-entendu, à court terme. Or, dans le respect de leur individualité et de leur personnalité, les personnes physiques qui travaillent ne sont pas des abstractions qui répondent aux lois implacables des « grands nombres ».

L'intérêt de l'entreprise, d'un point de vue économiquement éthique et équitable, serait de s'assurer du bien-être de son personnel et de pouvoir ainsi compter sur la loyauté, la fidélité, un certain don de soi en échange du respect de sa sécurité économique et de la considération de son employeur.

C. Bien commun et nécessité d'agir

Il est donc indispensable de ne pas différer éternellement la rédaction de définitions et la mise en place de textes contraignants prohibant ces comportements et de leur adjoindre des procédures juridictionnelles idoines.

Que des chercheurs étudient le phénomène et « dissèquent » l'objet d'étude afin de mieux en saisir la complexité, soit.

Mais si l'on attend de tous les Etats membres (dont le nombre s'accroît très vite), qu'ils fassent ce travail ou attendent une étude complète et approfondie sur le sujet avant d'adopter des dispositions législatives pour lutter fermement contre le harcèlement, il faudra certainement patienter encore au moins une décennie, voir deux ou trois...

Ceci n'est pas acceptable, ni du point de vue des victimes, ni même de celui de la bonne marche des entreprises et de la santé de l'économie, ni du point de vue de l'éthique.

V. Dernières avancées du débat

Malgré ce qui semble relever d'un immobilisme bien charpenté, il faut finalement reconnaître que trois points positifs vont ressortir des débats qui se sont tenus depuis le rapport Andersson. Une partie des élus, principalement « à gauche », ont réussi à

⁷⁰² GLASE Anne-Karin (PPE-DE, Allemagne), HERMANGE Marie-Thérèse (PPE, France), PEREZ ALVAREZ Manuel (PPE-DE, Espagne), Débats du Mercredi 19 septembre 2001 au Parlement européen, Bruxelles, Harcèlement sur le lieu de travail ; DIAMANTOPOULOU Anna (Commissaire chargée de l'emploi et des affaires sociales, Grèce), Débat du mercredi 14 janvier 2004 au Parlement européen, Strasbourg, Harcèlement sur le lieu de travail.

définir une stratégie d'action claire. D'une part, l'idée de l'élaboration d'une définition du harcèlement a progressé de manière significative. D'autre part la rédaction d'un Livre vert qui permette de mesurer l'ampleur du problème au niveau de l'Union européenne tout entière. Enfin, la mise en place d'une législation au niveau européen qui mette en cause, en particulier, la responsabilité des entreprises et des Etats.

En dépit de la consciencieuse mauvaise volonté d'un grand nombre d'intervenants que nous avons mise en évidence dans les pages précédentes, notons tout de même quelques avancées intéressantes.

En vue de lutter contre le harcèlement moral et sexuel au travail, le Parlement européen a en effet invité les Etats membres dans sa résolution sur le harcèlement au travail à « revoir, et le cas échéant à compléter leur législation en la matière ainsi qu'à reconsidérer la définition du harcèlement moral de manière à ce qu'elle puisse être uniforme. »⁷⁰³

Malgré les nombreux ralentissements programmés ou en tout cas, provenant d'une frilosité de la part de la Commission et d'un immobilisme de la part de certains groupes parlementaires, on voit que l'idée d'une législation commune, au moins en termes de définition, fait son chemin.

Ces progrès seront vraisemblablement utiles à d'autres Etats, tout particulièrement à ceux qui se joignent nouvellement à ceux de l'Union européenne. Leur législation en matière de droit du travail, tout comme la garantie des libertés et des droits fondamentaux, l'accès au juge, est loin, à ce jour encore, d'être en harmonie avec les autres Etats de l'UE.

La nature de ces débats et les débouchés réels ou simplement envisageables de ceux-ci pourraient également être utiles à la Suisse et à son législateur fédéral. C'est tout récemment, en 2006, qu'il est enfin précisé que la discrimination inclut « le harcèlement et le harcèlement sexuel, ainsi que tout traitement moins favorable reposant sur le rejet de tels comportements par la personne concernée ou sa soumission à ceux-ci. »⁷⁰⁴ Cette directive vise également à protéger les personnes qui, dans leur comportement, réagissent face au harcèlement ou refusent d'en être les complices.

Ce dernier aspect a le grand mérite de permettre de lutter contre la lâcheté ambiante générée par la peur au sein l'entreprise et de favoriser la solidarité entre collègues de travail, face à des comportements prohibés.

1. Accord-cadre sur le harcèlement et la violence au travail

Plus récemment, après 10 mois de négociation, les partenaires sociaux ont finale-

⁷⁰³ DI Martino, HOEL, COOPER, 2003, p. 48.

⁷⁰⁴ Directive 2006/54 CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (*Journal officiel*, L 204, du 26 07. 2006, pp. 23-36), effet au 15.08.2006, transposition : 15.08.2008, au plus tard), art. 33.

ment signé, le 26 avril 2007⁷⁰⁵ un nouvel accord cadre pour lutter contre le harcèlement et la violence au travail. Cet accord-cadre est le sixième signé par les partenaires sociaux européens depuis le début du dialogue social européen, il y a 20 ans. Les négociations ont commencé en janvier 2005, à la suite d'une consultation officielle des partenaires sociaux sur le harcèlement et la violence, émanant de la Commission, comme requis par le Traité⁷⁰⁶ avant la présentation de la législation sociale européenne.

L'issue positive de cette négociation constitue une avancée majeure pour le programme de travail sur le dialogue social européen 2006-2008 et pour les années à venir. Business Europe, l'ETUC, l'UEAPME et le CEEP⁷⁰⁷ sont parvenus à se mettre d'accord sur un texte qui reconnaît sans aucune ambiguïté que les salariés subissent trop souvent sur leur lieu de travail des cas de harcèlement ou de violence et qu'il est du devoir des partenaires sociaux de mettre en place des outils de prévention.

A travers cet accord, les partenaires sociaux européens condamnent fermement le harcèlement et la violence sous toutes leurs formes. Ils reconnaissent que le harcèlement et la violence peuvent potentiellement affecter le lieu de travail de chaque travailleur même si, dans la pratique, certains groupes et secteurs peuvent être plus menacés que d'autres. Le texte prohibe le harcèlement sous toutes ses formes et rappelle le devoir des employeurs de protéger leurs salariés contre de telles situations.

Concrètement, l'accord prévoit l'obligation pour les entreprises de mettre en place des procédures pour gérer efficacement les cas de harcèlement ou de violence au travail. L'accord prévoit entre autres une méthode de prévention, d'identification et de gestion des problèmes de harcèlement et de violence au travail, qui :

- oblige les entreprises à déclarer clairement que le harcèlement et la violence sur le lieu de travail ne sont pas tolérés, et spécifie la procédure à suivre en cas de problèmes ;
- reconnaît que la responsabilité consistant à déterminer, examiner et surveiller les mesures appropriées incombe à l'employeur, en consultation avec les travailleurs et/ou leurs représentants ;
- permet le cas échéant, aux dispositions de l'accord de prendre en compte les cas de violence par des tierces parties. Cette proposition étend le champ de pro-

⁷⁰⁵ Les partenaires sociaux européens signent un accord en vue de lutter contre le harcèlement et la violence au travail, pour l'instant uniquement disponible en anglais : Framework agreement on harassment and violence at work, European social dialogue, 26 avril 2007.

⁷⁰⁶ Traité sur l'Union Européenne et Traité instituant la Communauté européenne, versions consolidées (*Journal officiel de l'Union européenne C 321 E/1 C321 E/1-E/331*), art. 144.

⁷⁰⁷ ETUC/CES, European Trade Union Confederation www.etuc.org, Business Europe, The Confederation of European Business (www.buinessurope.eu), UEAPME European Association of Craft Small and Medium Sized Enterprises (www.ueapme.com), CEEP, European Centre of enterprises with public participation and of enterprises of general economic interest (www.ceep.eu).

tection contre les actes de harcèlement, perpétrés non seulement dans le cadre des relations de travail, mais aussi dans le cadre de l'exécution des tâches, au sens large. Il peut s'agir de personnes extérieures à l'entreprise, tels que, par exemple, les usagers de l'administration en général, parents d'élèves, public, ou usagers des transports, à l'égard des conducteurs de bus, etc.

Cette dernière disposition est particulièrement intéressante car elle étend le champ d'application des faits de harcèlement à de larges situations en rapport avec l'exécution du travail.

A. Chiffres alarmants

Cet accord semble d'autant plus opportun que les résultats de la récente enquête européenne sur les conditions de travail menée par la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail à Dublin sont assez préoccupants. En effet, selon les chiffres de cette enquête, un salarié sur 20 affirme avoir fait l'objet d'actes de harcèlement au cours des 12 derniers mois. La mise en œuvre de cet accord par les Etats membres apparaît donc comme particulièrement urgent.

B. Portée du texte

Très peu normatif, le texte est avant tout un outil de sensibilisation qui devrait permettre aux partenaires sociaux de s'emparer de ce problème délicat au sein des entreprises ou des branches professionnelles. Les organisations signataires ont convenu de mettre en œuvre cet accord au niveau national dans les trois ans. Grâce à lui, ils disposent d'un cadre pragmatique qui gagnera à être adapté dans un second temps aux spécificités de chaque entreprise. Les membres signataires, représentant les partenaires sociaux, se sont engagés à appliquer les dispositions de cet accord autonome avant avril 2010, conformément aux procédures et pratiques spécifiques à la gestion et au travail dans leur pays.

Il est intéressant de noter que dix mois de négociations et l'opiniâtreté, voire la « poigne » de la secrétaire générale adjointe de la CES⁷⁰⁸, Maria Helena André, auront été nécessaires pour harmoniser les points de vue des représentants des salariés et des employeurs. Ces derniers ne contestaient pas la nécessité de mettre en place des outils de prévention, mais ne souhaitaient pas aborder dans cet accord le problème de la violence ou du harcèlement, causé par des personnes extérieures à l'entreprise. Ils portaient en effet du principe, qu'ils ne pouvaient être tenus responsables des dérives de la société. Pour les représentants des employés au contraire, il était inconcevable de signer un accord sur la violence et le harcèlement au travail, sans englober la violence causée par des tiers, par exemple, le cas de la caissière de supermarché qui se fait insulter par un client ou celui du conducteur de bus qui se

⁷⁰⁸ CES : Confédération Européenne des Syndicats, ANDRE Maria Helena en est la secrétaire confédérale de 1992 à 2003, depuis 2003, elle a occupé le poste de secrétaire générale adjointe à la CES.

fait agresser physiquement. C'est donc ce dernier point de vue élargi qui, finalement, a obtenu gain de cause.

2. Définition du harcèlement

Il est indispensable d'appeler tous les problèmes relatifs aux atteintes à la personnalité par leur nom. Il est aussi indispensable d'appeler le harcèlement, « harcèlement », qu'il soit sexuel ou psychologique ou encore d'appeler ce dernier « mobbing ». Il nous a été effectivement savoir de quoi l'on parle et quelles sont les modalités à mettre en œuvre pour éradiquer le fléau et/ou pour reconnaître aux victimes les droits de procédure relatifs à un statut. L'accord cadre que nous venons d'évoquer, bien que très schématique, présente à nos yeux l'immense intérêt de donner une définition du harcèlement⁷⁰⁹. Voici repris ci-après les éléments utiles à notre propos :

« Le harcèlement et la violence sont dus à un comportement inacceptable de la part d'un ou de plusieurs individus, et peut prendre différentes formes, certaines étant plus faciles à identifier que d'autres. L'environnement dans l'entreprise peut influencer l'exposition au harcèlement et à la violence.

Le harcèlement se produit quand un ou plusieurs travailleurs ou cadres sont, de façon répétée et délibérée, maltraité, menacé et/ou humilié, dans des circonstances liées à leur travail.

On parle de violence quand un ou plusieurs travailleurs ou un cadre, sont agressés dans leur environnement de travail.

Le harcèlement et la violence peuvent être perpétrés par un ou plusieurs cadres ou travailleurs, dans le but ou avec pour conséquence de nuire à la dignité du travailleur ou du cadre, d'affecter sa santé ou de créer un environnement de travail hostile.

Diverses formes de harcèlement et de violence peuvent se produire sur le lieu de travail, elles peuvent :

- être de nature physique, psychologique et/ou sexuelle,
- se constituer d'un seul incident ou correspondre à des atteintes systématiques,
- se produire entre collègues, entre supérieurs et subordonnés, ou être le fait d'autres personnes comme les clients, les consommateurs, les patients ou les élèves,
- consister en des atteintes relativement bénignes ou des actes beaucoup plus sérieux y compris des actions criminelles qui peuvent nécessiter l'intervention immédiate des autorités. »

Ces définitions comportent plusieurs éléments d'importance : tout d'abord, le harcèlement est défini comme un **comportement**. Il s'agit donc d'actes ou d'agissements

⁷⁰⁹ Framework agreement on harassment and violence at work, European social dialogue, 26 Avril 2006, 4 p, traduction libre de l'auteur.

qui sont pointés du doigt. Le phénomène de répétition est clairement mentionné et par ailleurs, le caractère délibéré du comportement n'est pas écarté. La complexité du harcèlement et ses caractéristiques multiformes sont mentionnées, ainsi que le fait que les cadres autant que les employés peuvent être victimes de ces comportements. Les comportements réprouvés sont assez bien cernés : il s'agit de maltraitance de manière générale, menaces envers un travailleur ou une travailleuse, et le texte insiste également sur les humiliations. En outre, la responsabilité de l'organisation de l'entreprise n'est pas niée dans le développement de situations propices au développement du harcèlement. Au surplus, le harcèlement est défini par rapport à son caractère objectif (le but visé par l'auteur), autant que par son caractère subjectif (à savoir les conséquences de ces comportements sur la ou les victimes. Pour terminer, la définition admet une **condition alternative**.

Toutefois, ce texte comporte, à mon avis, quelques faiblesses : l'assimilation de la violence et du harcèlement, qui peuvent être distincts, dans leurs manifestations et leur appréciation. La violence physique, mentionnée ci-dessus, si elle peut s'insérer dans une situation de harcèlement, ne doit pas être confondue avec ce comportement. La violence physique, dans le cadre des relations de travail est, de toutes les façons, clairement définissable, facile à cerner et de toute évidence, répréhensible.

- quant au fait qu'un acte unique, puisse, en tant que tel, s'assimiler à du harcèlement, nous avons vu que cette notion était erronée, en contradiction même avec la définition du harcèlement donnée par les dictionnaires⁷¹⁰. L'impact d'un acte unique peut, en revanche, se répercuter comme une onde de choc qui sont autant d'actes ou d'effets répétitifs⁷¹¹. Ces actes, qui ne sont en général, pas commis par la même personne, ont cependant les mêmes effets, voire de plus graves, pour la victime. En outre, comme nous l'avons mentionné au point précédent, la violence, sous quelque forme que ce soit, par exemple (insulte, violence psychologique ou physique, voie de fait ou autre) est répréhensible au plan moral, autrement dit au plan des règles minimales de courtoisie et de vie au sein de l'entreprise, mais aussi au plan pénal⁷¹².

Par ailleurs, une contradiction subsiste : le fait que l'on mentionne précisément le caractère délibéré d'actes précis comme élément de leur définition et condition de leur réalisation permet trop souvent au harceleur d'échapper à sa responsabilité, en niant le caractère délibéré de ses actes. Celui-ci étant très difficile à prouver, il convient de prescrire une autre formulation, qui ne prenne surtout pas en compte, formellement, le caractère délibéré des agressions⁷¹³.

Un amalgame est fait entre ce qui est appelé « des actions criminelles », la violence et les actes de harcèlement. Rien ne précise en l'espèce, à quelles sortes d'action criminelles il est fait allusion. Ceci est d'autant plus confus que l'on ne sait pas si le terme d' « action criminelle » est pris en compte en fonction de son caractère moral

⁷¹⁰ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. I, I.

⁷¹¹ Voir *supra*, le « dénigrement » et « la rumeur », 1^{ère} partie, chap. II, II, et chap. III, I, 5, I. 6 et II. 2.

⁷¹² Voir au plan suisse, à titre d'exemple : CPS, art. 177.

⁷¹³ Voir pour exemples et éléments de comparaison : RCTH, art. 3, et *infra*: 2^{ème} partie, chap. III, III, 3 (droit espagnol), chap. IV, IV, 3 (droit belge) et chap. V, II, 1 (droit français).

au sens usuel du terme, ou bien selon sa définition juridique et donc pénaliste. Cette appréciation dépend alors du sens que chaque législation étatique donne à la qualification de « crime »⁷¹⁴.

3. Livre vert sur la modernisation du droit au travail

Dans le même temps, la commission des affaires sociales réfléchissait à une modernisation et à une uniformisation du droit du travail à l'échelon européen. A cette fin, la Commission a rédigé un Livre vert intitulé « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle »⁷¹⁵. Le député polonais Jacek Protasiewicz est chargé de rédiger un rapport sur ce Livre vert⁷¹⁶.

Les débats au sein de la Commission des affaires sociales du Parlement sur ce Livre vert et le projet de rapport de Jacek Protasiewicz (PPE-DE) sont particulièrement mouvementés⁷¹⁷. 490 amendements, proposant en particulier la suppression de 12 des 21 paragraphes, ont été déposés contre un projet qui défend ouvertement les contrats atypiques et la déréglementation. Le débat du 11 juillet 2007 a permis d'adopter la version finale du texte qui ne contient, de façon paradoxale, aucune allusion ni au harcèlement moral ni au harcèlement sexuel⁷¹⁸.

Au contraire de la lutte contre le harcèlement moral, prônant la « liberté », une certaine « permissivité » à l'égard des entreprises, la volonté de la Commission d'avancer rapidement dans la lutte contre le harcèlement sexuel, apparaît cette fois comme ferme et déterminée.

Nous avons vu⁷¹⁹ que la fragilisation des employés sur le plan social, syndical ou dans le cadre de discrimination de genre, favorisait l'éclosion du harcèlement et permettait à ce phénomène de se développer et de se reproduire avec plus de facilité que lorsque des freins sociaux, institutionnels ou juridiques existaient. Les contrats atypiques et la déréglementation sont donc de nature à favoriser l'émergence du harcèlement et rendent la lutte contre ce phénomène et ses manifestations plus difficiles.

⁷¹⁴ Voir pour exemple : CPS art. 10, *Code pénal – Code de procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2008, 5292 p., art. 111-1, 111-2, 111-3, 222-33, 222-33-1, 222-33-2.

⁷¹⁵ Livre vert : Moderniser le droit du travail nécessaire pour relever les défis du XXI^{ème} siècle, du 22 novembre 2006, Bruxelles, Commission des communautés européennes, COM (2006) 708 final, *passim*.

⁷¹⁶ Projet de rapport sur la modernisation du droit du travail pour relever les défis du XXI^{ème} siècle, du 17 avril 2007, Commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, Rapporteur : PROTASIEWICZ Jacek, 2007-2023(INI), PR\659979FR.doc, PE 386.608v01-00.

⁷¹⁷ Conférence-débat sur le Livre vert "Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle", du 15 février 2007.

⁷¹⁸ Résolution du Parlement européen sur la modernisation du droit du travail nécessaire pour relever les défis du XXI^{ème} siècle, du 11 juillet 2007, Bruxelles, A6-0247/2007 / P6-TA-PROV(2007)0339, *passim*.

⁷¹⁹ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. III, II.

Certains pays de l'Union tels que par exemple, la Pologne ont manifesté des tendances ultra-libérales qui visent à offrir une grande liberté aux entreprises en matière de contrat de travail et à s'opposer à une réglementation qui, par essence, a pour but de limiter la liberté de l'employeur⁷²⁰, c'est ainsi que l'on favorise la précarisation des plus faibles de ses employé-e-s. Avec l'ouverture des frontières, les employés risquent, en l'absence de réglementation, de voir leurs conditions de travail et partant, leur statut social et leurs conditions de vie varier considérablement selon le pays dans lequel ils exportent leur force de travail.

Cette remarque vaut également pour les employés des différents Etats : certains offrent et offriront des conditions de travail, des plans de carrières et des prestations sociales très favorables. D'autres, mettant en avant et fondant leur action, sur les principes du *new public management*, prônent aussi au sein de leurs fonctions publiques une déréglementation qui risque d'autant plus de favoriser et de banaliser le harcèlement, qu'elle se développera au sein d'une grande structure⁷²¹.

Les tendances idéologiques et économiques tout comme les prises de position qu'elles engendrent sont dangereuses, car elles rendent la lutte contre le harcèlement au travail impossible à mener.

Dans un système de liberté économique, il faut établir un contre-pouvoir à la toute puissance de l'entreprise privée, ou même de l'entreprise publique, « bras armé » des intérêts de l'Etat. Des contre-pouvoirs existent (les syndicats, commissions de sécurité, association du personnel et même les Services d'inspection du travail). Il faut toutefois des législations claires et concises, ainsi que des mesures contraignantes qui les accompagnent, pour que ces contre-pouvoirs puissent fonctionner démocratiquement. Ceci est vrai, que les relations de travail soient exclusivement fondées sur le droit public, ou qu'elles trouvent leur inspiration dans le droit privé.

Si les employeurs, privés ou publics, n'ont rien à se reprocher dans le domaine des atteintes à la personnalité, ils n'ont rien à craindre d'une législation raisonnable, qui prendra en compte leur point de vue et leurs intérêts qu'ils seront aussi, bien sûr, en droit de défendre pied à pied.

⁷²⁰ DANILOWICZ Richard (2005) « La colonisation ultralibérale de la Pologne », in: *Démocratie et socialisme*, mensuel du Parti Socialiste français, 24 mai, pp. 1-4 ;

RUSIN Philippe (2007) « Pologne « libérale » versus Pologne « solidaire » Les deux facettes de la transition vers l'économie de marché », in : *Etudes du CEFRES* (Centre français de recherches sociales), n° 9, janvier 2007, pp. 1-31.

⁷²¹ WENNUBST Gabriella (1999), *Le mobbing (ou harcèlement psychologique) analysé sur le lieu de travail.*- Lausanne, Editions réalités sociales, 248 p., p. 68, sur le rapport entre la fréquence du mobbing et les caractéristiques de forte hiérarchisation de la structure de l'entreprise.

Chapitre III. Le droit espagnol en matière de harcèlement

La législation espagnole en matière de harcèlement moral et sexuel est intéressante à plusieurs égards⁷²². Dans le cadre des relations de travail, L'Espagne a édicté trois lois (au sens formel), posant l'interdiction du harcèlement. Il s'agit de la *Loi sur le Statut des travailleurs*⁷²³, complétée par son *Décret d'application en matière de sanctions*⁷²⁴, et de la *Loi sur la Fonction publique*⁷²⁵.

Ces dispositions visent non seulement à lutter contre l'apparition des comportements de harcèlement et aux conséquences de la commission de ces actes, mais aussi à sanctionner le comportement des auteurs, ainsi que celui des employeurs qui tolèrent ces abus, ou les deux simultanément.

Le *Code pénal espagnol* sanctionne d'une peine d'emprisonnement les atteintes à l'intégrité morale ou sexuelle dans le cadre des relations privées notamment⁷²⁶.

⁷²² Les sources des textes législatifs ci-après mentionnés dans le présent chapitre sont référencés à partir du site Internet officiel du Gouvernement espagnol intitulé « Boletín Oficial del Estado » ou « BOE ». Le « BOE » est l'équivalent du « M.B. », du « Bulletin officiel de la République française, ou encore de notre « Recueil systématique du droit fédéral », RS.

⁷²³ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (*BOE n° 75 du 29/03/1995, pp. 9654-9688*), appelée librement par l'auteure « Loi sur le Statut des travailleurs » par opposition à la « Loi sur la Fonction publique » et la « Loi pénale », le Code pénal espagnol.

⁷²⁴ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (*BOE n° 189 du 8/08/2000, pp. 28285-28300*), *passim*, appelée librement par l'auteure « Décret d'application en matière de sanctions ».

⁷²⁵ Ley de funcionarios civiles del Estado/Texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero (Incluye la modificación introducida por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre) por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (*BOE n° 40 du 15/2/1964*), *passim*, appelé librement par l'auteure « Loi sur la Fonction publique ».

⁷²⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (*BOE n° 281 du 24/11/1995, pp. 33987-34058*), art. 169 et 184, appelée librement par l'auteure « Code pénal espagnol ».

I. Loi sur le Statut des travailleurs et Décret d'application en matière de sanctions dans l'ordre social

1. Généralités

La *Loi sur le Statut des travailleurs* « *Estatuto de los Trabajadores* »⁷²⁷ prévoit les droits et obligations contractuelles des employeurs et de leurs employé-e-s. Ce texte précise notamment quelles sont les règles spécifiques de protection des employés. Son Décret d'application⁷²⁸ prévoit, quant à lui, des sanctions administratives relatives aux manquements et aux infractions à dite loi.

Le harcèlement est considéré comme une infraction aux dispositions sur le travail et, de surcroît, comme une « infraction très grave »⁷²⁹, au regard de l'échelle inscrite dans la loi, en raison de la nature des droits auxquels il est porté atteinte⁷³⁰. A ce titre, le harcèlement sexuel et les comportements relevant du harcèlement moral en général, peuvent être également l'objet de mesures administratives⁷³¹. Le harcèlement moral ou psychologique n'est pas mentionné en tant que tel mais en tant qu'« *actes de l'employeur qui seraient contraires au respect de l'intimité et à la considération due à la dignité des travailleurs.* »⁷³²

Je ne m'attarderai pas sur les différences entre les diverses fonctions publiques de l'Etat central espagnol, ni celles des fonctions publiques provinciales⁷³³. Il existe des dispositions particulières à chaque administration. Néanmoins, ces dernières se sont dotées de législations visant à se mettre en accord avec les dispositions du droit supérieur et à garantir un minimum de droits à leurs employés⁷³⁴.

⁷²⁷ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, incorporando las modificaciones introducidas por la misma así como las efectuadas por las disposiciones legales que enumera (*BOE n° 64 du 14/03/1984*), Loi sur le Statut des travailleurs.

⁷²⁸ Décret d'application en matière de sanctions, *passim*.

⁷²⁹ *Id.*, art. 8, *al.* 11, 13 et 13 *bis*.

⁷³⁰ *Ibid.*, art. 1, *al.* 3.

⁷³¹ *Ibid.*, art. 8, *al.* 11-13.

⁷³² Traduction libre de l'auteure.

⁷³³ Exemple : Comunidad Autónoma de Cataluña, Ley 8/1997, de 23 de junio, por la que se autoriza la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública (*BOE n° 181 du 30/7/1997, p. 23297*), Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, de la Diputación General de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón (*BOA Número 39, pp. 04230-04245*), ainsi que le chapitre ci-après consacré à la fonction publique de l'Etat central espagnol (voir *infra*, 2^{ème} partie, chap. III, II).

Le BOA est le « Bulletin officiel de la province d'Aragon », équivalent, du point de vue de la hiérarchie des normes, à l'un nos recueils de droits cantonaux.

⁷³⁴ Voir *supra*, 2^{ème} partie, chap. I.II, Dispositions du droit de l'Union Européenne, ainsi que la Constitution espagnole et le Code pénal (voir aussi *infra*, 2^{ème} partie, chap. III, III, 3).

2. Champ d'application

A. Rapports de droit privé ou rapports de droit de la Fonction publique

Le champ d'application des deux textes légaux susmentionnés s'étend aux employeurs, personnes physiques et morales, aux agences de travail d'intérim, à toutes les entreprises, sociétés, etc., qu'elles emploient du personnel temporaire ou permanent⁷³⁵.

Ces dispositions s'appliquent donc de manière très large aux employeurs tenus de garantir la protection des employés dans les branches de l'activité privée souvent la moins réglementée. Quant au personnel employé, ces dispositions concernent aussi un très large éventail de catégories professionnelles, y compris celles qui, trop souvent, sont oubliées des dispositions protectrices, telles que le personnel intérimaire, par exemple, qui peuvent être l'objet d'une double précarisation.

En principe également, selon l'étendue du champ d'application de dite loi, d'autres catégories de personnes, au statut parfois encore plus précaire (stagiaires, apprentis, selon la législation en vigueur les concernant) bénéficie d'une protection relative à ces dispositions. De même, certains personnels, comme le personnel d'entretien, dont l'employeur est souvent un prestataire de services pour une entreprise donnée, bénéficient d'une protection au même titre que les autres.

En revanche, ces dispositions excluent de leur champ d'application les acteurs de la fonction publique étatique, des fonctions publiques provinciales ou les personnes au service de l'Etat et, de manière générale, toutes les personnes dont les relations de travail avec leur employeur sont régies par une loi spécifique. Cette exclusion s'applique, pour les deux lois précitées, tant du point de vue des prescriptions édictées, que des sanctions prévues en cas de non respect des règles⁷³⁶. Toutefois, nous verrons que la Fonction publique dispose de ses propres règles concernant le traitement du harcèlement dans le cadre des relations de travail⁷³⁷.

B. Responsabilité des employeurs ou des employés au sein de l'entreprise

La Loi sur le Statut des travailleurs⁷³⁸, étend son champ d'application aux employeurs comme aux travailleurs.

⁷³⁵ Décret d'application en matière de sanctions, art. 2.

⁷³⁶ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE n° 75 du 29/03/1995, pp. 9654-9688), art. 1 al. 3, litt. a.

⁷³⁷ Voir *infra*, 2^{ème} partie, chap. III, II.

⁷³⁸ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE n° 75 du 29/03/1995, pp. 9654-9688), art. 1.

En revanche, le Décret d'application en matière de sanctions⁷³⁹, est applicable uniquement aux employeurs en matière de comportements que l'on peut assimiler au harcèlement psychologique et sexuel. Le pouvoir de sanction est dévolu à une autorité administrative : l'Inspection du travail et de la Sécurité sociale⁷⁴⁰.

En matière de sanctions exercées à l'encontre de l'employeur⁷⁴¹, ces dispositions renvoient à la Loi de prévention des risques liés au travail⁷⁴² qui vient compléter les lois précédemment citées.

Ce texte indique, dans son article 24, *al.* 3, que les entreprises qui sous-traitent leurs services doivent être vigilantes quant aux mesures de protection et de prévention des entreprises sous-traitantes avec lesquelles elles ont contracté.

Le harcèlement psychologique n'est pas mentionné explicitement dans ce texte. Néanmoins, plusieurs comportements relevant de faits de harcèlement sont qualifiés d'infractions très graves. Il s'agit du fait d'affecter des travailleurs à des postes de travail dont les conditions d'exercice sont incompatibles avec leurs caractéristiques personnelles ou leurs exigences psychologiques et physiques. Notamment, il est fait référence à des exigences de tâches qui ne prennent pas en compte les capacités professionnelles et ne respectent pas la santé et la sécurité au travail.

Il s'agit encore de ne pas rendre compte, selon les formes prescrites par les dispositions en vigueur, à l'autorité de surveillance du travail des accidents de travail ou de certaines maladies professionnelles, ou de ne pas mener à terme une investigation si se produisent des atteintes à la santé des travailleurs, ou encore du fait qu'il existe des présomptions que les mesures préventives étaient insuffisantes. Sont également visés des comportements de l'employeur contraires au respect de l'intimité et à la considération due à la dignité des travailleurs.

De même, les décisions unilatérales de l'employeur qui impliquent une forme de discrimination font l'objet de sanctions. Ces comportements sont qualifiés également d'« infractions très graves ».

Quant au harcèlement sexuel, il est mentionné comme tel et fait également l'objet d'une qualification d'« infraction très grave »⁷⁴³.

Au titre des dispositions précitées et de leur champ d'application, les actes de harcèlement sexuel, même s'ils sont perpétrés par un tiers, peuvent engager la responsabilité de l'employeur. Il n'est pas prévu que le travailleur auteur de faits de harcèlement soit l'objet de sanctions. On peut déduire de ceci et des dispositions susmentionnées que c'est à l'employeur d'utiliser son pouvoir de direction⁷⁴⁴ pour éviter que le harcèlement ne se produise entre les employés et que, le cas échéant, il soit sanctionne la personne fautive.

⁷³⁹ Décret d'application en matière de sanctions, art. 2. 5 *al.* 1, 8, 11-13 *bis*.

⁷⁴⁰ *Id.*, art. 48, *al.* 1.

⁷⁴¹ *Ibid.*, art. 40.

⁷⁴² Traduction libre de l'auteure, Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (*BOE n° 269 du 10/11/1995, pp. 32590-32611*), art. 24, *al.* 3.

⁷⁴³ Décret d'application en matière de sanctions, art. 8, *al.* 3, 7, 11-13.

⁷⁴⁴ *Id.*, art. 7.

Ces dispositions ne s'appliquent pas de manière répressive aux employé-e-s⁷⁴⁵. Cependant, nous verrons au cours de ce chapitre qu'il existe une loi pénale qui réprime le harcèlement au niveau des relations privées, et qui s'applique également, avec une rigueur particulière, dans le cadre des relations de travail. Ces dispositions pénales s'appliquent, en ce qui concerne les personnes physiques, *erga omnes*⁷⁴⁶.

3. Définitions

A. Le harcèlement psychologique

Afin de cerner les notions que revêt le terme de « harcèlement » en droit espagnol, nous nous fonderons sur les définitions données par les dictionnaires unilingues de la langue espagnole et bilingue français-espagnol⁷⁴⁷.

Le dictionnaire Larousse bilingue français-espagnol / espagnol-français, donne pour « harcèlement », la traduction de « acoso ». Cet ouvrage considère également le terme français de « traque »⁷⁴⁸, comme équivalent à « harcèlement ».

Le dictionnaire unilingue de l'Académie royale⁷⁴⁹ donne pour le verbe « acosar » (harceler), la définition suivante :

« *Perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona* », c'est-à-dire : poursuivre, sans lui laisser ni trêve ni repos, un animal ou une personne⁷⁵⁰.

Au sens figuré, le verbe « acosar » signifie :

« *Perseguir, fatigar, importunar a alguno con molestias o trabajos.* », soit : épuiser importuner quelqu'un par des désagréments et des tracasseries.

Il s'agit d'une notion comparable à celle que nous avons dégagée dans la langue française⁷⁵¹: agressions sans trêve, accompagnées de la notion de répétition et

⁷⁴⁵ Décret d'application en matière de sanctions, art. 2 *al.* 3.

⁷⁴⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (*BOE n° 281 du 24/11/1995, pp. 33987-34058*), art. 318 ; dans le cas d'infractions commises par des personnes morales, l'incrimination existe et les peines prévues seront infligées aux administrateurs ou chefs de service jugés responsables, et qui, en connaissance de cause, alors qu'ils avaient le pouvoir d'y remédier, n'ont pas adopté les mesures adéquates.

⁷⁴⁷ GARCIA PELAYO Y GROSS, Ramón et TESTAS, Jean, DURAND Micheline (2007), *Dictionnaire français-espagnol/espagnol-français*, Paris, Editions Larousse, « acoso ».

⁷⁴⁸ *Id.*, « traque ».

⁷⁴⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1984), *Diccionario de la lengua española/Vigésima edición*, Madrid, 1984 (2 tomes), « acosar ».

⁷⁵⁰ Traduction libre de l'auteure.

⁷⁵¹ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. II, III, 2.

d'acharnement, ce qui correspond à une forme de « traque », et à la notion de harcèlement, telle que nous l'avons déterminée en première partie de cet ouvrage⁷⁵².

Le Dictionnaire encyclopédique de la langue espagnole⁷⁵³, est plus précis :

- «1. *Perseguir con insistencia a un animal o a una persona, sin darle tregua ni reposo, apurándole y estrechándole.*
2. *Perseguir y fatigar a una persona, ocasionándole molestias* »

Ce qui signifie : pour la première acception :

« *Poursuivre un animal ou une personne avec insistance, sans trêve ni repos, en la pressant et l'acculant.* »⁷⁵⁴

Pour la deuxième acception :

« *Poursuivre et malmener une personne, en lui occasionnant des tracasseries.* »⁷⁵⁵

Cette deuxième définition présente un intérêt certain pour l'analyse juridique, au sens où elle qualifie de manière précise les actes de harcèlement. De surcroît, elle s'attache à la manière dont sont perpétrés les actes de harcèlement et à leurs effets sur la victime.

Dans les précédentes définitions des dictionnaires espagnols, nous retrouvons les notions que nous avons développées en 1^{ère} partie :

- l'action « objective », perpétrée par l'agresseur : « talonner, acculer » ;
- le résultat « subjectif », à savoir, les conséquences sur la victime, avec l'idée de « pousser à bout », et « qui a pour résultat d'occasionner du tracasseries. »

L'expression « pousser à bout » implique, comme conséquence inéluctable que la victime qui « n'en peut plus », risque, par une relation de cause à effet, de se comporter d'une manière déraisonnable très souvent excessive.

Cet élément de définition à caractère général, qui n'a pas a priori de portée juridique, est cependant fort intéressant pour la qualification des faits de harcèlement et, par tant, pour l'analyse juridique. Nous avons préalablement mis en évidence que la victime excédée, « poussée à bout », par les conséquences des actes de harcèlement, est en effet souvent accusée d'adopter un comportement inadéquat ou disproportionné par rapport à l'attaque ou aux attaques dont elle se sent la victime.

Un tel comportement, défensif et parfois agressif de la part de la victime permet le plus souvent de justifier de nouvelles agressions ou des représailles. Il est ainsi d'autant plus aisé pour l'agresseur (employeur ou collègue), de construire sa défense en invoquant la légitimité de sa réaction face au comportement déraisonnable, stu-

⁷⁵² Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. II.

⁷⁵³ SOPENA Ramón (1988), *Diccionario enciclopédico ilustrado*, Barcelona, Editorial Ramón Sopena (5 tomes).

⁷⁵⁴ Traduction libre de l'auteur.

⁷⁵⁵ Traduction libre de l'auteur.

pide ou agressif, et parfaitement inadéquat de la victime. C'est souvent à ce moment-là que l'agresseur parvient à prendre définitivement l'avantage en se proclamant lui-même victime, renversant ainsi les rôles de manière parfois insoupçonnable mais spectaculaire.

On voit que la notion de harcèlement en espagnol est la même que celle qui avait été dégagée dans la langue française⁷⁵⁶, mais que s'y adjoint un élément supplémentaire et particulièrement utile à la compréhension globale du phénomène, à savoir, la mention des conséquences des éventuels comportements à l'égard de la victime.

Une recherche lexicographique plus approfondie dans la langue espagnole m'a permis de relever d'autres éléments de définition qui viennent compléter ce qui vient d'être mentionné. S'il est vrai que la théorie du sens prévaut, chaque langue exprime, dans sa capacité à élaborer des métaphores, une vision du monde qui lui est propre. À ce titre, il est intéressant parfois de musarder dans les différents outils linguistiques que sont les dictionnaires unilingues. Parmi la profusion de synonymes que la langue espagnole connaît pour le verbe « acosar », harceler, j'ai relevé deux expressions idiomatiques qui me paraissent dignes d'être mentionnées ici.

L'une « pisar los talones », mentionnée comme « dialectal »⁷⁵⁷, signifie, non pas « marcher sur les talons » au sens de « suivre quelqu'un » ou « marcher dans ses pas » (comme on pourrait le penser) mais « marcher **sur** les talons », au sens propre ; c'est-à-dire écraser, piétiner les talons de quelqu'un, ce qui relève d'un acharnement confinant à l'impossibilité physique, au non-sens. La seconde expression que je souhaite mentionner est encore plus significative : « No dejar ni a sol ni a sombra »⁷⁵⁸. Ceci signifie littéralement ne pas laisser quelqu'un « ni au soleil, ni à l'ombre ». Nous pénétrons donc ici dans un monde qui défie les lois mêmes de la nature. C'est l'impossibilité même d'exister qui précipite la victime, sous pression incessante de son harceleur, dans le monde de l'anéantissement psychique, voire de la folie. Dans ces conditions, il est donc difficile d'imaginer que la victime puisse conserver une attitude posée et raisonnable face à une telle torture.

Ces compléments de définition permettent donc d'écarter, en ce qui concerne l'agresseur, d'éventuels éléments justificatifs pour commettre ou avoir commis des actes de harcèlement⁷⁵⁹. Ces acceptions permettent d'emblée de reconnaître la victime comme une personne atteinte dans sa personnalité et sa dignité en raison des conséquences du comportement prohibé. Un comportement adéquat et « irréprochable » en dépit des agressions, n'a donc pas à être requis à tout prix de la victime.

La loi espagnole précise que les travailleurs ont droit, dans le cadre de la relation de travail, au respect de droits minimaux. Parmi ces droits, s'inscrit l'occupation effec-

⁷⁵⁶ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. I, III, 2.

⁷⁵⁷ LOPEZ GARCIA MOLINS, Angel (1985), *Diccionario de sinónimos y antónimos de la lengua española*, Valencia, Editorial Alfredo ORTELLS, S. L., 1114 p. : « acosar ».

⁷⁵⁸ *Id.* : « acosar ».

⁷⁵⁹ Citons par exemple, une réflexion entendue dans le cadre de ma pratique : « Cette personne est tellement pénible que le seul moyen de se débarrasser d'elle était de la mobber ! ».

tive⁷⁶⁰. Comme l'on sait que le harcèlement psychologique se manifeste souvent sous la forme d'une exclusion ou d'une mise à l'écart ou encore d'une occupation inexistante ou sans aucune relation, avec les modalités de la conclusion du contrat de travail.

Font en outre partie de ces droits la promotion et la formation professionnelle, la non-discrimination pour quelque raison que ce soit, le respect de l'intégrité physique et la mise en place d'une politique de sécurité et d'hygiène, ainsi que le respect de son intimité et de sa dignité⁷⁶¹.

La Loi sur le Statut des travailleurs ne parle que de harcèlement sexuel et de harcèlement en général. Si l'interdiction du harcèlement de nature sexuelle y est mentionnée à plusieurs reprises, le harcèlement psychologique ou moral n'y est pas défini en tant que tel. Il conviendra donc de se référer à l'analyse des termes de la définition, donnée par les dictionnaires de la langue espagnole. Ceci présente toutefois une certaine difficulté : les définitions de deux des dictionnaires les plus importants de la langue espagnole diffèrent sensiblement quant à la mention de termes plus précis et plus favorables aux victimes. Or, ces précisions sont indispensables à une juste interprétation juridique.

B. Le harcèlement sexuel

L'art. 18, *al.* 13 du Décret d'application en matière de sanctions mentionne l'interdiction du harcèlement sexuel⁷⁶², lorsqu'il se produit dans le cadre de la sphère d'influence de la direction de l'entreprise, quelle que soit son activité.

Toutefois, ne figure dans dite loi, aucune définition précise du comportement prohibé⁷⁶³. Tout comme le harcèlement moral ou psychologique, il faut définir le harcèlement, lorsqu'il est de nature sexuelle, *a contrario*. C'est en raisonnant par l'affirmation des droits strictement protégés des travailleurs et des travailleuses que l'on peut définir ce qui leur est contraire autrement dit, en quoi consiste le harcèlement sexuel. Ces formes de harcèlement se définissent donc par l'interdiction de comportements de nature à porter atteinte à la personnalité, à l'intégrité physique et à la dignité du travailleur, ainsi qu'à la préservation de son intimité, constituant des biens juridiques protégés par la loi.

Cette absence de définition juridique impose aux autorités chargées d'établir le harcèlement tout comme aux représentants des parties, un raisonnement téléologique. Celui-ci doit être élaboré en fonction de la volonté du législateur, exprimée préalablement à toute rédaction et élaboration textuelle, notamment dans les débats et les

⁷⁶⁰ Loi sur le Statut des travailleurs, qui introduit les modifications décidées par la loi du 29 mars 1995 (*BOE n° 75, 29/03/1995*), art. 4, ch. 2, *litt.* a.

Cette notion s'inscrit dans ce que nous avons mentionné en première partie, l'humiliation et la négation de l'individu que constitue une « mise au placard ». Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. II, III, 2.

⁷⁶¹ *Id.*, art. 4, ch. 2, *litt.* b-d ; voir aussi *infra*, 2^{ème} Partie, chap. III, I, 3, B.

⁷⁶² Décret d'application en matière de sanctions, art. 8, ch. 13.

⁷⁶³ Loi sur le Statut des travailleurs, art. 4 *litt.* c-e.

textes préliminaires. Cette imprécision laisse trop de place à l'interprétation personnelle. En conséquence, les décisions prises par la hiérarchie de l'entreprise, les autorités administratives ou judiciaires, risquent de faire l'objet d'incompréhension de la part des victimes déclarées comme telles, tout comme des auteurs présumés de harcèlement psychologique ou sexuel.

Dans les dispositions relatives aux relations de travail de la Loi sur le Statut des travailleurs⁷⁶⁴, le terme de harcèlement sexuel figure, sans aucun autre élément de définition, ni sans aucune autre précision d'ordre juridique. Le problème de qualification reste donc entier, tout particulièrement quand on prend en compte les multiples facettes et nuances qu'implique aussi ce comportement.

Toutefois, ces dernières dispositions, sans mentionner le harcèlement sexuel en tant que tel, énoncent comme droit minimal pour les travailleurs le respect de leur intimité et de leur dignité, y compris la protection face à des offenses verbales ou physiques de nature sexuelle⁷⁶⁵.

4. Développement des notions

A. Nature des droits protégés

La loi espagnole précise que le travailleur a le droit de ne souffrir d'aucune discrimination et de faire respecter sa vie privée autant que sa dignité et son intimité⁷⁶⁶. Plus particulièrement, ce texte précise que les travailleurs ont le droit de ne pas être discriminés de manière directe ou indirecte en matière d'accès à l'emploi. Cette disposition s'adresse donc, en particulier, aux agences de placement.

Une fois employés, les travailleurs ne doivent pas non plus être discriminés en raison de leur appartenance sexuelle, de leur âge, leur origine raciale ou ethnique, leur condition sociale, leur religion ou leurs convictions, leurs opinions politiques, leur orientation sexuelle, affiliation ou non affiliation à un syndicat, ainsi qu'en raison d'une appartenance à un groupe ethnolinguistique reconnu par l'Etat espagnol⁷⁶⁷.

En principe, cette interdiction de la discrimination s'étend le cas échéant, au handicap dans la mesure où celui-ci n'est pas incompatible avec l'emploi du travailleur⁷⁶⁸.

Le travailleur ou la travailleuse a droit également à la protection de son intégrité physique, ainsi qu'à une protection effective en matière de sécurité et d'hygiène⁷⁶⁹.

Il ou elle a droit également « à une occupation effective »⁷⁷⁰. Or, l'on sait que le harcèlement se manifeste souvent sous la forme de l'exclusion d'un travailleur, sous

⁷⁶⁴ Décret d'application en matière de sanctions, art. 8, *al.* 13.

⁷⁶⁵ Loi sur le Statut des travailleurs, art. 4, ch. 2, *litt.* e.

⁷⁶⁶ *Id.*, art. 18.

⁷⁶⁷ *Ibid.*, art. 16, *al.* 2.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, art. 4, *al.* 2, *litt.* c.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, art. 19, *al.* 1, 2.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, art. 4, *al.* 2, *litt.* a.

la forme de ce que l'on appelle fréquemment dans le monde du travail une « mise au placard », doré ou non, ou bien encore en donnant à l'employé des tâches insignifiantes et sans aucun intérêt qui vont le dévaloriser à ses yeux et à ceux de ses collègues, ou encore, sans aucun rapport avec sa qualification et ses aptitudes. Cette stratégie de dévalorisation professionnelle, qui accompagne en général une volonté affichée de mise à l'écart, constitue l'une des composantes du harcèlement psychologique. L'article précité a donc toute sa place dans l'ensemble des droits protégeant la personnalité du travailleur.

C'est donc de l'ensemble de ces droits protégés, que découle, *a contrario*, l'interdiction pour toute personne d'y porter atteinte.

B. Approche d'une définition juridique du harcèlement sexuel

Jusqu'à présent le harcèlement sexuel ne fait pas non plus l'objet d'une définition particulière dans les textes susmentionnés. On peut toutefois cerner cette notion par l'interdiction de la discrimination de genre, la discrimination sous toutes ses formes, la protection de l'intégrité morale et de la sphère privée, ainsi que de l'obligation de respecter les droits fondamentaux reconnus par la Constitution espagnole⁷⁷¹.

Dans le cadre des relations de travail, le Décret d'application en matière de sanctions mentionne explicitement que toute personne a un droit subjectif au respect de son intimité et à la considération due à sa dignité, y compris la protection contre des attaques verbales ou physiques de nature sexuelle. Il est précisé que toute personne est protégée, plus spécialement contre le harcèlement perpétré en raison de déficiences d'ordre physique, psychique ou sensoriel, les questions liées à l'âge ou à l'orientation sexuelle.

Le terme de harcèlement sexuel figure dans le Décret d'application en matière de sanctions. Figure également une référence à l'interdiction de la discrimination en raison de l'appartenance à un sexe ou à l'autre, ainsi qu'en fonction de l'orientation sexuelle⁷⁷². L'obligation d'égalité de rémunération entre hommes et femmes doit être rigoureusement respectée⁷⁷³.

La protection de certains droits des employé-e-s est donc affirmée dans les deux lois sociales, tout comme l'interdiction de porter atteinte à ces droits. Mais, faute de définition précise inscrite dans ladite loi, la mention de ces comportements illicites, qu'il s'agisse de harcèlement psychologique ou de harcèlement sexuel, ne prend pas en compte suffisamment les multiples formes insidieuses du harcèlement, ni l'ensemble des mécanismes qui, tant en ce qui se réfère au harcèlement psychologique qu'au harcèlement sexuel, consistent souvent à désarçonner la victime « en soufflant le chaud et le froid ».

⁷⁷¹ Constitución Española de 1978 (*BOE n° 311, 29/12/1978, pp. 29315-29424*), *passim*.

⁷⁷² Décret d'application en matière de sanctions, art. 8, *al.* 12-13 bis.

⁷⁷³ *Id.*, art. 28.

Au regard de la notion de harcèlement sexuel ou sexualisé, développée en 1^{ère} partie de cette étude⁷⁷⁴, cette absence de définition claire est juridiquement lacunaire. De plus, on ne peut mesurer avec précision quels sont les intérêts qui déterminent un comportement de harcèlement.

En dépit de cela, un certain nombre de dispositions de la loi concernant la répression de comportements non éthiques, démontrent l'importance que le législateur donne à la protection des droits de la personnalité du travailleur et de la travailleuse, ainsi qu'à l'interdiction de comportements attentatoires à ces droits.

Mais, en raison des multiples renvois *intra legem* et *extra legem* et, partant, du nécessaire décryptage de l'ensemble des dispositions légales, ainsi qu'en l'absence d'un chapitre regroupant spécifiquement l'ensemble des dispositions relatives à la lutte contre le harcèlement, il semble difficile aux victimes d'actionner une réplique cohérente et crédible.

5. Obligations réciproques et responsabilités

A. L'employeur

a. Principe

Le fait pour l'employeur⁷⁷⁵, personne physique ou morale⁷⁷⁶, de contrevenir aux dispositions relatives à la protection des droits des employé-e-s, soit par son action propre, soit parce qu'il a omis d'agir, constitue une « infraction administrative »⁷⁷⁷.

L'art. 8, *al.* 13 et 13 *bis* de la Loi sur le Statut des travailleurs⁷⁷⁸ dispose que le harcèlement sexuel est considéré comme une infraction très grave, quelle que soit la personne qui s'en rend coupable, dans la mesure où les faits se produisent dans la sphère d'influence du pouvoir de direction de l'employeur. Il est prévu que l'employeur, même s'il n'est pas directement auteur des faits de harcèlement, doit faire en sorte d'éviter que les faits de harcèlement ne se produisent, en exerçant son pouvoir de direction et en adoptant les mesures nécessaires.

Sont en outre prévues des dispositions relatives à la nullité du contrat de travail, ainsi qu'à la possibilité pour l'employeur d'user de son pouvoir de direction pour sanctionner les comportements prohibés. Etant donné ce qui précède, il est du devoir de l'employeur d'exercer son pouvoir disciplinaire.

⁷⁷⁴ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. III, I.

⁷⁷⁵ Décret d'application en matière de sanctions, art. 2, *al.* 1.

⁷⁷⁶ *Id.*, art. 2, *al.* 10.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, art. 1, *al.* 1.

⁷⁷⁸ Loi sur le Statut des travailleurs, art. 8, *al.* 13 - 13 *bis*

b. Notion d'infraction à la loi sur le travail

Sont considérées comme infractions administratives dans l'ordre social les actions ou les omissions des personnes entrant dans le champ d'application de cette loi, à savoir essentiellement les employeurs⁷⁷⁹.

Ces infractions sont qualifiées de légères, graves ou très graves, selon la nature de l'obligation enfreinte et du droit bafoué, ainsi que des dispositions de la présente loi en la matière⁷⁸⁰.

Sont considérées comme des infractions très graves :

-les actes de l'employeur contraires au respect de l'intimité et à la considération due à la dignité des travailleurs⁷⁸¹.

-les décisions unilatérales de la part de l'employeur, qui impliquent des discriminations directes ou indirectes, qu'elles soient négatives pour des raisons d'âge ou de handicap, ou qu'elles soient positives ou négatives, en matière de rémunération, de formation, de promotion et de conditions de travail, fondées sur le sexe, l'origine -y compris l'origine raciale ou ethnique⁷⁸²- l'état civil, la condition sociale, la religion ou les convictions, les opinions politiques, l'orientation sexuelle, l'adhésion ou la non adhésion à des syndicats et à ses accords, des liens de parenté avec des travailleurs de l'entreprise, ou encore pour des raisons de discrimination linguistique, à l'encontre de langues régionales reconnues par l'Etat espagnol⁷⁸³.

-la loi qualifie aussi d'infractions très graves, les décisions de l'employeur visant à exercer des mesures de rétorsion en réponse à une réclamation ou à une action en justice ayant pour but d'exiger l'application du principe de l'égalité de traitement et l'absence de discrimination⁷⁸⁴.

-sont en outre qualifiées d'infractions très graves, le fait de ne pas respecter les normes spécifiques en matière de santé et sécurité des mineurs, ainsi que de ne pas respecter le devoir de confidentialité dans le traitement des données relatives à la santé des employé-e-s, tout comme le fait d'affecter des travailleurs à des postes inadaptés à leurs compétences psychologiques et à leurs aptitudes professionnelles,

⁷⁷⁹ Décret d'application en matière de sanctions (*BOE n° 189 du 8/8/2000, p. 28285*), art. 1, *al.* 1. La gravité des autres infractions mentionnées expressément dans ladite loi concerne essentiellement les fausses déclarations aux organismes de sécurité sociale, les manquements à des règles de sécurité précises et l'emploi de travailleurs clandestins.

⁷⁸⁰ *Id.*, art. 1, *al.* 3.

⁷⁸¹ Loi sur le statut des travailleurs (*BOE n° 75 de 29/3/1995, p. 9654*), art. 96, *al.* 11 et art. 8, *al.* 11.

⁷⁸² En dépit des remarques quant à la valeur scientifique et à la réalité que recouvre le terme de « race » et ses dérivés, ces termes sont employés ici car la loi espagnole les mentionne ainsi. Il paraît donc opportun de les reproduire dans le cas de la société et du droit espagnols. Reste à savoir ce que ce terme recouvre comme « identité ethnique » ; les personnes d'origine africaine, Marocains clandestins, les Gitans, etc...

⁷⁸³ Loi sur le statut des travailleurs, art. 96, *al.* 12.

⁷⁸⁴ Décret d'application en matière de sanctions (*BOE n° 189 du 8/08/2000, p. 28285*), art. 8, *al.* 12.

ce qui pourrait mettre leur santé et leur sécurité en danger⁷⁸⁵. Si ces actes ne constituent pas à proprement parler des faits de harcèlement, ils peuvent s'inscrire dans une problématique de harcèlement et de non respect des droits liés à la personnalité et au respect de l'intimité.

Le harcèlement, motivé par l'origine raciale ou ethnique, la religion, les opinions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, dans la mesure où ces faits se produisent dans la sphère d'influence et des possibilités d'action de la direction de l'entreprise est également incriminé et qualifié d'infraction très grave. Et ceci, quel que soit le niveau des protagonistes dans la hiérarchie, pourvu que ces faits soient parvenus à sa connaissance de la direction et que l'entreprise n'ait pas adopté les mesures qui s'imposaient pour y mettre fin⁷⁸⁶.

c. *Quantum des peines*

Au terme de l'instruction et de la procédure administratives prévues en cas de harcèlement⁷⁸⁷, s'il est reconnu auteur de l'infraction ou responsable par omission, l'employeur est passible d'une amende de 3'000 à 90'000 euros⁷⁸⁸. En application du principe *ne bis in idem*, les faits reprochés ne peuvent être sanctionnés qu'une seule fois, soit devant la juridiction administrative, soit devant la juridiction pénale⁷⁸⁹.

La loi de 1995⁷⁹⁰ prévoyait déjà, dans son art. 49, *al.* 5, que les sanctions infligées pour des infractions très graves, une fois entrées en force, seraient rendues publiques⁷⁹¹. En effet, la loi de 1995 s'est encore durcie en 2007⁷⁹², en prévoyant que dans un délai maximum de trois mois après l'entrée en force de la sanction, celle-ci fera l'objet d'une publication dans le Bulletin officiel de l'Etat central ou de la Communauté autonome⁷⁹³. D'autres types de publications sont possibles.

Les données relatives à la publication des sanctions sont très précises. La loi prévoit qu'au minimum doivent être indiqués, le nom ou la raison sociale de l'entreprise

⁷⁸⁵ Décret d'application en matière de sanctions, art. 13, *al.* 2, 4, 5.

⁷⁸⁶ *Id.*, art. 8, *al.* 13 *bis*.

⁷⁸⁷ *Ibid.*, art. 1, *al.* 2.

⁷⁸⁸ *Ibid.*, art. 40, *al.* 1, *litt.* c.

Resolución del 16 de octubre de 2001, de la Subsecretaría, por la que se convierten a euros las cuantías de las sanciones previstas en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (*BOE n° 260 du 30/10/2001, Sec 3 pp. 39636-39636*), *passim*.

⁷⁸⁹ Décret d'application en matière de sanctions, art. 3, *al.* 1.

⁷⁹⁰ Ley 31/1995, de 8 de novembre, de Prevención de Riesgos Laborales (*BOE n° 269, 10/11/1995, pp. 32590-32611*), art. 49, *al.* 5 ; appelée librement par l'auteur : « Loi de prévention des risques au travail ».

⁷⁹¹ Décret d'application en matière de sanctions, art. 40, *al.* 2.

⁷⁹² Real Decreto 597/2007, de 4 de mayo, sobre publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales (*BOE n° 108, 05/05/2007, pp. 19415-19416*), *passim*.

⁷⁹³ Equivalent plus où moins à notre FAO cantonale.

sanctionnée, son secteur d'activité, son domicile social, ainsi que l'infraction sanctionnée. En ce qui concerne les personnes physiques, le numéro de leur carte d'identité nationale et, pour les personnes morales, leur numéro d'identification fiscale. Figurent également toutes les sanctions prononcées à titre principal ou accessoire. Sont également précisées les dates de l'infraction et de l'entrée en force de la décision.

Les sanctions prévues par le droit espagnol sont donc très sévères. Les modalités d'application des sanctions, ainsi que leur publicité sont de nature à assurer une prévention d'une certaine efficacité. Pour ajouter au caractère infamant de l'infraction de harcèlement, la publicité est complète, puisque la création d'un registre recueillant toutes les données concernant les contrevenants est prévue et sa consultation ouverte au public⁷⁹⁴. On peut toutefois se demander, en ce qui concerne les personnes physiques, si la publicité faite à l'infraction n'est pas excessive en ne laissant pas place à l'**oubli**.

B. Les employés en général

a. Résiliation du contrat de travail

Le travailleur peut mettre fin au contrat de travail, sur le fondement du non-respect par son employeur de ses obligations contractuelles⁷⁹⁵. Il appert que les obligations contractuelles de l'employeur recouvrent les éléments suivants : interdiction de la discrimination dans les relations de travail⁷⁹⁶, inviolabilité de la personnalité du travailleur, relatif à la protection des données recueillies sur les employés, ainsi que les mesures relatives à la sécurité et à l'hygiène⁷⁹⁷.

Autrement dit, si un travailleur ou une travailleuse considère qu'il est porté directement atteinte à sa dignité ou à son intégrité par la commission d'actes par l'employeur ou par d'autres personnes, et que l'employeur ne prend aucune mesure pour faire cesser l'atteinte, le travailleur est en droit de résilier unilatéralement son contrat de travail. Un problème majeur surgit cependant, le salarié, partie faible au contrat, n'a plus de travail et plus de salaire⁷⁹⁸.

Le travailleur ou la travailleuse peut également demander la résiliation de son contrat de travail, lorsque surviennent des modifications substantielles de ses conditions de travail qui portent atteinte à sa dignité⁷⁹⁹.

Le présent texte ne prévoit pas explicitement que le travailleur ait droit à des compensations. Le travailleur reste lésé, mais malgré cette faiblesse, ces dispositions

⁷⁹⁴ Real Decreto 597/2007, art. 2, ch. 2 et 3, art. 3 et 4.

⁷⁹⁵ Décret d'application en matière de sanctions, art. 49, *al.* 1, *litt.* j.

⁷⁹⁶ *Id.*, art. 17, *al.* 1.

⁷⁹⁷ *Ibid.*, art. 18-19.

⁷⁹⁸ Voir *infra*, 2^{ème} partie, III.3.2.3, d'autres dispositions protectrices ainsi que des garanties de procédure viennent heureusement compléter ces articles.

⁷⁹⁹ Décret d'application en matière de sanctions, art. 50, *al.* 1, *litt.* a.

offrent une certaine protection des employés et peuvent avoir, en particulier, un effet préventif. Rien n'empêche ensuite le salarié de saisir une juridiction civile ou pénale.

b. Nullité d'autres dispositions contractuelles

La loi prévoit que sont nuls et sans effet, les articles de règlement, les clauses de conventions collectives, les contrats individuels et les décisions unilatérales de l'employeur, constitutives de discriminations⁸⁰⁰.

Le problème est alors de savoir, en l'absence de définition claire de la notion de harcèlement, en quoi consiste précisément, dans le cadre des relations de travail, une discrimination indirecte. La démonstration de tels faits est, pour la victime, particulièrement délicate. Il s'agit d'être en mesure de fournir des éléments de preuve suffisants. Aucune procédure spécifique ne prévoit, en Espagne, d'allègement⁸⁰¹ ou de renversement⁸⁰² du fardeau de la preuve. Là encore, font défaut une définition précise de l'ensemble des éléments constitutifs du comportement illicite, et la mise en place d'une procédure spécifique, précise et accessible. Quand on connaît les difficultés de « prouver » le harcèlement, ces lois soigneusement élaborées risquent fort d'être vaines quant à leur application.

La loi prévoit cependant la nullité du congé, au motif de l'une des formes de discrimination prohibées par la Constitution⁸⁰³ ou par la loi⁸⁰⁴ ou qui se produit en violation des droits fondamentaux et des libertés publiques de la travailleuse ou du travailleur⁸⁰⁵.

Dans ce cas, l'employeur qui veut donner son congé à l'un de ses collaborateurs sur le fondement de discriminations prohibées met, en général, tout en œuvre pour masquer les raisons réelles du congé. Il s'efforce alors d'invoquer toutes sortes de raisons légalement acceptables, pour exclure un salarié dont il veut se débarrasser. En revanche, il est plus aisé de faire la preuve d'actes attentatoires à la personnalité du travailleur, lorsqu'existe une définition précise de ce qu'est la discrimination indirecte.

Nous avons vu plus haut que le harcèlement psychologique pouvait se substituer au harcèlement sexuel de manière parfois si subtile, que même la victime ne s'en rendait pas compte. La pratique m'a enseigné que parfois, dans pareil cas, la victime s'installait ensuite dans un farouche déni de harcèlement psychologique ou de harcèlement sexuel comme si elle avait honte d'être victime. Cependant, alors fragilisée, elle ne manquait pas de commettre de nombreux manquements dans l'exécution de

⁸⁰⁰ Décret d'application en matière de sanctions, art. 17-19.

⁸⁰¹ LEg, art. 6.

⁸⁰² Voir *infra*, droit français, 2^{ème} partie, chap. IV.

⁸⁰³ Constitución Española de 1978 (*BOE n° 311, 29/12/1978, pp. 29315-29424*), Cortes generales, titre I (Des devoirs et des droits fondamentaux), art. 14, 35.

⁸⁰⁴ Loi sur le Statut des travailleurs, art. 3, ch. 2.

⁸⁰⁵ *Id.* art. 55, al. 5.

ses tâches, donnant ainsi de solides arguments aux personnes qui souhaitaient se débarrasser d'elle.

c. Responsabilité des employé-e-s

La loi sur les infractions est sévère vis-à-vis des employeurs mais, en revanche, aucun des articles consacrés aux devoirs des travailleurs ne proclame formellement l'interdiction de comportements relevant du harcèlement psychologique ou du harcèlement sexuel, en tant qu'actes portant atteinte à la dignité ou à la violation de la sphère privée entre collègues, hommes ou femmes. Cette insuffisance nuit à une protection complète des droits des travailleurs et des travailleuses et ne favorise donc pas la paix au travail de manière satisfaisante.

Toutefois, nous avons vu que le devoir de respect de la personnalité pouvait être déduit des droits minimaux énoncés dans lesdites dispositions. L'interdiction du harcèlement ou de l'atteinte à la personnalité des travailleurs et des travailleuses, collègue-s, supérieur-e-s ou subordonné-e-s n'est pas mentionnée explicitement. Mais parmi les devoirs des employé-e-s figure celui de « contribuer à l'amélioration de la productivité »⁸⁰⁶. Or, l'on sait que les comportements de harcèlement qui fragilisent les collaborateurs et les collaboratrices nuisent à la productivité de l'entreprise au moins indirectement. Quoiqu'il en soit, on peut mettre en doute le fait que cette seule relation entre « baisse de productivité » des travailleurs et « harcèlement » sous l'une ou l'autre de ses formes, puisse contribuer à protéger la personnalité et la santé des salariés.

La baisse de productivité comme conséquence directe ou indirecte de ces comportements illicites est particulièrement difficile à démontrer, impossible à mesurer scientifiquement et à motiver juridiquement parlant.

Il paraît donc difficile pour l'employeur d'invoquer des manquements de cet ordre, pour sanctionner des actes de harcèlement psychologique ou sexuel. Ceci, d'autant plus qu'il est aisé d'invoquer la fragilité particulière d'une victime donnée qui de toute façon, est « sujette » à des baisses de productivité, alors qu'une autre personne, soumise à des actes de harcèlement équivalents, n'aurait pas vu ses prestations ni sa productivité baisser.

Dans la loi précitée, les comportements qui peuvent être constitutifs de harcèlement en matière de relations de travail et qui s'appliquent aux travailleurs, sont qualifiés uniquement en terme de « fautes »⁸⁰⁷ (et pas d' « infractions »), ce qui est beaucoup moins grave et relève du pouvoir disciplinaire de l'employeur⁸⁰⁸. Ces dispositions ne s'appliquent toutefois que dans les cas précis de comportements relevant du harcèlement sexuel (sans définition précise) et du harcèlement de type discriminatoire⁸⁰⁹.

⁸⁰⁶ Loi sur le Statut des travailleurs, art. 4, 5, *litt.* a.

⁸⁰⁷ Voir lexique : « faute ».

⁸⁰⁸ Décret d'application en matière de sanctions (*BOE n° 189, 8/8/2000, p. 28285*), art. 5, *al.* 1.

⁸⁰⁹ *Id.*, art. 13-13 *bis*.

Il existe donc encore clairement un problème quant à l'évaluation des travaux de tous les employés, cadres ou subordonnés, dans la mesure où ne sont appliqués aujourd'hui que mécaniquement et presque uniquement, les outils appartenant à ce que l'on appelle les « sciences de la gestion ». Le nouveau management ne tient souvent pas compte des multiples éclairages qu'ont fournis en particulier, les autres sciences humaines à la connaissance de l'individu et de ses interactions complexes avec ses semblables, dans le cadre de son travail, notamment.

d) Sanctions

La Loi sur le Statut des travailleurs s'applique donc aux employés et considère les manquements à leurs obligations, non comme des infractions, comme pour l'employeur, mais comme des fautes⁸¹⁰. Or, des fautes commises par les employés ne peuvent pas faire l'objet de sanctions autres que celles qui interviennent dans le cadre de l'exercice du pouvoir de surveillance et de direction de l'employeur.

Le Décret d'application en matière de sanctions ne s'appliquant donc pas aux travailleurs, ce sont les dispositions prévues par les règlements intérieurs et les conventions collectives qui s'appliquent à leur encontre, en cas de manquements à leurs obligations contractuelles.

La loi prévoit que l'employeur peut exercer son pouvoir de direction et de sanction notamment par le biais du renvoi disciplinaire et que ses décisions sont susceptibles de recours devant la juridiction compétente⁸¹¹.

Dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de direction et de contrôle, il est du devoir de l'employeur d'adopter les mesures qu'il juge les plus appropriées en matière de surveillance, afin de vérifier le respect par le travailleur de ses obligations et devoirs dans la relation de travail⁸¹².

Sont considérés, entre autres manquements graves et coupables, les violences physiques et verbales à l'encontre de l'employeur ainsi que des personnes qui travaillent dans l'entreprise ou de leurs proches⁸¹³.

Ainsi, même si l'adoption des deux décrets de 1995 et 2000 constituent de réels progrès, on doit, malgré tout, déplorer l'absence de réelle définition des différentes formes de harcèlement et partant, des moyens de le prévenir en amont et de le réprimer en aval.

Le Décret d'application en matière de sanctions qualifie le harcèlement sexuel d'infraction administrative⁸¹⁴. Toutefois, l'on sait que même si le « harcèlement psychologique » ou « moral » n'est pas nommé ni défini en tant que tel, certains

⁸¹⁰ Loi sur le Statut des travailleurs, art. 58.

⁸¹¹ *Id.*, art. 58, *al.* 1 et 2.

⁸¹² *Ibid.*, art. 20, *al.* 3.

⁸¹³ *Ibid.*, art. 54, *al.* 1 et 2 *litt. c.*

⁸¹⁴ Décret d'application en matière de sanctions (*BOE n° 189, 8/8/2000, p. 28285*), art. 8, *al.* 13.

comportements relevant de la notion de harcèlement psychologique sont énumérés et explicitement prohibés⁸¹⁵.

Il faut alors considérer que ces comportements multiformes, qui se manifestent souvent sous forme d'actes discriminatoires de genre, d'atteinte à la dignité et à l'intégrité morale ou à la sphère privée, tout comme certains types d'agressions verbales, peuvent également être constitutifs d'actes de harcèlement sexuel⁸¹⁶. Dans ce contexte juridique particulier et afin de mettre en lumière des faits de harcèlement, il conviendra au cas par cas de décrire les comportements prohibés, de les décoder, de les mettre en lien les uns avec les autres dans un contexte donné, ce qui complique la tâche de l'autorité chargée de l'enquête ou de l'instruction de l'affaire.

Du point de vue de la personne plaignante ou de la victime, cette lacune de la loi fragilise la consistance des plaintes, la crédibilité des témoignages ainsi que les moyens de recherche de la preuve. Ceci rend très aléatoire l'issue et même l'ouverture d'une éventuelle procédure.

Autrement dit, la sanction pour fait de harcèlement appartient uniquement à l'employeur. La loi n'est donc pas très dissuasive, mais nous verrons que, malgré ces insuffisances, les victimes disposent également de voies d'action pénale⁸¹⁷.

C. Mesures particulières à l'égard de la protection de la famille et des femmes⁸¹⁸

a. La famille et les parents

On sait que le harcèlement peut se manifester envers des personnes qui, à un moment de leur vie professionnelle, quelles qu'en soient les raisons, travaillent moins ou bénéficient de droits ou d'avantages, spécifiques à leur situation (personnes victimes d'une grave maladie, préretraités, femmes enceintes, personnes bénéficiant d'une aide à l'emploi, etc.).

Les manifestations de harcèlement à l'égard de ces personnes peuvent résulter de sentiments de jalousie ou de frustration, ou encore du travail supplémentaire pour leurs collègues qui va résulter de leur absence ou de leur baisse de productivité, ou simplement parfois aussi par rejet de la différence. Ces comportements peuvent émaner autant de supérieurs hiérarchiques que de collègues ou encore de subordonnés. C'est pourquoi les dispositions présentées ci-après peuvent être invoquées, de manière complémentaire pour démontrer des actes de harcèlement psychologique ou même sexuel :

⁸¹⁵ Voir *supra*, 2^{ème} partie, chap. III, I, 4.

⁸¹⁶ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. III, I, 2.

⁸¹⁷ Voir *infra*, 2^{ème} partie, chap. III, III.

⁸¹⁸ Resolución de 11 de abril de 2006 (BOE n° 100 de 27/4/2006, pp. 16483-16504), *pas-sim*.

- dans les cas où ne sont pas respectées les conditions légales concernant la protection de la grossesse et de la maternité ou les droits des parents en matière d'adoption⁸¹⁹;
- lorsque les travailleuses sont victimes de violence de genre⁸²⁰, relatives à des revendications auxquelles elles ont légitimement droit selon les dispositions légales, pendant leur grossesse ou le début de leur maternité, en matière de réduction ou d'aménagement du temps de travail, de mobilité géographique, en raison de leur grossesse, de leur maternité ou pour allaitement⁸²¹.

Cette dernière disposition complète la précédente en offrant un complément de protection supplémentaire aux mères. Est explicitement indiqué dans la loi que non seulement la grossesse et la maternité sont protégées, mais qu'également la revendication de ces droits est également protégée par la loi.

La nullité du congé est prévue et a pour effet la réadmission immédiate du travailleur avec paiement des salaires non perçus⁸²². Cette disposition, également prévue en droit français⁸²³ et en droit suisse⁸²⁴, permet de sauvegarder l'emploi de la personne victime de harcèlement lorsque le licenciement est le résultat d'une forme ouverte de discrimination ou d'un travail de destruction plus subtile.

Il convient de souligner qu'il est très délicat, voire dommageable sur le plan psychologique, d'être contraint de continuer à faire partie d'une entreprise au sein de laquelle on a été victime de nombreuses tentatives d'exclusion⁸²⁵. On peut également se demander dans un cas semblable quelles seront la motivation du travailleur, la qualité du travail fourni et quelle serait la qualité de l'ambiance générale de travail qui résulteraient de telles contraintes.

Cette question relative à l'intérêt du prononcé de la nullité du congé reste cependant ouverte et mériterait une discussion approfondie.

b. La discrimination de genre

On entend par « travailleuse victime d'une discrimination de genre » uniquement au sens de la loi sur le statut de la fonction publique⁸²⁶, la notion prévue dans la loi sur les mesures de protection contre la violence faite aux femmes⁸²⁷.

⁸¹⁹ Resolución de 11 de abril de 2006, art. 41.

⁸²⁰ Voir *infra*, 2^{ème} partie, chap. III, I, 5, C, b : « La discrimination de genre ».

⁸²¹ Resolución de 11 de abril de 2006, art. 32, *al.* 13.

⁸²² Loi sur le Statut des travailleurs, art. 55 - 56 (sur les congés illégaux).

⁸²³ Voir *infra*, 2^{ème} partie, chap. V, V.

⁸²⁴ Voir à titre de comparaison 336 c, 336 c, *al.* 1c CO.

⁸²⁵ Voir *infra*, 2^{ème} partie, chap. V, II, 1, en droit français, on peut conserver sa place.

⁸²⁶ Ley 7/2007, de 12 de abril 2007, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE n° 89 du 13/04/2007, pp. 16270-16299), *passim*.

⁸²⁷ Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE n° 313 du 29/12/2004, pp. 42166-42197) ; (ci-après : Loi contre la violence de genre), art. 2, *litt.* d.

La discrimination de genre, en général, se conçoit comme une manifestation de discrimination, une situation d'inégalité et de relations de pouvoir des hommes sur les femmes dans les relations privées, essentiellement. Cette discrimination est exercée à l'égard des femmes par quelqu'un qui a été leur conjoint ou de quelqu'un qui a entretenu des relations sentimentales semblables même sans avoir vécu sous le même toit⁸²⁸.

Afin d'harmoniser le droit espagnol avec le droit communautaire⁸²⁹, un certain nombre de dispositions protectrices à l'égard des femmes ont été introduites dans la Loi sur le travail. Les travailleuses bénéficient de conditions particulières en cas de rupture du contrat de travail de leur fait, garantie par des mesures protectrices effectives. Lorsqu'on parle de violence de genre, on pense tout d'abord au harcèlement sexuel. Mais en ce qui concerne les femmes et leur situation économique, sociale ou familiale, plus précaire que celle des hommes, la violence de genre à l'égard des femmes peut se confondre avec le harcèlement psychologique.

On peut cependant retenir que la notion de « violence de genre », dans le cadre des relations de travail, mentionnée dans dite loi comprend tout acte de violence psychique ou physique, y compris les agressions contre la liberté sexuelle, les menaces et la privation arbitraire de liberté⁸³⁰.

c. Femmes et harcèlement sexuel

Certaines études⁸³¹ ont montré que le pourcentage de femmes qui subissent des « travaux stressants », répétitifs et peu valorisants était plus élevé que celui des hommes. Il est vrai que le harcèlement n'est pas directement lié à la nature du travail effectué, qu'il soit valorisant ou non, stressant ou non. Mais l'on a vu que les catégories socio-professionnelles les moins élevées dans la hiérarchie sociale, étaient plus souvent victimes de harcèlement et/ou de conduites abusives que les autres.

Dans la mesure où la loi s'intéresse à la situation particulière des femmes, il convient de considérer la question du harcèlement sexuel en matière de responsabilité des employeurs.

Le harcèlement ou la discrimination, perpétré en raison de l'origine raciale ou ethnique, de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, est qualifié d'infraction grave. Quelle que soit la personne responsable, lorsque le harcèlement se produit dans la sphère d'influence du pouvoir de direction de l'employeur, et si cet état de fait, étant connu de lui, il n'a pas pris les mesures appropriées pour l'éviter, il est passible des peines prévues en la matière.

Depuis 2004, ces notions et ces prescriptions s'appliquent aussi à la fonction publique. Les administrations publiques doivent veiller au respect strict des dispositions légales en ce qui concerne la protection et la sauvegarde des droits fondamen-

⁸²⁸ Loi sur le Statut des travailleurs, art. 1, *al.* 1.

⁸²⁹ *Id.*, Exposé des motifs.

⁸³⁰ *Ibid.*, art. 1, *al.* 3.

⁸³¹ RAMACIOTTI *et al.* (2001), p. 112.

taux et à l'éradication de comportements favorisant les situations d'inégalité des femmes dans tous les moyens de communication sociale, en accord avec la législation en vigueur⁸³².

Est considérée également comme une infraction très grave, le fait de ne pas respecter les normes spécifiques en matière de protection de la sécurité et de la santé des femmes enceintes, ou qui allaitent⁸³³.

Par ailleurs, de nombreuses infractions, qualifiées de légères, graves, très graves, peuvent être constitutives de harcèlement, lorsqu'elles sont cumulées, ou qu'elles se combinent entre elles.

Citons comme « infraction légère » le fait, pour l'employeur, de ne pas informer un travailleur au bénéfice d'un contrat de travail à temps partiel ou d'un contrat de durée indéterminée, de l'existence d'une vacance de poste au sein de l'entreprise⁸³⁴, ainsi qu'il est prévu par les dispositions de la loi sur le travail⁸³⁵. Ce refus, ou cette omission de transmettre l'information ajouté ou combiné à toutes sortes de tracasseries, peut s'inscrire dans un processus visant à exclure un collaborateur, définitivement ou non, et peut être constitutif de faits de harcèlement.

d. Rupture du contrat de travail versus droit au maintien dans son poste

Conformément aux dispositions de la loi sur le Statut des Travailleurs⁸³⁶, la travailleuse, victime de « violence de genre » qui, afin d'assurer la protection de sa personne ou de son travail, se trouve dans l'obligation d'abandonner son poste de travail dans son secteur d'activité a le droit, si elle le souhaite, d'occuper un autre poste existant au sein de l'entreprise même, ou de l'un de ses établissements de niveau de compétence et de rémunération équivalent au précédent. Dans un tel cas, l'entreprise doit informer l'employée des postes vacants dans l'entreprise à ce moment-là, ainsi que de l'existence de ceux qui seraient susceptibles de se libérer dans un avenir proche. Durant une première période de six mois dans ce nouvel emploi, l'entreprise a l'obligation de garder à disposition de l'employée, le poste qu'elle occupait préalablement. Passée cette échéance, l'employée peut choisir de retourner à son ancien poste de travail ou de continuer dans le nouveau⁸³⁷.

⁸³² Loi contre la violence de genre, art. 13, *al.* 1.

⁸³³ Décret d'application en matière de sanctions, art. 13, *al.* 1.

⁸³⁴ *Id.*, art. 6, *al.* 5.

⁸³⁵ Loi sur le Statut des travailleurs, art. 12, *al.* 4 et art. 15, *al.* 7.

⁸³⁶ Resolución de 11 de abril de 2006 (*BOE n° 100 du 27/4/2006, pp. 16483-16504*), voir en particulier art. 14, « violencia de género » (violence de genre, traduction libre de l'auteure).

Ley 33/2002, de 5 de julio, de modificación del artículo 28 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo (*BOE n° 161 du 6/7/2002, p. 24683*), modification de l'article 28, égalité de rémunération.

⁸³⁷ *Id.*, art. 14, *al.* 2.

Une autre mesure protectrice concerne spécifiquement les femmes enceintes victimes d'une discrimination de genre, en cas d'éventuelles insuffisances dans l'exécution de leurs prestations de travail. La Loi sur le Statut des travailleurs prévoit en principe et à certaines conditions, que des absences répétées, même justifiées, peuvent être sanctionnées⁸³⁸. En revanche, aucune sanction ne peut être prise contre une personne dont les absences sont motivées par sa situation physique ou psychologique, conséquence d'une discrimination de genre, certifiée par les services sociaux ou par les services de santé compétents, selon la situation⁸³⁹. Encore faut-il, dans un cas d'espèce, parvenir à établir la discrimination de genre et la relation de causalité avec la dégradation de la santé physique ou psychique.

En outre, l'employée qui se voit dans l'obligation d'abandonner son poste, en raison d'une discrimination de genre, peut décider de suspendre son contrat de travail pendant une période qui ne peut pas excéder six mois, sauf si elle en demande le prolongement à l'autorité judiciaire. Dans ce cas, le juge peut prolonger la suspension du contrat de travail par périodes de trois mois, pendant une période maximale de dix-huit mois⁸⁴⁰.

Cela signifie qu'à l'échéance de ce délai, la victime (féminine) retrouvera un emploi équivalent, ce qui constitue une disposition très favorable aux femmes dans le monde du travail en général. En revanche, rien n'est prévu en leur faveur pour la période d'inactivité forcée. Pour réclamer une indemnité due à sa perte de salaire, la salariée devra engager une procédure judiciaire.

D. Application du droit dans le temps

a. Récidive

Il y a récidive, lorsqu'une infraction de même qualification et de même gravité, préalablement sanctionnée et entrée en force, est commise à nouveau, dans un délai de 365 jours depuis la notification de cette dernière. En cas de récidive avérée, la sanction pourra s'élever au double de la sanction initialement prévue, sans dépasser toutefois les sanctions prévues pour la classe d'infraction la plus grave⁸⁴¹.

Si la récidive est qualifiée, les sanctions prononcées alors, pourront être du double de la précédente, mais sans excéder le quantum prévu pour chaque type d'infraction⁸⁴².

En ce qui concerne les entreprises et agences de travail temporaire, la récidive en matière d'infractions qualifiées de très graves dans la présente loi, pourra entraîner

⁸³⁸ Loi sur le Statut des travailleurs, art. 52, *litt. d*.

⁸³⁹ Resolución de 11 de abril de 2006, art. 14, *al. 5*.

⁸⁴⁰ *Id.*, art. 14, *al. 3 et 4* (en référence aux conditions de résiliation du contrat de travail, prévues par l'art. 49, *al. 4* de la Loi sur le Statut des travailleurs).

⁸⁴¹ Décret d'application en matière de sanctions, art. 41, *al. 1*.

⁸⁴² *Id.*, art. 41, *al. 2*.

la suspension de ses activités pendant un an. Passé ce délai, l'entreprise devra solliciter une nouvelle autorisation d'exercice de son activité⁸⁴³.

b. Prescription⁸⁴⁴

Pour les fautes⁸⁴⁵ commises par les employé-e-s, la prescription à leur égard est de soixante jours à partir de la date à laquelle l'entreprise a eu connaissance de la commission des faits. Ce délai de prescription est très court. L'employeur n'a que 2 mois pour s'enquérir des faits, établir la présomption de leur commission, instruire l'affaire en entendant d'éventuels témoins et en prenant des mesures adéquates pour protéger les victimes, restaurer, même momentanément, des relations de travail saines et pacifiées entre les personnes concernées à divers titres par l'enquête menée au sein de l'entreprise, et enfin sanctionner le ou les auteurs. Ces mesures, qui doivent être prises très rapidement, rendent hasardeuse l'assurance d'une justice au sein de l'entreprise qui soit sereine et non expéditive. La question de la durée de la procédure reste toutefois très subjective, et dépend du point de vue duquel on se place : victime, agresseur, employeur. Pour une personne mise en cause à tort, la durée de deux mois d'investigation peut sembler extrêmement longue et destructrice.

L'employeur doit à la fois se hâter de prendre toutes les mesures adéquates et sanctionner l'auteur, tout en respectant le droit d'être entendu de son employé mis en cause car les voies de recours sont bien sûr possibles pour ce dernier.

Dans le même temps, lorsque aucun délai n'est imposé ou bien qu'une grande tolérance est appliquée à cet égard, le facteur temps intervient en faveur des auteurs d'actes illicites et des employeurs. Dans un laps de temps très court, il est en effet plus facile de ne pas agir pour faire cesser les atteintes, protéger les victimes et prendre des sanctions contre les auteurs.

Toutefois, la responsabilité de l'employeur étant engagée durablement après la commission des faits, cette mesure doit favoriser la prise de décision et le prononcé rapide de sanctions. Ces dispositions impliquent que l'employeur possède des ressources en matière de personnel afin d'être en mesure de mener une enquête. Il peut aussi rémunérer un mandataire extérieur à l'entreprise pour effectuer ce travail. Mais quelle que soit la solution choisie, cela engendre des coûts.

Pour les infractions dites « administratives » commises par les employeurs, qui incluent les faits de harcèlement, la prescription est de 3 ans, sauf en cas d'infraction en matière de sécurité sociale⁸⁴⁶. C'est une durée qui peut paraître relativement longue du point de vue des employeurs, des auteurs directs ou des responsables en vertu de leurs prérogatives directoriales, autant que des partisans du nécessaire effacement des infractions lorsqu'un certain temps s'est écoulé.

⁸⁴³ Décret d'application en matière de sanctions, art. 41, *al.* 3.

⁸⁴⁴ Voir lexicque : « prescription ».

⁸⁴⁵ Voir lexicque : « faute ».

⁸⁴⁶ Loi sur le Statut des travailleurs, art. 60, *al.* 1 et 2.

A cet égard, il convient de prendre également en compte le point de vue des victimes. Nous avons souligné que les conséquences multiples du harcèlement psychologique ou sexuel pouvaient être extrêmement pénibles à supporter pour les victimes, et souvent affecter ces dernières durablement. Il est donc juste, de prendre en compte, dans le cadre de la prescription de tels actes, la durée de l'affection qui touche les victimes ainsi que de ses effets. Ces effets, tant physiologiques que psychiques, paralysent souvent la volonté des victimes et réduisent considérablement l'énergie nécessaire pour simplement évoquer sa souffrance, pour se plaindre auprès de tiers, et *a fortiori* pour agir en justice.

L'on sait que l'éviction d'une personne se fait parfois à l'issue d'un long processus qui peut prendre des mois ou des années. Les victimes sont souvent atteintes psychologiquement et ne sont pas en état, pendant de longs mois de recouvrer une image suffisamment positive d'elles-mêmes pour actionner les voies légales. Une durée de prescription de trois ans ne nous paraît, à cet égard, aucunement excessive compte tenu de l'énergie nécessaire à la restauration de l'estime de soi.

Les dispositions étudiées ci-dessus, tant en matière de qualification des fautes, de la sévérité des sanctions frappant l'employeur, que de la longueur des délais relatifs à la prescription, montrent une préoccupation certaine du législateur pour la résolution des questions relatives à la protection de la personnalité et de la santé des employé-e-s au sein de l'entreprise. Cette volonté se manifeste par la confection d'outils juridiques qui, quoique insuffisants et même parfois discutables, permettent une certaine protection des employé-e-s au sein de leur entreprise.

Voyons ci-après ce qu'il en est des dispositions spéciales concernant le harcèlement dans le cadre des relations de travail au sein de la fonction publique espagnole.

En effet, il est compréhensible que l'Etat édicte ses propres lois et règlements en ce qui concerne son personnel. Néanmoins, il est primordial que l'administration doive être un employeur exemplaire, surtout dans un domaine tel que celui du respect de la personnalité.

II. Loi sur le Statut de la Fonction publique

1. Champ d'application

Comme son nom l'indique, cette loi ne concerne que les fonctionnaires civils de l'Etat espagnol, dont les relations avec l'Administration sont établies par des prestations de travail rémunérées et sont régies par le droit administratif⁸⁴⁷.

Ce texte de loi exclut d'autres corps de l'administration, notamment l'armée et l'ordre judiciaire dont les rapports de travail sont régis par des dispositions particu-

⁸⁴⁷ Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Texto articulado de la Loi sur la Fonction publique, art. 1 (appelé librement par l'auteur « Décret de la Loi sur la Fonction publique »). Pour de plus amples informations, voir la version actuelle, qui inclut les modifications suites aux lois : 30/1984, 16/1996, 8/1970, 4/1990, 39/1999, 24/2001, 62/2003 (BOE n° 309 du 26/12/2003, pp. 46096-46097).

lières⁸⁴⁸. Par ailleurs, le champ d'application de ce texte s'étend aussi, pour l'essentiel, aux fonctions publiques des communautés autonomes et locales, en ce sens qu'il fait office de droit supplétif⁸⁴⁹, même si les organes autonomes -c'est à dire les « régions » ou les « provinces »- comportent des dispositions statutaires qui leur sont propres⁸⁵⁰.

2. Définitions

A. Le harcèlement psychologique

Le Statut de la Fonction publique qui date de 1964 ne connaît pas de dispositions qui définissent le harcèlement psychologique en tant que tel. Mais ce texte a été modifié en 2003⁸⁵¹ et démontre quelques avancées intéressantes. Le chapitre III, intitulé « Mesures visant à l'application du principe d'égalité de traitement », comporte dans son art. 28, un certain nombre de définitions telles que :

-Le principe d'égalité de traitement⁸⁵², c'est-à-dire l'absence de toute discrimination directe ou indirecte pour raison d'origine raciale ou ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle d'une personne⁸⁵³.

-La discrimination directe est le fait qu'une personne est traitée d'une manière moins favorable qu'une autre, se trouvant dans une situation analogue, pour des raisons d'origine raciale ou ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

-La discrimination indirecte se conçoit lorsqu'une disposition légale ou réglementaire, une clause conventionnelle ou contractuelle, un pacte individuel ou une décision unilatérale, apparemment neutre, peuvent occasionner un désavantage particulier à une personne par rapport à d'autres, pour des raisons d'origine raciale ou ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, alors qu'objectivement, ce désavantage n'a aucun fondement légitime et que les moyens utilisés ne sont ni adéquats, ni nécessaires.

⁸⁴⁸ Loi sur la fonction publique, art. 2, ch. 2.

En Suisse, les dispositions en matière de harcèlement, s'appliquent à l'ensemble des collaborateurs de la Fonction publique vaudoise. La dite loi s'applique au personnel de l'administration en tant qu'organe d'exécution des décisions politiques proprement dites, ainsi qu'au pouvoir judiciaire, chargé notamment du contrôle de l'activité de l'Administration. Les collaborateurs de l'Ordre judiciaire sont soumis, en particulier en matière de gestion des conflits et de lutte contre le harcèlement, aux mêmes dispositions que l'ensemble des collaboratrices et des collaborateurs de l'ACV.

⁸⁴⁹ Loi sur la Fonction publique, art. 3.

⁸⁵⁰ Loi sur le Statut des travailleurs (*BOE n° 75 du 29/3/1995, pp. 9654-9688*), art. 1, *al.* 3, *litt.* a, Ley de 26 de diciembre de 1958, de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas (Ref. 1958/19543), art. 82.

⁸⁵¹ Loi sur la Fonction publique, art. 63, *al.* 1.

⁸⁵² Voir lexicque : « égalité de traitement ».

⁸⁵³ Loi sur la Fonction publique, art. 28, *al.* 1, *litt.* a.

Le harcèlement : Tout comportement non désiré en relation avec l'origine raciale ou ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle d'une personne, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité et de créer un environnement intimidant, humiliant ou hostile.

Toute incitation à l'une de ces discriminations est considérée comme une discrimination⁸⁵⁴.

Toutefois, un certain nombre de comportements attentatoires à la personnalité sont prohibés et sanctionnés. De même que dans la loi sur le travail, des dispositions protectrices particulières sont prévues à l'égard des femmes victimes de *violence de genre*⁸⁵⁵.

Selon une construction comparable à la Loi sur le Statut des travailleurs relevant du droit privé, les fonctionnaires ont le droit au respect de leur intimité et à la considération due à leur dignité⁸⁵⁶.

a. Qualification des fautes et sanctions prévues

La qualification des fautes n'est pas aussi précise que dans la *Loi sur le Statut des travailleurs*. Toutefois chaque entité peut établir des règlements dans lesquels la qualification et la spécificité des fautes commises peuvent être précisées⁸⁵⁷.

Comme en droit privé, les fautes commises peuvent être qualifiées de légères, graves ou très graves⁸⁵⁸. Mais il n'est pas précisé si les atteintes relevant du harcèlement psychologique sont considérées comme graves ou non.

Nous avons mis en évidence que les actes relevant du harcèlement procèdent d'une multiplicité d'actes qui vont des plus insignifiants aux plus agressifs. L'échelle de gravité des fautes est fixée par un règlement et appréciée en fonction d'un certain nombre de critères, tels que l'intentionnalité, le degré de perturbation du service, l'atteinte à la dignité d'un fonctionnaire de l'Administration, le manque de considération à l'égard des usagers de l'Administration, la récidive⁸⁵⁹.

⁸⁵⁴ Ley 62/2003, de 30 de diciembre (BOE n° 313 du 31/12/2003, pp. 46874-46992), art. 28, al. 1, litt. b-d, al. 2.

⁸⁵⁵ Loi contre la violence de genre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, o la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica (sans préjudice des lois approuvées par les Communautés autonomes, dans le cadre de leur compétence). Exposé des motifs, I. « La violence de genre n'est pas un problème privé mais le symbole le plus brutal de l'inégalité dans la société. Il s'agit d'une violence qui s'exerce à l'encontre des femmes, en raison de leur sexe, par le fait que leurs agresseurs considèrent qu'elles n'ont pas les mêmes droits minimaux de liberté, de respect et de capacité de décision. » Traduction libre de l'auteure.

⁸⁵⁶ Loi sur la Fonction publique, paragraphe modifié par la Ley 62/2003, de 30 de diciembre (BOE n° 313 du 31/12/2003, pp. 46874-46992), art. 63, al. 1.

⁸⁵⁷ *Id.*, art. 63, al. 1.

⁸⁵⁸ *Ibid.*, art. 87, al. 1.

⁸⁵⁹ *Ibid.*, art. 89, litt. a-e.

La prise en compte de tous ces éléments dans l'échelle de gravité des fautes, contribue à faire de la lutte contre le harcèlement dans la fonction publique, l'affaire de tous. Ces dispositions montrent à quel point le législateur espagnol considère que le harcèlement ne se déroule pas uniquement entre un bourreau et sa victime, mais qu'il met en péril tout l'équilibre d'un service public. Il a donc souhaité inscrire la loi dans une appréhension globale du phénomène.

Toutefois, il faut signaler que l'absence d'inscription d'une définition desdits comportements dans la loi et, partant, d'une qualification précise de la gravité des actes de harcèlement ne permet pas d'assurer pleinement la sécurité juridique et la prévisibilité du droit. La victime, parfois affaiblie dès le début des atteintes, n'est pas en mesure d'évaluer le caractère anormal et illicite de certains actes si ceux-ci ne sont pas définis comme tels. En outre, elle ne peut appréhender la situation en mesurant, en amont, ses chances de voir sa plainte accueillie favorablement. Par ailleurs, l'entreprise, tout comme la victime, ne peut compter que sur le sens de l'éthique des travailleurs de l'entreprise. Le sens de l'éthique n'étant pas un principe juridique, il s'agit d'un concept aux contours fluctuants selon les personnes et la culture de l'entreprise. Dans une telle situation de « vide » juridique, les individus potentiellement auteurs ne se heurtent pas à un garde-fou qui leur impose d'adapter leur comportement aux normes en vigueur.

Quant aux sanctions prévues, elles ne correspondent pas de manière spécifique à des fautes données, ni à un degré de gravité satisfaisant. Les sanctions sont communes à de nombreuses administrations étatiques et peuvent faire l'objet d'un simple blâme, d'une éviction du service, du transfert du fonctionnaire et même, de la suspension définitive des fonctions⁸⁶⁰.

Contrairement aux normes de droit privé, l'absence de règles qui stipulent selon quels critères précis s'évalue la qualification des fautes (légère, grave ou très grave), comporte des risques certains d'inégalité de traitement entre les travailleurs du secteur privé et du secteur public.

La sanction qui peut s'ensuivre reste donc soumise à la libre appréciation de l'autorité. Ces sanctions ne sont pas impératives pour le supérieur hiérarchique. Le risque d'arbitraire est très important et l'autorité pourra statuer à *bien plaire*, en fonction de critères subjectifs, ou faisant entrer en ligne de compte des critères fondés sur les amitiés politiques ou sur la « raison d'Etat ».

Notons aussi que le délai de prescription⁸⁶¹ est assez long, si toutefois le harcèlement est considéré comme une faute *grave* ou *très grave*. Les fautes *légères* se prescrivent à un mois, les fautes *graves* à deux ans, et les fautes considérées comme *très graves* se prescrivent à 6 ans⁸⁶².

⁸⁶⁰ Loi sur la Fonction publique, art. 91, *litt.* a-c.

⁸⁶¹ Voir lexicque : « prescription ».

⁸⁶² Loi sur la Fonction publique, art. 87, *al.* 2.

b. Responsabilité

Tout comme dans la Loi sur le Statut des travailleurs⁸⁶³, la responsabilité des supérieurs hiérarchiques est clairement mise en avant, au sens où sont considérés comme coupables, non seulement les auteurs de la faute, mais également les chefs qui la tolèrent, les fonctionnaires qui couvrent les fautes, ainsi que tous ceux qui en auront encouragé la commission⁸⁶⁴.

Dans la Loi sur la Fonction publique, la précédente disposition permet d'assurer aux victimes une protection accrue.

Ainsi que j'ai pu le constater de nombreuses fois, un supérieur hiérarchique, complice d'actes abusifs ou bien complaisant à cet égard, peut tenter de se protéger lui-même en décidant de « couvrir » son subordonné de manière outrancière. Il peut être tenté d'étouffer par tous les moyens une affaire de harcèlement, psychologique ou sexuel. Ceci permet, le cas échéant, d'éviter un certain écho et l'onde de choc qui fait souvent suite à une dénonciation de harcèlement et à « l'affaire » qui risque d'éclater.

Dans un cas semblable, il sera encore plus facile pour les représentants de l'institution d'accabler la victime et ce, d'autant plus impunément, que celle-ci n'est pas « irréprochable »⁸⁶⁵. Il est souvent aisé de retourner habilement la situation au désavantage de la victime, et en laissant croire que c'était elle -personne difficile et susceptible- la « fautive de trouble », incompétente, qui de surcroît, aura, en se plaignant, porté atteinte à l'image du service ou de l'institution. Malgré leur intérêt, ces dernières dispositions relatives à la fonction publique comportent un effet pervers.

B. Le harcèlement sexuel et la violence de genre

Le harcèlement sexuel ne fait pas l'objet non plus d'une définition précise inscrite dans la loi. Ce comportement est simplement mentionné ici encore *a contrario* comme un acte portant atteinte à la dignité et à l'intimité du ou de la fonctionnaire.

Ainsi que nous l'avons mentionné dans le paragraphe consacré au harcèlement psychologique et selon la même construction que la Loi sur le Statut des travailleurs, les fonctionnaires ont le droit au respect de leur intimité et à la considération due à leur dignité, y compris la protection face aux agressions physiques et verbales, ainsi que contre le harcèlement en raison de l'origine raciale ou ethnique, de la religion ou des convictions, d'un handicap, de l'âge, ou de l'orientation sexuelle⁸⁶⁶.

⁸⁶³ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. III, I, 5, A.

⁸⁶⁴ Loi sur la Fonction publique, art. 90.

⁸⁶⁵ Une victime fragilisée n'est jamais « parfaite » et que l'on peut toujours avoir quelque chose à lui reprocher, quant à son « humeur » ou à son travail.

⁸⁶⁶ Loi sur la Fonction publique, art. 37, *litt. e*.
Loi contre la violence de genre, art. 24.

a. Notion de violence de genre

Il existe malgré tout des mesures protectrices à l'égard des femmes fonctionnaires victimes de « violence de genre ». La Loi sur les mesures de protection contre la violence faite aux femmes⁸⁶⁷ complète la Loi sur la Fonction publique. On entend par violence de genre, celle qui, comme la manifestation d'une discrimination, de la situation d'inégalité et des relations de pouvoir entre hommes et femmes, est exercée sur ces dernières, par ceux qui sont ou ont été leur conjoint, ou encore par les personnes avec lesquelles elles entretiennent des relations affectives, même en dehors de toute cohabitation. Cette loi vise à établir des moyens de protection élargie, dont la finalité est de prévenir, de sanctionner, d'éradiquer cette violence et de prêter assistance aux victimes femmes.

Ces dispositions se veulent protectrices à l'égard de la femme. Toutefois, outre les cas de femmes particulièrement vulnérables en raison de leur jeune âge, de leur faiblesse physique ou économique, il me semble quelque peu paradoxal, de nos jours, de considérer *a priori* une femme qui est liée affectivement (amoureuse), comme une victime potentielle de son partenaire et qui nécessite une protection particulière. Même si les violences conjugales, ou « post conjugales », sont le plus souvent perpétrées à l'égard des femmes, il existe aussi des conflits au sein desquels s'exprime une grande violence, qui n'est pas toujours, le fait des hommes à l'égard des femmes, mais bien l'inverse, notamment lorsque les enfants servent de « monnaie d'échange ».

En revanche, les dispositions suivantes sont plus précises et offrent une protection qui me paraît digne d'intérêt. La violence de genre à laquelle se réfère la présente loi comprend tout acte de violence physique et psychologique, y compris les atteintes contre la liberté sexuelle, les menaces, les actes de coaction, ainsi que la privation arbitraire de liberté⁸⁶⁸. Malgré les réserves émises préalablement, la description de ces actes est concrète et permet de protéger spécifiquement l'intégrité et la liberté de femmes qui ne jouissent pas de la même autonomie que leurs semblables hommes et qui n'ont pas les moyens de s'affirmer dans leurs relations affectives. On peut citer l'exemple de femmes migrantes qui sont entretenues dans la méconnaissance de leurs droits, et se retrouvent souvent la proie de leur conjoint ou de personnes exerçant l'activité lucrative de trafic d'êtres humains.

L'Exposé des motifs indique que la « violence de genre » n'affecte pas que le domaine des relations d'ordre privé, qui excluent par définition le domaine des relations de travail. Au contraire, elle est considérée comme étant la manifestation la plus brutale de l'inégalité présente dans notre société. Cette violence est spécifiquement dirigée contre les femmes et a pour seul motif leur appartenance à ce sexe. A ce titre, les femmes sont, en quelque sorte, considérées comme des êtres inférieurs par leurs agresseurs, c'est-à-dire des êtres sans droits minimaux vis-à-vis de leur liberté, de leur capacité de décision et du respect qui leur est dû⁸⁶⁹.

⁸⁶⁷ Loi sur la Fonction publique, Exposé des motifs ; voir aussi *supra*, 2^{ème} partie, chap. III, I, 5, C.

⁸⁶⁸ *Id.*, art. 1, *al.* 1 et art. 3, *al.* 2.

⁸⁶⁹ Loi contre la violence de genre, Exposé des motifs, p. 1.

Cet Exposé des motifs se réfère à la IV^{ème} Conférence mondiale de l'ONU qui s'est déroulée en 1995 qui reconnaît que la violence faite aux femmes est un obstacle à l'accession au travail et au développement de la paix, et qu'elle viole et réduit à néant la jouissance des droits humains et des libertés fondamentales. Cette violence est en outre définie comme une manifestation des relations de pouvoir historiquement inégales entre les hommes et les femmes⁸⁷⁰.

L'Exposé des motifs se réfère aussi à la Constitution espagnole qui introduit dans son article 15⁸⁷¹, le droit de tous à la vie et à l'intégrité physique et morale sans qu'en aucun cas, quiconque puisse être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. De plus, ces droits sont opposables aux pouvoirs publics et il n'est possible d'y déroger que par la loi. Dans la mesure où la principale manifestation du harcèlement tout comme ses conséquences, constituent une atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'une personne, à une torture morale ou encore à un traitement humiliant ou dégradant, on peut considérer que ledit article 15 de la Constitution espagnole constitue le fondement de la protection contre le harcèlement.

Le texte susmentionné précise qu'il existe maintenant une définition du syndrome de la femme maltraitée en tant que conséquence des facteurs socioculturels qui se manifestent à l'égard des hommes et des femmes. Les femmes se trouvent dans une position de subordination à l'homme qui se manifeste dans les trois domaines fondamentaux des relations interpersonnelles : maltraitance au sein du couple, agressions sexuelles en société et harcèlement dans le cadre du travail⁸⁷².

Dans la société espagnole, les agressions contre les femmes ont une incidence particulière car, aujourd'hui, une prise de conscience nouvelle a vu le jour, en grande partie grâce aux efforts réalisés par les organisations de femmes, contre toutes les formes de violence de genre. Ce n'est plus désormais un « délit invisible ». Mais cette violence commence à être l'objet d'un rejet collectif et devient un sujet de préoccupation alarmant⁸⁷³.

Le but de dite loi est d'agir contre la violence qui, en tant que manifestation de la discrimination, de la situation d'inégalité et des relations de pouvoir entre les hommes et les femmes, s'exerce sur ces dernières. Le texte s'adresse particulièrement au domaine privé mais son champ d'application s'étend au domaine des relations professionnelles, relevant des relations contractuelles du droit privé, y compris du droit de la fonction publique⁸⁷⁴.

Dans la fonction publique également, les absences complètes ou partielles d'une employée, en raison de son état physique ou psychologique, conséquence d'une violence de genre sont considérées à certaines conditions, comme justifiées. La

⁸⁷⁰ Loi contre la violence de genre, p. 1.

⁸⁷¹ Constitution espagnole, du 3 novembre 1978 selon décret royal 2560/1978, approuvée par référendum le 6 décembre 1978 (*BOE n° 311 du 29/12/1978, pp. 29315-29424*) ; (ci-après : constitution espagnole), art. 15.

⁸⁷² Loi contre la violence de genre, exposé des motifs, I.

⁸⁷³ *Id.*, exposé des motifs, II.

⁸⁷⁴ *Ibid.*, art. 1, *al.* 1.

fonctionnaire victime d'une violence de genre a le droit à la réduction de son temps de travail et à sa réorganisation, à un transfert de poste, ainsi qu'à une mise en disponibilité⁸⁷⁵.

« Dans le cadre des accords souscrits entre les administrations publiques pour faciliter la mobilité des fonctionnaires, une attention particulière est apportée afin de faciliter la mobilité géographique des fonctionnaires femmes, victimes de violence de genre »⁸⁷⁶.

La « fonctionnaire victime de violence de genre » qui est contrainte d'abandonner son poste de travail afin de se protéger et de faire reconnaître ses droits, a le droit d'occuper un poste de travail vacant ou qui pourrait le devenir prochainement qui corresponde et à la même catégorie, au même grade et aux mêmes caractéristiques que celui qu'elle occupe présentement. Dans tous les cas, l'Administration doit communiquer à l'intéressée les vacances de postes actuelles ou celles qui pourraient se libérer⁸⁷⁷.

Notons que « les femmes fonctionnaires victimes de violence de genre », peuvent demander une période de disponibilité sans avoir effectué le temps de service minimum requis. Leur poste reste disponible pendant une période d'au moins six mois. Elles ont également droit à la réduction et au réaménagement de leur temps de travail, à la mobilité géographique ainsi qu'à une disponibilité selon les termes prévus par la loi⁸⁷⁸. Tout comme en droit privé, les absences totales ou partielles au travail, dues à leur état physique ou psychologique, conséquences de la violence de genre dont elles sont victimes, peuvent être considérées comme justifiées⁸⁷⁹.

Encore faut-il, dans les cas avérés de harcèlement ou encore si celui-ci est dénoncé par les travailleuses, faire constater et admettre par une autorité indépendante, la justification de dites absences, de la réduction ou de la réorganisation du travail. Là encore, de multiples intérêts, comme ceux des autres fonctionnaires ou du droit des usagers de l'Administration, sont susceptibles de s'opposer les uns aux autres. L'application de telles mesures semble malheureusement difficile à mettre en œuvre par les travailleuses elles-mêmes. Il faut s'armer d'une forte dose de courage et pouvoir compter sur des appuis sûrs (appuis de syndicats ou d'associations du personnel représentatives et au fait de ces questions).

b. Limites de la loi contre la violence de genre

Cette loi visant à la protection contre la violence de genre manque également d'une définition précise du harcèlement.

⁸⁷⁵ Loi contre la violence de genre, art. 2, al. 2, litt. d.

⁸⁷⁶ *Id.*, disposition additionnelle septième, modification de la Loi sur le statut des travailleurs.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, Exposé des motifs, I., art. 24, al. 3.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, art. 24, al. 8.

⁸⁷⁹ *Ibid.*, art. 25.

Le comportement incriminé est noyé dans un ensemble de dispositions sélectives. Ces dispositions se cantonnent à la violence dite « de genre » essentiellement dirigée contre les femmes, et ne fait pas l'objet d'une qualification plus précise que cela.⁸⁸⁰

L'absence de définition des deux comportements illicites, harcèlement psychologique et harcèlement sexuel, qui soit opposable à tous, perdure. Ces insuffisances sont en partie corrigées par certaines dispositions du Code pénal⁸⁸¹.

c. Nouveau projet de loi

Un projet de loi⁸⁸² vise à établir pour la Fonction publique, un catalogue de droits individuels, distincts des droits collectifs, qui incluent la reconnaissance de droits spécifiques. Il est ainsi fait référence aux droits relatifs à l'objectivité et à la transparence des systèmes d'évaluation, au respect de l'intimité, tout particulièrement face au harcèlement psychologique et sexuel et à l'harmonisation de la vie personnelle, sociale et professionnelle.

Ce projet de loi prévoit d'inscrire dans la législation une liste des devoirs primordiaux des employés publics, fondée sur des principes éthiques et des règles de comportement qui constituent un véritable code de conduite⁸⁸³, qui propose également une participation effective des employés concernant l'organisation de leur travail.

Ces règles, qui ne sont pas encore des règles impératives, pourraient et même devraient, être incluses dans le Statut de la Fonction publique, à la fois dans un but pédagogique et de prise de conscience, mais également comme limite à des comportements illicites. Les contrevenants s'exposent à des conséquences disciplinaires.

Les parlementaires mettent l'accent sur le fait que la condition de fonctionnaire comporte certes des droits, mais aussi une responsabilité particulière et des obligations à l'égard de l'ensemble des citoyens, de l'Administration tout entière et des nécessités du service public. Cette condition trouve sa source dans un ensemble de valeurs qui sont propres à la société, construite en partie sur une culture de l'intérêt public⁸⁸⁴. Ces valeurs ne sont, par ailleurs, pas incompatibles avec la notion d'efficacité maximale et de productivité au sens ultra-libéral du terme. Ce projet vise

⁸⁸⁰ Le texte susmentionné écarte les multiples manifestations de harcèlement sexuel et à caractère sexualisé, qui font pourtant partie de ce que les différents auteurs dénomment « harcèlement sexuel ». Ces dispositions nous semblent donc, à ce stade, encore insuffisantes pour garantir en la matière la sécurité juridique et assurer une prévisibilité du droit optimale.

⁸⁸¹ Code pénal espagnol (*BOE n° 281 du 24/11/1995, pp. 33987-34058*), art. 184.

⁸⁸² Proyecto de ley, VIII Legislatura, 121/000094, Estatuto Básico del Empleado Público, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, 8 de septiembre de 2006, núm. 94-1 (Proyectos de ley), pp. 1-37, art. 14, *litt. h*. On emploie ici le terme de « *acoso laboral* », qui se traduit littéralement par « harcèlement professionnel ». Distinct de « harcèlement sexuel », ce terme doit se comprendre, comme harcèlement « psychologique » ou « moral » », selon les options terminologiques préalablement choisies.

⁸⁸³ *Id.*, Proyecto de ley, VIII Legislatura, 121/000094, art. 52-54.

⁸⁸⁴ *Ibid.*, pp. 249-287.

à augmenter la notion de transparence et de garanties relativement aux systèmes de rétribution du personnel temporaire et contient des normes en vue de combattre le nombre d'emplois précaires qui va croissant au sein de certaines administrations.

Un certain nombre de précisions fort utiles complètent les dispositions actuelles relatives à la discrimination. Sont prévus, comme droits fondamentaux et intangibles, le respect de l'intimité, de l'orientation sexuelle, le droit à la protection de son image et de sa dignité au travail, et particulièrement contre le harcèlement psychologique et sexuel⁸⁸⁵. Cette nouvelle disposition a le mérite de nommer et de préciser les contours du harcèlement psychologique et sexuel et d'annoncer *a contrario* son illicéité.

Dans l'élaboration d'une définition du harcèlement, le législateur doit se concentrer sur la description du comportement *objectif* et de son *illicéité*⁸⁸⁶ en prenant aussi en considération les *effets* dudit comportement sur la victime et sur la qualité des relations de travail qui en résulte, et de manière plus générale, sur la santé au travail.

Il est nuisible de mentionner les raisons pour lesquelles ce comportement est perpétré. Il n'existe jamais de bonnes raisons pour porter atteinte à la personnalité d'un collaborateur ou d'un collègue par des moyens illicites, détournés et sournois.

Concernant l'interdiction de la discrimination, outre les motifs relatifs à la naissance, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge, le législateur a décidé d'ajouter des raisons supplémentaires à l'article y relatif, autrement dit la mention de « toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale »⁸⁸⁷. Cette mention montre que les dispositions susmentionnées étaient encore insuffisantes et par trop restrictives et étend le champ d'application à des comportements heurtant les droits fondamentaux et les principes éthiques.

Etant donné que le harcèlement se produit souvent sans raison « objective », la précision est utile. Quelles que soient les raisons pour lesquelles un collaborateur ou un collègue irrite son entourage, la discrimination n'est pas acceptable. Il est en revanche possible d'user de moyens licites pour exprimer sa désapprobation face à un comportement ou une attitude inadéquate sans mettre la personne à l'écart ou porter atteinte à sa dignité professionnelle, personnelle ou morale. Il est possible d'utiliser les règles de droit en vigueur dans l'entreprise.

Les dispositions répressives en matière de droit du travail prévoient aussi une incrimination du harcèlement et, par voie de conséquences, des poursuites pénales à l'égard des contrevenants. Sont qualifiés d'infractions pénales, des actes qui peuvent être constitutifs de harcèlement (psychologique, notamment), que ces comportements soient mentionnés explicitement sous ce vocable, ou non.

Ces travaux de réflexion menés dans dit Projet de loi ont abouti en 2007 à la rédaction d'une loi, visant à améliorer la qualité des services publics⁸⁸⁸, unifier les prin-

⁸⁸⁵ Proyecto de ley, VIII Legislatura, 121/000094, art. 95, litt. b et 14, litt. h et i.

⁸⁸⁶ Voir lexique : « illicéité ».

⁸⁸⁷ Proyecto de ley, VIII Legislatura, 121/000094, art. 95, litt. i.

⁸⁸⁸ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE n° 89 du 13/04/2007, pp. 16270-16299), exposición de motivos (exposé des motifs).

cipes généraux pour l'ensemble des fonctions publiques, tout en gardant à celles-ci leur autonomie prévue par la Constitution de 1978⁸⁸⁹.

Ces dernières dispositions ne sont pas sans rapport avec la question du harcèlement. L'amélioration de l'image de l'administration passe par la qualité de l'accueil réservé au public et donc par le bien-être de ses fonctionnaires. Des travailleurs stressés, épuisés, absents, ou dévalorisés dans leur travail ne peuvent offrir un service public satisfaisant. Ces dispositions visent aussi à promouvoir l'éthique et l'égalité de traitement entre les diverses catégories de travailleurs des fonctions publiques.

d. Le nouveau droit

Les fonctionnaires victimes de violence spécifiques faites aux femmes disposent de certains moyens pour rendre effective leur protection. Elles ont le droit à une réduction de leur temps de travail accompagné d'une diminution de salaire proportionnelle ou à la réorganisation de leur temps de travail, selon un horaire adapté, de l'application de l'horaire variable qui sera mis en place par l'Administration publique⁸⁹⁰.

Ces dispositions sont intéressantes pour la protection des femmes victimes car elles leur permettent par exemple, de s'organiser de manière à ne pas croiser leur agresseur. Toutefois, si des femmes s'exposent à des diminutions de salaire en exigeant une diminution de leur temps de travail -alors qu'elles se protègent légitimement- cela constitue encore une discrimination à leur égard. Il est donc souhaitable, parallèlement, de mener une enquête sérieuse qui aboutirait à la reconnaissance de la responsabilité du ou des agresseurs. Ceux-ci pourraient d'ailleurs être condamnés à verser à leur victime les salaires perdus. Ceci n'empêcherait pas non plus la condamnation à verser des dommages et intérêts⁸⁹¹.

Par ailleurs, la loi prévoit que ce sont les services sociaux qui détermineront le temps et les conditions justifiant des réductions du temps de travail ou des autorisations d'absence en cas de « violence de genre ». Les critères d'appréciation ne seront pas des critères médicaux.

Malheureusement, il peut résulter de ces dispositions certains abus, que ce soit de la part des intervenants sociaux, dans un sens ou dans l'autre. L'indépendance de leur travail mais aussi son contrôle doivent être garantis. Ces dispositions n'offrent pas non plus dans ce cadre, de véritable « droit au juge », que ce soit pour la victime ou pour la personne incriminée, éventuellement pour le chef de service ou l'entreprise, personne morale. C'est sans doute une « fausse bonne idée », comme on dit aujourd'hui, car apparemment aucun garde-fou n'est construit contre les abus qui peuvent même être encouragés.

⁸⁸⁹ Constitution espagnole, chapitre III, art. 143.

⁸⁹⁰ Ley 7/2007, art. 49, *litt. d.*

⁸⁹¹ Voir lexique : « dommages et intérêts ».

III. La loi pénale

En 1995, l'Espagne a qualifié d'infraction pénale le harcèlement sexuel (*acoso sexual*)⁸⁹², sans toutefois le définir précisément. Quant au harcèlement psychologique, il ne fait pas l'objet non plus de définition, ni d'incrimination, en tant que tel.

Le titre VII du Code pénal, intitulé « Des tortures et autres délits contre l'intégrité morale »⁸⁹³ incrimine des comportements qui peuvent s'apparenter à du harcèlement psychologique. Il convient de dégager que, paradoxalement, les dispositions concernant la protection de l'intégrité morale trouvent leur naissance dans le Code pénal militaire espagnol. En effet, certains comportements pouvant être assimilés au harcèlement psychologique y sont clairement incriminés⁸⁹⁴.

1. Historique

La fin de l'ère franquiste a permis l'élaboration de la Constitution de 1978 et notamment, l'énoncé des droits fondamentaux de l'ensemble des citoyens et citoyennes ainsi que celui des minorités nationales⁸⁹⁵.

La jeune démocratie espagnole a dû modifier en profondeur ses institutions, et se doter d'outils juridiques radicalement nouveaux lui permettant d'accéder au rang d'Etat moderne, capable de s'intégrer à part entière à l'Europe et à ses institutions économiques et politiques, notamment en intégrant à son ordre juridique la CESDH.

Avant cette révolution « douce », l'Espagne était à la fois une dictature militaire contrôlée en partie par la Phalange⁸⁹⁶, ainsi qu'une société théocratique, servie fidèlement par la hiérarchie de l'Eglise catholique, instrument de propagande autant que de répression.

L'abolition de la peine de mort⁸⁹⁷ a été l'une des premières mesures tendant à humaniser le droit pénal, et à respecter de manière intangible le droit à la vie sous toutes ses formes.

⁸⁹² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (*BOE n° 281 du 24/11/1995, pp. 33987-33058*), art. 184.

⁸⁹³ Code pénal espagnol, dernière modification du 22 juin 2005 (*BOE n°49 du 23/6/2005, p. 21846*)

⁸⁹⁴ Ley orgánica 13/1985, du 9 décembre 1985, du Code pénal militaire (*BOE n° 296 du 11/12/1985, pp. 39085-39099*).

⁸⁹⁵ Constitution espagnole, *passim*.

⁸⁹⁶ La « Phalange » était le parti nationaliste d'extrême-droite espagnol fondé en 1933 qui a pris le pouvoir en Espagne depuis la fin de la guerre civile en 1936, jusqu'à la mort du Général Franco en 1975.

⁸⁹⁷ Le 15 novembre 1995, le Sénat vote à l'unanimité l'abolition de la peine de mort dans le Code de justice militaire. Le texte est ensuite publié au Journal officiel le 28 novembre (Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra (*BOE n° 284 du 28/11/1995, pp. 34269-34270*)). L'Espagne avait aboli la peine capitale pour les crimes de droit commun en 1978, avant d'abolir définitivement la peine capitale. Les dernières exécutions capitales remontaient à 1975.

Pourtant, certaines caractéristiques de l'ancien pouvoir restaient présentes, particulièrement au sein de l'institution militaire, qui n'est pas en principe réputée, quels que soient les pays, pour être un bastion du respect des droits humains et de la tolérance.

Dans l'armée franquiste, les atteintes aux droits de l'homme étaient particulièrement féroces et la nouvelle société démocratique ne pouvait plus se satisfaire au sein de son armée, des substrats de la dictature, en termes de comportements abusifs, violents, de brimades cruelles et d'atteintes graves à la personnalité, à la dignité et à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle.

C'est la raison pour laquelle, il était urgent pour le législateur de commencer à modifier le Code pénal militaire.

2. Code pénal militaire

Le Code pénal militaire a prévu le délit d' « atteinte à la personnalité », en proclamant l'interdiction des traitements dégradants, bien avant toute autre législation, fût-elle répressive⁸⁹⁸.

Ce texte de loi contient au surplus des éléments particulièrement détaillés dans le domaine du harcèlement, en particulier en matière d'abus d'autorité. Sont sévèrement punis les abus de pouvoir dans l'exercice du commandement.

A. Notion d'arbitraire, principe

Le Code pénal militaire prévoit d'une part, que soient qualifiés de délits les abus de pouvoir, l'arbitraire et les atteintes à la personnalité, tout comme les traitements inhumains et dégradants⁸⁹⁹.

Voici quelques exemples :

« Le supérieur qui, abusant de ses prérogatives de commandement ou de son grade, occasionne un préjudice grave à son subordonné, le contraint à des actes non conformes à l'intérêt du service, ou lui interdit arbitrairement l'exercice d'un droit, sera puni d'une peine de trois mois et un jour à quatre mois de prison. »

« Le supérieur qui maltraite physiquement un inférieur sera puni d'une peine de trois mois et un jour à cinq ans de prison. S'il cause à la personne, sujet de la maltraitance, des lésions graves, il sera puni d'une peine de cinq à quinze ans de prison. S'il cause la mort, il sera puni d'une peine de quinze à vingt-cinq ans de prison. »⁹⁰⁰

⁸⁹⁸ Ley orgánica 13/1985, du 9 décembre 1985, du Code pénal militaire (BOE n° 296 du 11/12/1985, p. 39085), art. 103-106.

⁸⁹⁹ Code pénal militaire, art. 106.

⁹⁰⁰ *Id.*, art. 103-104, traduction libre de l'auteure.

Les peines prévues, de 3 mois et un jour à 25 ans de prison font montre d'une grande sévérité.

La mise en œuvre de la volonté du législateur suppose évidemment que la jurisprudence pénale militaire sanctionne de manière exemplaire et juste des comportements de maltraitance psychologique⁹⁰¹.

« Le supérieur qui traite un subordonné d'une manière dégradante ou inhumaine sera puni d'une peine de trois mois et un jour, à cinq ans de prison. »⁹⁰²

Ces dispositions qui s'appliquent en temps de guerre ou lors d'opérations militaires en temps de paix.

Pour les flagrants délits militaires de trahison, rébellion, sédition, les insultes à un supérieur, la désobéissance, la lâcheté, abandon de service et contre les usages de la guerre, le supérieur qui recourt à un abus d'autorité qualifiée, telle que mentionnée ci-dessus, pourra s'exonérer de sa responsabilité⁹⁰³, à certaines conditions précises. Il « sera libéré de sa responsabilité s'il est prouvé qu'il a évité la commission de ces délits par des moyens raisonnablement nécessaires et proportionnés. »⁹⁰⁴

Le supérieur doit donc adopter une attitude active pour montrer qu'il a sanctionné son subordonné de manière proportionnée. En outre, il doit également adopter une attitude active pour empêcher la commission de délits de cet ordre. Il doit avoir le courage de s'opposer à ses subordonnés dans ce domaine, tout en respectant le principe de la proportionnalité et bien entendu, de la légalité.

« Le militaire chargé d'une opération de force ou d'une unité militaire de commandement, commandant d'un navire de guerre ou d'un aéronef militaire, qui ne maintient pas la discipline requise au sein des troupes sous son commandement, qui tolère de ses subordonnés un quelconque abus d'autorité ou des débordements et n'agit pas avec l'énergie nécessaire de manière à empêcher un délit militaire sera puni de la peine de trois mois et un jour à quatre ans de prison. »⁹⁰⁵

« Le militaire qui, dans l'exercice de son commandement, dépassera de manière arbitraire ses prérogatives, ou se prévalant de son emploi ou du but

⁹⁰¹ A ce propos : Sentencia de la Sala 5^a del Tribunal Supremo de fecha 14 de septiembre de 1992, número 28/1992, Ponente: Francisco Javier Sánchez del Río. La jurisprudence militaire considère que « même si des motifs pédagogiques impliquent une mesure de correction du comportement qui, en l'espèce s'avérait justifiée et nécessaire, point n'est besoin d'utiliser à ces fins des pratiques dégradantes et humiliantes. En outre, cette jurisprudence dénonce la personnalité aberrante de certains supérieurs qui les conduit à tirer une jouissance personnelle de voir infliger à autrui un traitement dégradant et à attenter à sa dignité. » Traduction libre de l'auteure.

⁹⁰² Ley orgánica 13/1985, du 9 décembre 1985, art. 106, traduction libre de l'auteure.

⁹⁰³ Voir lexicque : « exonération de la responsabilité ».

⁹⁰⁴ Ley orgánica 13/1985, art. 106, traduction libre de l'auteure ; voir lexicque : « preuves libératoires ».

⁹⁰⁵ *Id.*, art. 131, traduction libre de l'auteure.

fixé, commettra un quelconque autre abus grave sera puni de la peine de trois mois et un jour à deux ans de prison. »⁹⁰⁶

« Le militaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, et sans élément justificatif, exerce ou ordonne d'exercer contre une autre personne des violences inutiles dans le but d'exécuter un acte de service qu'il doit réaliser ou ordonner et qui permet ou fait un usage illicite des armes sera puni de la peine d'un mois à quatre ans de prison. »⁹⁰⁷

Les notions qui se dégagent de dispositions jurisprudentielles précédentes prennent en compte le respect de la dignité de la victime, celui du principe de proportionnalité dans l'exercice des sanctions infligées par les supérieurs, l'élément moral et la dignité de l'auteur.

Cette dernière mention mérite de s'attarder sur la notion de « dignité », en ce qui concerne l'auteur. On peut s'interroger sur ce que le juge a voulu prendre en compte. Quoi qu'il en soit, mettre sur un pied d'égalité la notion de dignité de la victime et celle de dignité de l'auteur permet d'introduire l'idée selon laquelle, dans un cadre militaire, les exactions, les violences inutiles et l'usage illicite des armes, portent atteinte non seulement à la dignité des victimes, bien sûr, mais seraient de nature à porter atteinte à l'ensemble des personnes qui représentent l'institution. Si un militaire gradé se comporte, dans l'exercice de ses fonctions, de manière à porter atteinte à la dignité des victimes, il met à mal la dignité de sa fonction même et porte donc atteinte à l'institution militaire tout entière. Cet élément tend donc à rendre le militaire coupable d'abus d'autorité responsable d'une atteinte à l'image de l'armée. Par conséquent, sa responsabilité peut être doublement engagée, tant à l'égard de sa, ou de ses victimes, que de l'Etat. Cette notion est nouvelle et même « révolutionnaire » par rapport à la toute puissance militaire de l'Espagne franquiste.

B. Application du principe, répression

Ce texte introduit des peines complémentaires en cas de non-dénonciation d'un délit.

« Sera puni d'une peine de rétrogradation celui qui aide, postérieurement à la commission d'un délit, les auteurs de celui-ci, afin qu'ils bénéficient du produit, du profit ou du prix d'un délit, qui dissimule des éléments de preuve pour en empêcher la découverte, ou encore qui contribue à entraver l'enquête. »⁹⁰⁸

Ces dispositions introduisent donc une nouvelle notion, celle de l'engagement au service du bien commun et la valorisation du courage, non plus uniquement militaire, mais celui de s'opposer à la commission d'actes illicites faisant souvent impli-

⁹⁰⁶ Ley orgánica 13/1985, art. 138, traduction libre de l'auteur.

⁹⁰⁷ *Id.*, art. 139, traduction libre de l'auteur.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, art. 137, al. 1-3.

citement partie de la « culture » de l'armée, de collaborer avec les autorités pour faciliter leur découverte et, par voie de conséquence, de favoriser leur répression⁹⁰⁹.

Dès 1992, la jurisprudence considéra en outre, que la répression de tels comportements était indispensable à la prise de conscience de la société et des pouvoirs publics⁹¹⁰ du fait que le harcèlement psychologique était un risque professionnel. Les juges ont aussi mentionné le fait que ce type d'actes ne faisait pas l'objet d'une répression suffisante. En effet, le seul recours possible des victimes se résumait à la demande d'indemnisation devant les juridictions du travail.

Cette jurisprudence est novatrice et la prise de position du juge, courageuse. Ce dernier affirme que le harcèlement moral revêt un tel caractère de gravité qu'il doit être prévenu, réprimé et poursuivi au moyen de dispositions pénales. Le principe d'intervention minimale du droit pénal ne doit pas esquiver le problème, sous prétexte que ce comportement s'est produit dans le cadre des relations de travail. Quand ce type de comportement se produit, le contrat de travail est violé et les seules dispositions du droit du travail ne permettent pas de réprimer ces faits, en proportion de la gravité des actes commis. Avant que le Code pénal ne qualifie de manière spécifique ces conduites, il convenait de recourir aux articles se référant aux tortures et traitements dégradants, à la coaction, la menace, etc., selon les caractéristiques de chaque cas concret.

C. Le Code pénal de 1995

a. Champ d'application

Le texte est applicable aux travailleurs qui offrent volontairement leurs services contre rétribution à un « employeur »⁹¹¹.

Est considéré comme employeur, au sens de l'alinéa précédent, toute personne physique, morale ou communauté de biens, qui bénéficie des services d'une personne,

⁹⁰⁹ N.B. Dans une moindre mesure, un certain nombre d'entreprises et d'universités, encourageant certaines dénonciations, en utilisant, à tort ou à raison, d'ailleurs, le terme de *whistleblowing*. A propos de ce phénomène, voir HIRIGOYEN, 2001, pp. 100-103.

Dans d'autres entreprises publiques ou privées, la dénonciation d'actes illicites et même pénalement condamnables, fait plutôt l'objet de brimades (Voir www.tsr.ch, mars 2008, « affaire Resende », Jorge Resende, ancien employé à la RSR, licencié pour avoir divulgué l'utilisation par des collègues de fichiers pédophiles).

⁹¹⁰ Sentencia de la Sala 5^a del Tribunal Supremo de fecha 14 de septiembre de 1992, número 28/1992, Ponente: Francisco Javier SANCHEZ DEL RIO (V. Conclusiones, cons. 2 a), « Le harcèlement moral au travail revêt une telle gravité qu'il convient de prévenir, de réprimer et même de poursuivre au plan pénal et doit être considéré comme un risque de travail. Comme notre Code pénal ne qualifie pas de manière particulière et ne réprime pas ces comportements (*conductas*), il faut se référer aux articles relatifs aux tortures et aux traitements dégradants, à la complicité, aux menaces, etc., en fonction des caractéristiques de chaque état de fait. ». Traduction libre de l'auteure.

⁹¹¹ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE n° 75 du 29/03/1995, pp. 9654-9688), art. 1, al. 1.

ainsi que les entreprises de sous-traitance de services, pourvu qu'elles aient été légalement constituées⁹¹².

Cette précision étend le champ d'application du texte à des employeurs qui peuvent être occasionnels, qui ne traitent pas directement avec les employés, ou qui peuvent employer certaines personnes de manière transitoire.

Dans le cas de la mise en cause d'une personne morale, ce sont les personnes physiques en charge de la responsabilité de cette personne morale qui voient leur responsabilité engagée.

Quant à l'activité professionnelle :

Cette possible incrimination se situe « dans le cadre d'une relation de travail », ce qui est moins restrictif que le cadre des relations « au travail » ou encore « sur le lieu de travail » ou « lors de l'exécution du travail », comme dans la loi belge⁹¹³. Ceci permet d'étendre le champ d'application à des situations qui sont liées même de manière assez lointaine au travail ou aux relations de travail. Par exemple si la victime ne se trouve pas « en train d'exécuter » son travail au moment où se déroulent les comportements abusifs. Effectivement, ce que l'on appelle le « cadre de travail » ne se limite pas au lieu dans lequel se déroule la prestation de travail, ni à l'horaire de travail prescrit et respecté.

Quant à la nature du travail et au niveau de responsabilités dans l'entreprise, le harcèlement est punissable lorsqu'il est perpétré par quelqu'un se prévalant d'une supériorité hiérarchique, ceci y compris, dans le cadre de l'enseignement.

Quant aux effets sur la victime :

Sont pris en compte pour l'incrimination de ce comportement, les deux éléments que nous avons préalablement relevés⁹¹⁴ : le caractère objectif en tant que situation intimidante, hostile ou humiliante et le caractère subjectif, à savoir les effets de ce comportement sur la victime.

Ces deux éléments constituent des conditions alternatives et non cumulatives, ce qui est favorable à la victime et offre une garantie accrue contre les comportements abusifs⁹¹⁵.

⁹¹² Real Decreto Legislativo 1/1995, art. 2, *al.* 2.

⁹¹³ Voir *infra*, 2^{ème} partie, chap. IV.

⁹¹⁴ Voir *supra*, 2^{ème} partie, chap. II, V, 2.

⁹¹⁵ Code pénal espagnol, art. 184.

b. Eléments de définition

Le harcèlement psychologique

Le harcèlement psychologique ou moral, appelé généralement « acoso moral » ou « mobbing », et le harcèlement perpétré dans le cadre des relations de travail, appelé communément « acoso laboral » (harcèlement professionnel), ne sont mentionnés en tant que tels, ni dans la loi sur le travail, ni dans la Loi sur la Fonction publique, ni dans le Code pénal. Toutefois, nous avons vu qu'un certain nombre de discriminations énumérées largement dans la loi⁹¹⁶ faisaient l'objet d'une incrimination, ainsi que de sanctions infligées par l'autorité administrative.

Ces discriminations, de même que les actes qualifiés d'« atteintes à la personnalité »⁹¹⁷, sont considérées comme des infractions de l'employeur.

Mais il n'est pas prévu d'engager une procédure pénale sur la base de la commission d'une infraction qualifiée de « harcèlement psychologique », à l'encontre de l'employeur ou d'un employé de l'entreprise.

Il existe, en droit espagnol une infraction s'apparentant à la « torture psychologique »⁹¹⁸, qui n'est pas non plus définie en termes précis. Cette infraction s'inscrit dans tout un chapitre du Code pénal⁹¹⁹, intitulé « De la torture et autres délits contre l'intégrité morale »⁹²⁰. La mention de l'infraction indiquant « autres délits contre l'intégrité morale », permet de penser que les articles concernés, se réfèrent prioritairement à la torture psychologique, et non à la torture en général. Cette infraction revêt un caractère général, mais comporte un paragraphe spécifique relatif à ce type de violences dans le cadre privé et familial. La torture en général, et les atteintes à l'intégrité physique, sont bien entendu prohibées par d'autres articles du Code pénal⁹²¹.

Malgré le fait que le mobbing n'y soit pas mentionné en tant que tel, le Code pénal, à travers la notion de « torture morale », permet de poursuivre un large éventail de comportements illicites.

La nouvelle version du Code pénal, actuellement en discussion aux Cortes⁹²², proposerait comme définition du harcèlement professionnel :

« Les agissements d'une ou plusieurs personnes d'une entreprise, société ou institution, à l'encontre d'un ou d'une collègue de travail dans le but de lui

⁹¹⁶ Voir *supra*, 2^{ème} partie, chap. III.I.4.B, sur les discriminations et l'atteinte à la sphère privée et à la dignité du travailleur, de même que le harcèlement sexuel.

⁹¹⁷ TERCIER, 1984, pp. 79 *ss*. Voir lexique : « atteinte à la personnalité ».

⁹¹⁸ Code pénal espagnol, « *De las torturas y otros delitos contra la integridad moral* », chap. VII, art. 173.

⁹¹⁹ *Id.*, art. 173, *al.* 1.

⁹²⁰ Traduction libre de l'auteure.

⁹²¹ Code pénal espagnol, art. 50, *al.* 4.

⁹²² Information donnée sur le site web de l'ASASCAPT, Association Asturienne contre le harcèlement psychologique au travail.

faire abandonner son poste, de saper sa propre estime de soi, ou d'élever, à ses dépendants, celle de ses agresseurs. »

En Espagne, le premier jugement pour harcèlement professionnel date de 2001. Bien que la première version du Code pénal considère déjà ce type de comportement comme un délit, le gouvernement souhaite durcir encore la législation en punissant sévèrement la pratique de tels agissements.

Le harcèlement sexuel

Dans le Code pénal espagnol, les éléments constitutifs du harcèlement sexuel sont exprimés selon les termes suivants:

« Celui qui sollicite des faveurs de nature sexuelle pour lui ou pour un tiers en abusant de la hiérarchie professionnelle enseignante ou équivalente, indiquant expressément ou tacitement à la victime qu'elle peut lui occasionner un préjudice lié aux légitimes attentes qu'elle peut obtenir de dite relation, sera puni, en tant qu'auteur de harcèlement sexuel par une peine d'arrêt ou d'une peine de jour-amende de six à 12 mois. »⁹²³

Ce comportement se définit donc comme l'obtention de faveurs sexuelles, pour soi-même ou pour un tiers, en se prévalant d'une situation de supériorité hiérarchique, de sa position d'enseignant ou d'une position équivalente, dans le but de causer à la victime un dommage⁹²⁴ en relation avec les attentes légitimes que celle-ci pourrait obtenir desdites relations⁹²⁵.

Ceci signifie que les termes de la « proposition » incluent dans le « contrat », tel ou tel avantage ou telle ou telle facilité sur le plan professionnel ou académique, légitime ou non. Si la victime n'obtempère pas, elle aura à subir les désagréments liés à son refus.

Cette définition et son incrimination sont intéressantes, d'autant plus qu'elles ajoutent à la notion de fonction hiérarchique, celle de « fonction enseignante ». Cet élément est d'autant plus intéressant qu'à un certain niveau, tel que celui des diplômants de hautes écoles ou de chercheurs en formation à l'université, la fonction enseignante se confond avec la fonction hiérarchique. Il faut souligner dans ce cas d'espèce, l'importance du pouvoir et l'impact futur d'un formateur à l'université (qu'il ait le titre de professeur ou non), sur l'issue des études et le démarrage d'une carrière de chercheur.

La définition du harcèlement sexuel est quelque peu insuffisante au regard des développements menés jusqu'à maintenant. En effet, lorsque le harcèlement sexuel n'est pas explicitement libidineux mais est « simplement » outrageant, provocateur, il n'est pas pris en compte en tant qu'infraction pénale. Ceci pas plus que ne sont prises en compte les diverses réflexions proférées à l'égard des femmes que, la plu-

⁹²³ Code pénal espagnol, art. 184.

⁹²⁴ Voir lexique : « dommage ».

⁹²⁵ Code pénal espagnol, art. 184.

part du temps, personne ne songerait à adresser à un homme. Ces éléments attentatoires à la personnalité et à la dignité sont à rechercher dans d'autres dispositions, comme celles relatives à la discrimination⁹²⁶, ou à l'atteinte à la personnalité⁹²⁷ et à l'intégrité morale⁹²⁸, ou à la torture morale⁹²⁹.

On voit que l'élément moral qui est, dans ce cas, une forme de chantage conscient et volontaire, ne prend pas en compte tous les éléments du harcèlement sexuel dans le cadre professionnel⁹³⁰.

Les délits d'exhibitionnisme et de provocation sexuelle sont explicitement mentionnés et existent bien en droit pénal espagnol, mais ne protègent que les mineurs et les personnes diminuées physiquement ou mentalement⁹³¹.

L'incrimination du harcèlement sexuel se limite donc à l'obtention de faveurs (de nature sexuelle). Elle ne prend pas en compte les autres formes de harcèlement sexuel, ou de harcèlement de nature sexuelle ou discriminatoire développées préalablement.

Toutefois, si l'on se réfère à l'article 173 du Code pénal⁹³², le harcèlement à caractère sexualisé, discriminatoire ou pornographique peut-être pris en compte dans le cadre du harcèlement psychologique. En effet, car est constitutif de harcèlement moral le fait d'infliger à une autre personne un traitement dégradant, de nature à porter atteinte gravement à son intégrité morale.

Ces éléments peuvent aussi être appliqués au harcèlement sexuel sous toutes ses formes, car l'on sait que ce comportement, est une forme de harcèlement psychologique qui constitue un traitement dégradant, de nature à porter gravement atteinte à l'intégrité morale d'une personne.

Cette définition ne semble cependant pas assez précise au plan juridique, car aucun élément ne détaille avec une précision suffisante ce qu'est un « traitement dégradant ».

De nombreuses personnes considèrent encore que faire circuler des photographies, des dessins, ou des caricatures à caractère pornographique qu'ils jugent eux-mêmes « artistiques » de femmes nues, ou même d'hommes dans des tenues suggestives, est simplement réjouissant et serait de nature à « détendre l'atmosphère ». Ce comportement, lorsqu'il est imposé, ou qu'il n'a rien à faire dans le cadre des prestations de travail, est plutôt de nature à « polluer l'atmosphère » en érotisant de manière malsaine le cadre professionnel. Il nous paraît donc indispensable qu'une définition prenne en considération le caractère imposé du comportement supposé « amusant »,

⁹²⁶ Loi sur le Statut des travailleurs, art. 18 et Décret d'application en matière de sanctions, art. 8, *al.* 12.

⁹²⁷ *Id.*, art. 4 *litt.* c-e.

⁹²⁸ Code pénal espagnol, art. 169 et 184.

⁹²⁹ *Id.*, art. 174.

⁹³⁰ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. II, V.

⁹³¹ Code pénal espagnol, art. 185-186.

⁹³² *Id.*, art. 173.

ainsi que le fait que la cible ou le spectateur de tels débordements puisse être reconnu comme victime, après avoir manifesté sa désapprobation⁹³³.

Le comportement incriminé en tant que harcèlement sexuel doit gêner, froisser, heurter une personne en particulier, au moins. Si le comportement mentionné ne porte pas atteinte à l'intégrité morale, ou si personne ne se plaint, de fait, il n'existe pas de harcèlement sexuel. Donc, pour qu'il y ait « harcèlement », il faut au moins une victime, avérée.

En revanche, si les activités énoncées sont exercées sur le temps de travail, ou sur le lieu de travail, même lors des pauses, des sanctions doivent être prévues, pour des raisons évidentes de productivité, mais également afin de prévenir une possible dégradation des conditions de travail de certaines personnes. Ceci en amont de toute plainte formelle ou informelle.

Il est donc éthiquement et légalement possible de considérer que ces manifestations licencieuses constituent un comportement inadéquat dans un service, car susceptible de porter atteinte à l'intégrité morale d'un individu.

Par conséquent, pour que des comportements de harcèlement ne soient pas minimisés ou gommés par des attitudes individuelles ou collectives généralisées, le harcèlement sexuel doit être clairement défini et les pratiques abusives à caractère sexualisé, doivent être assimilées à une forme de harcèlement sexuel⁹³⁴.

Sur le plan civil, c'est uniquement la discrimination qui peut être prise en compte⁹³⁵. En fait, ces dispositions mériteraient d'être précisées. Tant qu'on ne précise pas en quoi consiste la discrimination et quels sont les actes de harcèlement qui peuvent être pris en compte, la qualification des faits et leur incrimination reste vague.

c. Notion d'infraction et Loi de prévention

Le principe

Le contenu des dispositions du Code pénal ci-dessus résumé est complété par une loi de prévention des risques liés au travail qui apporte des précisions intéressantes. Sont à ce titre considérées comme des infractions très graves quant à la mise en œuvre de la défense des personnes lésées :

- Le fait de ne pas observer les normes spécifiques en matière de protection de la sécurité et de la santé des travailleuses pendant la durée de la grossesse et de l'allaitement⁹³⁶.
- Les actes ou omissions qui empêchent l'exercice du droit des travailleurs à arrêter son activité dans les cas de risques graves et imminents, dans les cas prévus à l'article 21 de la loi sur la prévention des risques au travail⁹³⁷.

⁹³³ Voir *infra*, 2^{ème} partie, chap IV, IV, 4.

⁹³⁴ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. III, I, 2.

⁹³⁵ Loi sur le Statut des travailleurs, art. 13 *bis*.

⁹³⁶ Loi de prévention des risques liés au travail, art. 20.

Ce texte prévoit en outre que l'individu qui agit en tant qu'administrateur ou de représentant légal pour une autre personne peut être considéré comme responsable pour partie des agressions à caractère psychologique à l'encontre de la personne qu'il représente⁹³⁸. Cette réforme met en avant la lutte contre les conduites de harcèlement dans le monde du travail, incluant les humiliations que l'on appelle aussi « mobbing » en espagnol. Voir l'article consacré aux atteintes à l'intégrité morale qui est puni d'une peine de prison de six mois à deux ans⁹³⁹. L'une des grandes nouveautés de cette loi est l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales.

La responsabilité pénale s'étend aux sociétés commerciales et les dirigeants doivent aussi répondre des actes délictueux des personnes soumises à leur pouvoir hiérarchique. Ils sont responsables également s'ils ont donné des ordres permettant ou incitant à commettre un acte délictueux, et même tout simplement s'ils n'ont pas exercé leur devoir de contrôle pour éviter la commission de ces délits.

Notons qu'aujourd'hui la responsabilité pénale des personnes morales est admise dans l'ordre juridique des pays voisins européens : Grande-Bretagne, Finlande, Suède, Norvège, Islande, Allemagne, Belgique, Danemark, Autriche, Luxembourg, France, Italie, Portugal, Lettonie, Lituanie, Estonie et Pays-Bas.

Peines prévues

Le harcèlement sexuel sera puni d'une peine de prison de 12 à 24 week-ends, ou de 6 à 12 mois de jours-amende⁹⁴⁰.

En ce qui concerne le harcèlement moral, celui qui inflige à une autre personne un traitement dégradant, portant gravement atteinte à son intégrité morale sera puni d'une peine de prison de six mois à deux ans. La peine d'amende se définit comme une peine pécuniaire sauf, si la loi en dispose autrement, la peine d'amende sera imposée par le système de jours-amende. Celle-ci sera de 10 jours minimum et de 2 ans au plus et le taux par jour sera de deux euros minimum et de quarante euros maximum. Lorsque le juge fixe la peine par mois ou années, les mois comprendront 30 jours et les années 360 jours.

⁹³⁷ Loi de prévention des risques liés au travail, art. 21. Cet article introduit un certain nombre d'obligations de la part de l'employeur, lorsque les salariés sont exposés à un risque grave et imminent. Il doit, notamment informer tous les travailleurs potentiellement exposés à ce risque que celui-ci peut les toucher, ainsi que des mesures qui doivent être adoptées. Il doit en outre faire en sorte que les travailleurs puissent interrompre leur activité, éventuellement quitter immédiatement leur lieu de travail, même dans le cas où ils n'auraient pas pu joindre immédiatement leur supérieur hiérarchique. Outre les abus de droit et les procédures engagées de mauvaise foi, les travailleurs sont protégés lorsqu'ils estiment que ces actions sont nécessaires.

⁹³⁸ *Id.*, art. 31.

⁹³⁹ Code pénal espagnol, art. 57.

⁹⁴⁰ *Id.*, art. 184 et 50, *al.* 4.

Nonobstant les dispositions des articles antérieurs, et quand le Code le détermine ainsi, le montant de l'amende sera déterminé en fonction du dommage causé, la valeur de l'objet du délit ou le bénéfice qu'en a tiré l'auteur.

Notons que dans les cas précités,

« Les juges et tribunaux décideront l'amende dans le cadre des limites fixées pour chaque délit, afin de déterminer la quantité prévue pour chaque cas, non seulement les circonstances atténuantes et aggravantes des faits de l'espèce, mais en premier lieu de la situation économique du coupable. »⁹⁴¹

Cet élément est particulièrement favorable à la défense des victimes, dans la mesure où les employeurs, partie forte au contrat, seront sanctionnés pécuniairement plus sévèrement qu'un employé qui se trouve dans une situation économique moins favorable. Ces dispositions devraient inciter les employeurs à mettre en place des mesures de prévention et leurs actions de contrôle, afin d'éviter d'être déclarés complices d'actes de harcèlement.

De plus, les juges et les tribunaux, dans le cadre notamment, des délits de torture et contre l'intégrité morale, la liberté sexuelle, le respect de l'intimité, l'honneur et l'ordre socio-économique, selon la gravité des faits et la dangerosité de la personne délinquante, peuvent dans le cadre de leur sentence, imposer à l'auteur de ne pas s'approcher de la victime ou de sa famille, ou même du lieu de commission de l'infraction pendant une période qui peut aller jusqu'à cinq ans⁹⁴².

Circonstances aggravantes

La loi pénale prévoit en outre des circonstances aggravantes⁹⁴³.

- Quant à l'agresseur : en cas d'abus de sa position hiérarchique ou académique, la peine est de 5 à 7 mois de prison, ou de jours-amende d'une durée de 10 à 14 mois. Il s'agit de peines alternatives et non cumulatives. Mais, il faut noter que même si le juge ne retient que la peine de jours-amende, il s'agit de peines qui sont sévères. D'autant plus que le montant du jour-amende peut être déterminé par le juge en fonction du dommage causé.

- Quant aux pressions exercées sur la victime : si dans le cadre des délits mentionnés aux articles précédents -en plus de l'atteinte à l'intégrité morale- se produit une lésion⁹⁴⁴ *a fortiori* une atteinte à la vie, à l'intégrité physique, à la santé, à l'intégrité sexuelle ou aux biens juridiquement protégés de la victime, ces faits seront punis séparément de la peine qui correspond aux délits ou aux fautes commises. Il n'y a pas d'absorption d'un délit par un autre⁹⁴⁵.

⁹⁴¹ Code pénal espagnol, art. 173-177.

⁹⁴² *Id.*, art. 57.

⁹⁴³ *Ibid.*, Capítulo IV, art. 22.

⁹⁴⁴ Voir lexique : « lésion ».

⁹⁴⁵ Code pénal espagnol, art. 177.

- **Quant à la personnalité de la victime** : en raison de son âge, d'une maladie ou de sa situation particulièrement vulnérable, la peine sera, dans le cas où cette circonstance ne sera pas cumulée avec la circonstance aggravante précédente (abus d'autorité ou pressions), de 5 à 7 mois d'emprisonnement ou d'une peine de jours-amende de 10 à 14 mois. Si l'une des circonstances aggravantes prévues à l'al. 2 s'ajoute à la présente circonstance, la peine sera plus sévère : de six mois à un an d'emprisonnement. Les circonstances aggravantes se cumulent donc. La volonté du législateur se manifeste donc résolument en faveur de la protection de la victime et d'une répression sévère de l'infraction ne laissant place à aucun échappatoire.

Responsabilité particulière de l'employeur

Nous avons vu que le fait de harceler est qualifié d' « infraction très grave ». Il convient ici de noter que dans la qualification même d' « infraction très grave », il existe trois degrés dont dépendra la lourdeur de l'amende infligée à l'employeur⁹⁴⁶.

En outre, ces degrés de gravité sont établis par décret, pour les contrevenants employeurs, en fonction de la négligence et de l'intentionnalité des fautes commises, qui constituent des circonstances aggravantes⁹⁴⁷. En cas de récidive dans les 365 jours il devient possible de prononcer une peine correspondant au double de la peine prononcée auparavant⁹⁴⁸.

D. Dispositions du Code pénal, particulières à la fonction publique

a. Cadre de travail

Nous avons évoqué ci-dessus que de grands bouleversements étaient intervenus en Espagne entre les années 1975 et 1980. A un régime autoritaire, d'où n'était pas absent le népotisme, a succédé une démocratie dans laquelle l'arbitraire, les abus de pouvoirs, en particulier au sein de l'administration ont été prohibés⁹⁴⁹.

Une volonté de moraliser l'administration dans ses rapports avec les administrés tout comme la transparence dans l'accès aux fonctions publiques se sont manifestées. Le Code pénal comporte donc un certain nombre d'articles qui s'appliquent spécialement à la fonction publique, rendant les sentences plus sévères à l'égard des fonctionnaires commettant des infractions dans le cadre de leurs fonctions⁹⁵⁰.

L'art. 174 du Code pénal indique que :

« Commet un acte de torture l'autorité ou le fonctionnaire public qui, abusant de sa charge, et dans le but d'obtenir un aveu ou une information de

⁹⁴⁶ Décret d'application en matière de sanctions, art. 39, al. 1.

⁹⁴⁷ *Id.*, art. 39, al. 2.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, art. 40-41.

⁹⁴⁹ Ley 8/1988 sobre Infracciones y Sanciones en el Orden social, cité par : Lorho, HILP, 2001, p. 18.

⁹⁵⁰ Code pénal espagnol, art. 175.

quiconque, ou de la punir pour un fait commis, ou dont il soupçonne la commission, la soumet à des conditions ou à des procédés qui, par leur nature, leur durée ou d'autres circonstances, lui occasionnent des souffrances physiques ou mentales, la suppression ou la diminution de ses facultés de connaissance, de discernement ou de décision, ou d'une quelconque autre façon porte atteinte à son intégrité morale. »⁹⁵¹

Toute personne reconnue coupable de torture sera punie d'une peine de prison de 2 à 6 ans si l'atteinte est grave et d'1 à 3 ans si elle ne l'est pas. En plus des peines susmentionnées, dans tous les cas sera prononcée la radiation absolue des fonctions d'une durée de 8 à 12 ans.

Les mêmes peines seront appliquées à l'autorité ou aux fonctionnaires d'établissements pénitentiaires ou de centres de détention de mineurs qui commettraient envers les détenus les actes auxquels se réfèrent les précédentes dispositions.

L'ar. 175 étend la notion d'atteinte à l'intégrité morale à toute autorité ou fonctionnaire public qui, abuserait de son pouvoir en dehors des cas cités précédemment. La peine prévue est de 2 à 4 ans d'emprisonnement si l'atteinte est grave et de 6 mois à 2 ans si elle ne l'est pas. Dans tous les cas, l'auteur se verra imposé en plus des peines mentionnées, la privation de l'emploi ou de la charge publique pendant une durée de 2 à 4 ans⁹⁵².

b. Etendue de la responsabilité

L'art. 176 prévoit que les peines prévues aux art. 173 et 174, sont applicables à l'autorité ou au fonctionnaire qui, manquant aux devoirs de sa charge, tolère que d'autres personnes commettent ces actes⁹⁵³.

Ces articles montrent une volonté de châtier vigoureusement les membres représentants de la fonction publique auteurs de comportements portant atteinte à l'intégrité morale d'autres personnes. Ce texte démontre également une volonté affirmée de la part du législateur de moraliser et d'humaniser la fonction publique.

Toutefois, on ne peut encore une fois que regretter l'absence d'une définition claire du harcèlement psychologique. Ceci est d'autant plus regrettable que le harcèlement est, nous l'avons vu, à la fois un processus complexe de comportements multiformes, tout comme le résultat subjectif de ces comportements. Il aurait été souhaitable que le législateur apporte des précisions sur les éléments constitutifs de harcèlement, tant du point de vue de la description des actes commis que de leurs conséquences sur les victimes, autant que sur l'image et le fonctionnement des services publics de l'Etat et de la fonction publique en général.

Lorsque l'on parle de définition d'un comportement incriminé on doit avoir à l'esprit que la loi pénale étant d'interprétation stricte, le juge a l'obligation de se

⁹⁵¹ Code pénal espagnol, art. 174.

⁹⁵² *Id.*, art. 175

⁹⁵³ *Ibid.*, art. 173-174, 176

référer de manière précise au comportement incriminé et à lui seul, tel que le texte de loi le mentionne. Ceci est d'autant plus indispensable dans le cas susmentionné que les peines prévues pour ladite infraction sont très lourdes.

Il serait intéressant d'étudier, dans les Etats où les textes de loi en matière de harcèlement sont les plus répressifs, la précision des définitions et l'interprétation qu'en fait la jurisprudence.

Effectivement, lorsque les définitions sont imprécises et que l'incrimination et les peines sont sévères, il existe un danger : la pesée des intérêts et le respect de l'interprétation stricte du droit pénal imposent d'appliquer la loi en deçà de la volonté du législateur, afin de ne pas porter atteinte aux droits de la défense. Une loi qui prétend réprimer sévèrement un comportement et qui ne donne pas aux juridictions les moyens de l'appliquer, est inopérante.

Il est intéressant ici de donner le point de vue d'un syndicat : en Espagne, l'Institut syndical du travail de l'environnement et de la santé (ISTAS) définit le harcèlement moral en mettant l'accent sur l'intimidation⁹⁵⁴. Cet organisme précise que :

*« L'intimidation se distingue d'autres problèmes liés à l'organisation du travail, par la volonté de faire du tort, la persécution répétée d'une ou plusieurs personnes et pendant un certain temps. »*⁹⁵⁵

Les auteurs concluent qu'en l'absence de ces caractéristiques, il est possible de parler de risques psychosociaux provenant de lacunes au niveau de l'organisation du travail, mais pas à proprement parler de brimades. Pourtant, les brimades correspondent alors à ce à quoi Di Martino et Chappell⁹⁵⁶ se réfèrent dans le même ouvrage⁹⁵⁷. Même si l'on a vu que ce sont essentiellement l'intimidation et les brimades qui caractérisent les actes de harcèlement moral, et que ces actes peuvent être perpétrés aussi par des collègues de même niveau hiérarchique, il faut admettre que ces manifestations sont surtout le fait de supérieurs hiérarchiques qui sont plus armés pour imposer leur volonté.

L'institut syndical se réfère à des actes d'intimidation et des brimades, et insiste sur le caractère ouvert et brutal des atteintes. Il écarte ainsi les formes plus subtiles dans lesquelles s'inscrit, par exemple, le harcèlement horizontal ou même ascendant. Ils excluent plus sûrement encore le harcèlement qui peut être perpétré à l'égard des collaborateurs et collaboratrices par des personnes extérieures à l'entreprise, ainsi que le prévoit, comme nous le verrons, la loi belge⁹⁵⁸.

En outre, la définition susmentionnée⁹⁵⁹ est trop restrictive car nous savons que la notion d'intentionnalité avérée constitue souvent un piège pour l'autorité, tout

⁹⁵⁴ Cité par DI MARTINO, CHAPPELL, 2003, p. 4.

⁹⁵⁵ LLORENS Clara *et al.* (2002), *Informe sobre los casos de acoso moral en la red de asesores técnicos*, ISTAS (Instituto sindical de trabajo ambient y salud), 18 p., p. 2.

⁹⁵⁶ Cité par DI MARTINO, CHAPPELL, 2003, p. 4.

⁹⁵⁷ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. II, III.

⁹⁵⁸ Voir *infra*, 2^{ème} partie, chap. IV, II.

⁹⁵⁹ Rapport de l'institut syndical du travail espagnol (<http://www.istas.net/asesora/acosomoral/>).

comme pour la partie plaignante. L'une des caractéristiques majeures de l'appréhension du problème par le mobbeur se situe précisément dans la problématique suivante : soit il minimise ses comportements, soit il se retranche derrière la légitimité de ses agressions, en raison par exemple de l'incompétence réelle ou supposée de sa victime, soit il nie avoir eu l'intention de nuire à quiconque et se cache derrière une prétendue extrême fragilité et une sensibilité exacerbée de sa victime aux événements et aux remarques. Il sera donc extrêmement difficile, voire impossible de prouver « la volonté de faire du tort ».

De plus, la proposition « et pendant un certain temps » qui se réfère aux critères de Leymann⁹⁶⁰ est imprécise et par conséquent équivoque. Les observations mises en perspective par la pratique nous permettent d'affirmer qu'une personne peut être détruite psychologiquement en un temps relativement court. Deux ou trois semaines d'agressions multiformes et répétées peuvent être amplement suffisantes pour anéantir quelqu'un durablement, ou tout au moins, pour anéantir son système d'autodéfense et en faire une proie considérablement affaiblie, et donc sur le point de s'écrouler psychiquement⁹⁶¹.

Au surplus, les mobbeurs peuvent parfois laisser à leur victime un certain temps de répit. La victime, alors « souffle un peu » mais n'est pas encore en mesure de mobiliser suffisamment ses forces pour affronter de nouvelles atteintes à son intégrité morale. Celles-ci peuvent reprendre de plus belle pendant un laps de temps que l'on peut considérer -à choix- objectivement ou subjectivement comme « assez court » ou « relativement long ». Pourtant, le fait de jouer ainsi avec les émotions d'autrui en le laissant croire qu'on en a fini avec la maltraitance et que sa délivrance est arrivée, s'avère particulièrement devastateur.

Si les victimes ne peuvent pas bénéficier du temps nécessaire pour se reconstituer physiquement et psychiquement, elles ne peuvent pas se forger à nouveau une estime de soi et une dignité professionnelle au regard des autres membres de la communauté de travail. Les victimes croient en effet en avoir fini et la torture reprend.

La nature multiforme des agressions perpétrées est d'autant plus déstabilisante. C'est bien l'accumulation de périodes d'agression, ponctuées de périodes de répit, qui concourt à l'épuisement nerveux et à la perte de repères des victimes.

Ces lésions⁹⁶² s'imprimeront durablement dans leur psychisme, s'accumuleront et anéantiront plus sûrement encore leur capacité à se reconstruire personnellement et professionnellement. N'oublions pas qu'outre la victime, c'est l'entreprise et la

⁹⁶⁰ LEYMANN, 1996, pp. 43 ss.

⁹⁶¹ LEYMANN, 1996, p. 27 considérait que, pour que l'on puisse parler de harcèlement, les atteintes devaient se dérouler sur une période d'au moins six mois.

WENNUBST, 1999, pp. 85-87 pense qu'un mobbing peut résulter d'atteintes isolées.

WYLER Rémy (2008), *Droit du travail*, Zurich, Stämpfli, 1008 p., p. 323, mentionne qu'un tel avis est contraire à la définition du Tribunal fédéral et doit être rejetée : la notion de harcèlement s'inscrit dans la durée. Je pense que si le harcèlement s'inscrit dans la durée, il s'inscrit surtout dans la répétition, dans l'exercice d'une pression exercée. La durée est une notion très relative et j'ai pu pour ma part constater que l'on pouvait **briser** quelqu'un en moins d'un mois.

⁹⁶² Voir lexicque : « lésion ».

société, lorsque les gens sont exclus du monde professionnel, qui supportent directement les conséquences de cette désaffectation.

Dans la fonction publique, ce sont les usagers/contribuables (c'est-à-dire la société dans son ensemble) qui pâtissent de ces dysfonctionnements. C'est pourquoi il faut être très vigilant à la portée des définitions posées dans les dispositions légales élaborées sans englober toutes les situations possibles de harcèlement bien sûr ou en rendant juridiquement possible leur interprétation.

L'exemple susmentionné, se référant à l'ISTAS⁹⁶³, montre que le seul point de vue syndicaliste est par définition univoque. Ce point de vue n'est pas objectif par essence et n'a pas à l'être, puisqu'il s'inscrit dans la défense d'une seule catégorie de personnes. Il ne prend en compte que l'un des volets des atteintes à la personnalité, en ne considérant que les pressions sur les travailleurs et leur oppression ne provient pour ainsi dire que d'en haut. Sans raisonnement scientifique, et sans étude approfondie des différents travaux pluridisciplinaires réalisés sur le harcèlement, une définition de ce type est difficilement utilisable par les usagers et opérante pour les autorités entrepreneuriales, administratives ou judiciaires. Une autre difficulté se pose pour un syndicat : il peut être amené à défendre des salariés syndiqués qui sont adversaires dans une affaire de harcèlement. Il sera difficile de savoir quel parti prendre et qui défendre.

3. Conclusion

Si elles souhaitent faire valoir leurs droits, les victimes doivent rechercher des lois éparses dans la législation de caractère civil, administratif ou pénal, qui n'offre pas de définition uniforme. En outre, à cette complexité de recherche du droit de fond applicable, s'ajoutent les particularités procédurales propres à chaque référence légale. Cela complique considérablement les moyens d'action pour les victimes.

En conséquence, si l'on considère que la loi pénale protège les victimes tout comme les employeurs, il manque encore au droit espagnol que soit donnée une définition précise du harcèlement psychologique et que soient incluses les différentes facettes du harcèlement sexuel, du harcèlement sexualisé, ainsi que des atteintes à la personnalité de nature sexuelle ou de mépris. Mais néanmoins, le droit positif espagnol est beaucoup plus élaboré que le droit suisse et le législateur fédéral aurait fort intérêt à d'en inspirer pour mettre en place une législation complète et efficace dans ce domaine.

⁹⁶³ ISTAS, cité par DI MARTINO, CHAPPELL, 2001, p. 41.

Chapitre IV. Le droit belge

I. Historique et doctrine⁹⁶⁴

Les travaux de doctrine et le travail législatif effectués en Belgique⁹⁶⁵ pour lutter contre le harcèlement psychologique et sexuel dans le cadre de l'entreprise, s'inscrit dans le mouvement de réflexion, de prise de conscience et de lutte contre le harcèlement qui se sont amorcés petit à petit dans toute l'Europe. Notons qu'en Belgique, tout comme en France, le « harcèlement psychologique » est en général appelé « harcèlement moral ».

Comme l'Espagne, la Belgique dispose de plusieurs lois sur le travail, ainsi que :

- des normes de protection contractuelles d'ordre général,
- des normes de protection des travailleurs et des travailleuses en matière d'égalité de traitement,
- des normes de non-discrimination et de protection des droits sociaux et de la santé.

Ces dispositions sont impératives.

⁹⁶⁴ SANCHEZ-MAZAS Margarita, KOUBI Geneviève (2005), *Le harcèlement. De la société solidaire à la société solitaire*. Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 192 p. Contributions de: BRIMAN Joel (Université Fédérale de Rio de Janeiro), CARREITERO Teresa (Université de Rio de Janeiro), ELCHEROTH Guy (Université de Lausanne), ENRIQUEZ Eugène (Université de Paris VII), FERREIRA Nelly (Université de Cergy-Pontoise), DE GAULEJAC Vincent (Laboratoire de Changement Social, Paris), GUILLET Nicolas (Université de Cergy-Pontoise), HAROCHE Claudine (CNRS, Paris), KOUBI Geneviève (Université de Cergy-Pontoise), LHUILIER Dominique (Université de Paris VII), MAESSCHALCK Marc (Université de Louvain-la-Neuve), PUPPO Alberto (Université de Cergy-Pontoise), SANCHEZ-MAZAS Margarita (Université Libre de Bruxelles), VRANCX Virginie (Université Libre de Bruxelles).

SANCHEZ-MAZAS Margarita (2005), « Repenser l'individu dans le harcèlement », in : *Le harcèlement. De la société solidaire à la société solitaire*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, M. SANCHEZ-MAZAS, & G. KOUBI Eds., pp. 7-15.

SANCHEZ-MAZAS Margarita (2005), « Penser le social dans la vulnérabilité collective », in : *Le harcèlement. De la société solidaire à la société solitaire*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, M. SANCHEZ-MAZAS, & G. KOUBI Eds., pp. 181-186.

SANCHEZ-MAZAS Margarita, VRANCX Virginie (2005), Violence psychologique, dépendance et pouvoir libéral, in : *Le harcèlement. De la société solidaire à la société solitaire*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, M. SANCHEZ-MAZAS, & G. KOUBI Eds., pp. 115-124.

LICATA Laurent, SANCHEZ-MAZAS Margarita (2005), « Pour une psychologie sociale de l'altérité », in : *L'Autre : regards psychosociaux*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, M. SANCHEZ-MAZAS et L. LICATA Eds., pp. 9-21.

⁹⁶⁵ Les sources des textes législatifs ci-après mentionnés sont référencées à partir du site Internet officiel du Gouvernement belge intitulé « M.B. » ou « M.B. », dans sa version française. Le « M.B. » est l'équivalent de notre « Recueil systématique du droit fédéral ».

Depuis 1978, quatre lois essentielles consacrent explicitement l'interdiction du harcèlement lors de l'exécution du travail : trois textes qui relèvent du droit civil⁹⁶⁶, la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail⁹⁶⁷ et la loi relative à la protection des travailleurs contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail⁹⁶⁸, ainsi qu'une autre loi qui relève du droit pénal⁹⁶⁹.

De manière encore plus marquée que l'Espagne cependant, la Loi sur le bien-être⁹⁷⁰ répond à d'autres préoccupations que la loi de 1978, relative aux contrats de travail⁹⁷¹. Son but annonce en effet dans une large mesure une volonté clairement exprimée de lutter contre la souffrance au travail. Elle préfigure la volonté politique de prévenir et, si possible, d'éviter le harcèlement et la violence au travail.

Le droit belge a connu ensuite une complète refonte en 2007 que nous aborderons en fin du présent chapitre. Mais il est intéressant de présenter de manière approfondie la législation antérieure à 2007 qui pose de manière tout à fait précoce et novatrice la question du bien-être au travail et de l'interdiction du harcèlement sous toutes ses formes, en comparaison avec d'autres pays comme la France ou la Suisse⁹⁷².

La proposition de loi relative au harcèlement moral par la dégradation délibérée des conditions de travail⁹⁷³ a été élaborée en collaboration avec la FGTB⁹⁷⁴, déposée le 28 avril 2000 puis finalement intégrée dans la loi du 11 juin 2002. Ce texte vise à insérer le harcèlement moral dans la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail. Cette modification de la loi⁹⁷⁵ est rendue nécessaire par l'adoption de la directive européenne⁹⁷⁶ 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989⁹⁷⁷, puis de la directive 2000/43 du 29 juin 2000 et enfin, de la

⁹⁶⁶ Loi relative aux contrats de travail du 3 juillet 1978 (*M.B. du 22.08.1978*), *passim*

⁹⁶⁷ Loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail (*M.B. du 18.9.1996*, p. 24309), *passim*, abréviation librement choisie par l'auteure « Loi sur le bien-être ».

⁹⁶⁸ Ministère de l'Emploi et du travail 11 juin 2002, Loi relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail (*M.B. du 18.07.2002*, p. 28521), *passim*, abréviation librement choisie par l'auteure « Loi contre la violence et le harcèlement ».

⁹⁶⁹ Loi du 30 octobre 1998 qui insère un article 442 bis dans le Code pénal en vue d'incriminer le harcèlement (*M.B. du 17.12.1998*, p. 40074), *passim*, abréviation librement choisie par l'auteure « Code pénal belge ».

⁹⁷⁰ Loi sur le bien-être, art. 4, § 1^{er}, et art. 5, § 1^{er}.

⁹⁷¹ Loi relative aux contrats de travail, *passim*.

⁹⁷² Voir pour comparaison art. 328 CO.

⁹⁷³ Proposition de loi relative au harcèlement moral par la dégradation délibérée des conditions de travail (*Doc 2-419/1 du Sénat de Belgique, session de 1999-2000*, déposée par Philippe MAHOUX et Myriam VANLERBERGHE), *passim*.

⁹⁷⁴ FGTB : Fédération Générale du Travail de Belgique.

⁹⁷⁵ Loi contre la violence et le harcèlement, *passim*.

⁹⁷⁶ Voir lexique : « Directive ».

⁹⁷⁷ Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail (*Journal officiel n° L 183 du 29/06/1989* pp. 0001-0008), *passim*.

directive 2000/78 relative à l'égalité entre hommes et femmes dans les conditions de travail⁹⁷⁸. Le texte prévoit en particulier que :

«[...] l'employeur doit prendre des mesures de prévention qui ont, entre autres, trait à l'aménagement matériel du lieu de travail, l'organisation du travail, la sensibilisation et la formation de toutes les parties concernées (membres de la ligne hiérarchique, conseillers en prévention, travailleurs et membres des comités pour la prévention et la protection au travail).

L'employeur doit également établir des procédures qui permettront d'examiner les faits de violence, harcèlement moral et sexuel au travail et qui détermineront comment l'aide et l'appui nécessaires sont accordés à la victime.

Toutes ces mesures doivent être reprises dans le règlement du travail. Elles peuvent également être communiquées aux travailleurs par d'autres moyens de communication.

L'employeur doit désigner, après accord préalable des représentants des travailleurs au comité pour la prévention et la protection au travail, un conseiller en prévention qui est compétent dans le domaine des aspects psychosociaux du travail et la violence, le harcèlement moral et sexuel au travail. Si aucun accord n'est obtenu ou si l'employeur occupe moins que cinquante travailleurs, il doit faire appel à un conseiller en prévention d'un service externe pour la prévention et la protection au travail. Tout employeur peut également désigner des personnes de confiance selon une procédure similaire. »

979

Remarquons que le texte final de la loi belge du 11 juin 2002 est moins directif en ce qui concerne l'employeur. Il indique :

« L'employeur prend les mesures pour promouvoir le bien être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail. »⁹⁸⁰

Le texte final de la loi donne une définition du harcèlement moral, améliorée par rapport à la proposition initiale, sous la forme suivante :

« [...] les conduites abusives et répétées de toute origine, externe ou interne à l'entreprise ou l'institution, qui se manifestent notamment par des comportements, des paroles, des intimidations, des actes, des gestes et des écrits unilatéraux, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la personnalité, la dignité ou l'intégrité physique ou psychique d'un travailleur ou d'une

⁹⁷⁸ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (L 303/16) (Journal officiel n° L 180 du 19/07/2000 pp. 16–22), *passim*.

⁹⁷⁹ Chambre des représentants de Belgique Projet de loi (I) relative à la protection contre la violence, le harcèlement moral et sexuel au travail Projet de loi (II) modifiant le Code judiciaire à propos de la loi du ... relative à la protection contre la violence, le harcèlement moral et sexuel au travail, 9 janvier 2002, DOC 50 1583/001 et DOC 50 1584/001, résumé du projet.

⁹⁸⁰ Loi contre la violence et le harcèlement, art. 5, § 1.

*autre personne à laquelle le présent chapitre est d'application, lors de l'exécution de son travail, de mettre en péril son emploi ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ».*⁹⁸¹

Cette définition comporte des éléments que nous avons déjà relevés comme constitutifs du harcèlement *stricto sensu*, à savoir :

Une **conduite abusive**, ce qui signifie, une manière de se comporter qui dépasse les normes de la conduite admise, normale, au sens étymologique, une conduite qui dépasse les limites, abuse d'autrui, de sa faiblesse ou de sa grande sensibilité par exemple, autrement dit qui lui porte atteinte d'une façon ou d'une autre mais de manière non légitime. Cette conduite abusive est répétée et elle se manifeste par des comportements, paroles, gestes, écrits, dont la liste n'est pas exhaustive, grâce à la mention du terme **notamment**.

Ces **comportements abusifs** incluent un caractère unilatéral. Ceci exclut d'emblée les conflits, disputes et autres différends, échanges de paroles vives, etc. Cet élément implique donc l'existence d'une agression à l'égard d'une victime ou de plusieurs victimes. Cette agression peut être multiforme. Ces comportements portent atteinte à la personnalité, à la dignité ou à l'intégrité psychique d'une personne ; cette liste est suffisamment vaste et inclut la prise en compte subjective du ressenti de la victime⁹⁸². De plus, ils ont pour particularité de mettre en péril l'emploi de la victime ou de dégrader le climat de travail.

La loi se situe donc selon deux perspectives :

Premièrement, au regard du respect de la personnalité du travailleur (ou de la travailleuse), ainsi que de la précarité économique de la victime qui peut résulter des actes de harcèlement ;

Deuxièmement, pour l'ensemble de l'entreprise, les difficultés qui résultent des actes de harcèlement, peuvent mettre à mal son organisation, porter atteinte à son dynamisme, c'est-à-dire, avoir pour conséquence directe la dégradation du climat de travail.

En outre, soulignons que l'un des aspects les plus importants et des plus intéressants de ce texte, la mention du caractère intentionnel n'est plus pris en compte comme critère de définition. Si les actes commis produisent sur la victime le même effet qu'un acte intentionnel (objet), peu importe, le harcèlement est réalisé. Enfin, les conditions énumérées sont alternatives ce qui permet d'élargir la palette des actes illicites.

Le texte prévoit un renversement partiel de la charge de la preuve⁹⁸³. La victime devra apporter des éléments de fait permettant de présumer l'existence d'un harcèlement moral devant le tribunal du travail. La charge de la preuve qu'il n'y a pas eu manquement revient à la défense. Un tel renversement de la charge de la preuve était

⁹⁸¹ Loi contre la violence et le harcèlement, art. 32 *ter*.

⁹⁸² Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. I, III, 1, F.

⁹⁸³ Loi contre la violence et le harcèlement, art. 32 *undecies*.

déjà prévu à l'article 19 de la Loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans les conditions de travail⁹⁸⁴.

Remarquons cependant une faiblesse du texte : la mention « lors de l'exécution du travail » exclut des circonstances élargies comme des relations avec un subordonné ou avec des collègues hors du lieu de travail.

Les sanctions qu'encourent l'employeur, ses mandataires et préposés sont celles prévues dans la loi de 1996⁹⁸⁵.

1. Les lois belges et les directives européennes sur le travail

L'essentiel des dispositions concernant spécifiquement le harcèlement dans les relations de travail en droit belge est intégré à la Loi sur le bien être.

Cette posture s'avère résolument volontariste et consiste à « humaniser » et à harmoniser, non seulement les conditions d'exécution du travail afin de rendre optimales, mais également de rendre possible un certain plaisir qui assure le bien-être au travail. Par ailleurs, la volonté du législateur se manifeste aussi dans le fait de mettre véritablement en œuvre ces dispositions légales, de manière à donner à ce texte de loi tout son sens, afin qu'il ne reste pas, comme trop souvent « lettre morte », c'est-à-dire inappliqué et inapplicable.

Dite loi a été modifiée et complétée, par un certain nombre d'autres dispositions légales qui seront examinées ci-après.

Il s'agit tout d'abord de la loi du 11 juin 2002⁹⁸⁶, relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail. Cette loi a été modifiée le 6 février 2007. En particulier, figure une description très précise de la procédure à suivre en cas de harcèlement moral ou sexuel, ainsi que des mesures concrètes et impératives⁹⁸⁷.

L'Exposé des Motifs de dite Loi du 11 juin 2002⁹⁸⁸ se fonde sur la Directive européenne 89/391 du 12 juin 1989⁹⁸⁹ concernant la mise en œuvre des mesures visant à

⁹⁸⁴ Loi sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale du 7 mai 1999 (*M.B. du 19.06.1999, p. 23156*), art. 19.

⁹⁸⁵ Loi sur le bien-être, art. 32 *tredecies*, § 1-7.

⁹⁸⁶ Loi contre la violence et le harcèlement, *passim*.

⁹⁸⁷ Loi du 6 février 2007, modifiant la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail en ce qui concerne les procédures judiciaires (*M.B. du 6/06/2007, p. 30648*), art. 32 *decies*, § 1-4.

⁹⁸⁸ Chambre des représentants de Belgique, Projet de loi (I) relative à la protection contre la violence, le harcèlement moral et sexuel au travail Projet de loi (II) modifiant le Code judiciaire à propos de la loi du ... relative à la protection contre la violence, le harcèlement moral et sexuel au travail, 9 janvier 2002 (DOC 50 1583/001 et DOC 50 1584/001), p. 6.

promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail. En ce sens, ce texte veut clairement se conformer à l'esprit de dite directive, en prévenant et/ou en corrigeant les situations de violence, de harcèlement moral ou sexuel au travail.

Cette loi s'inscrit aussi dans l'esprit de deux autres directives européennes⁹⁹⁰:

- la Directive 2000/43 du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique⁹⁹¹ ;

- la Directive 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail⁹⁹².

Ces deux directives considèrent le harcèlement comme une forme de discrimination. C'est en référence au droit supérieur que la loi belge prohibe le harcèlement.

2. Code de procédure judiciaire et Code pénal

Le harcèlement était pris en compte par l'article 442 bis du Code pénal⁹⁹³. Ce texte introduit en 1998, punit le harcèlement d'une peine de prison de 15 jours à deux ans⁹⁹⁴. L'incrimination du harcèlement ainsi que la peine prévue sont d'une sévérité certaine.

La loi du 17 juin 2002 a aussi modifié le Code judiciaire à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi du 11 juin 2002, relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail. Le Code judiciaire modifié prévoit en particulier la présence au cours de la procédure de deux « juges sociaux », l'un au titre de l'employeur et l'autre au titre du salarié⁹⁹⁵.

Mais comme toute loi pénale de fond, des dispositions coercitives engendrent des difficultés procédurales, liées à la nécessité de se plier à l'exigence d'éléments de preuve, permettant d'assurer le respect absolu des droits de la défense.

⁹⁸⁹ Directive du Conseil du 12 juin 1989, 89/391/CEE (*Journal officiel*, 29.06.1989, n° L183, pp. 1-8), *passim*.

⁹⁹⁰ Voir lexicque : « Conseil européen ».

⁹⁹¹ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 (*JO*, 19.07.2000, n° L180, pp. 22-26), art. 2, al. 3.

⁹⁹² Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 du Conseil du 27 novembre 2000 (*JO*, 02.12.2000, n° L303, pp. 16-22), art. 2, al. 3.

⁹⁹³ Loi du 30 octobre 1998 qui insère un article 442 bis dans le Code pénal en vue d'incriminer le harcèlement (*M.B. du 17.12.1998*, p. 40074), art. 442 bis.

⁹⁹⁴ Voir *infra*, 2^{ème} partie, chap. IV, VI, Incrimination du harcèlement.

⁹⁹⁵ Loi du 17 juin 2002 modifiant le Code judiciaire à l'occasion de la loi du 11 juin 2002 relatif à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail (*M.B. du 25.06.2002*, p. 28605), art. 2.

II. Dispositions relatives au harcèlement

1. Rapports de droit privé et de droit de la fonction publique

Selon l'Exposé des Motifs et le Projet de loi (ci-après : EMPL), les modifications prévues à la Loi sur le bien-être posent le principe selon lequel il convient de garantir dans la loi l'égalité de droits de tous les citoyens, qu'ils fassent partie du secteur privé tout comme du secteur public fédéral ou des entités fédérées. Ce texte, d'application très large, vise aussi toute situation de travail⁹⁹⁶.

L'Arrêté royal de 1995 prévoyait déjà que le harcèlement sexuel, se définit comme :

« [...] toute forme de comportement verbal, non-verbal ou corporel, de nature sexuelle », qui « affecte la dignité de femmes et d'hommes sur les lieux de travail ». Dit texte précisait que « celui qui s'en rend coupable sait ou devrait savoir qu'il porte atteinte à la dignité d'autrui »⁹⁹⁷.

La Loi sur le bien-être, élaborée à la suite de ces travaux, a retenu un large champ d'application de telles dispositions.

2. Application quant aux personnes

Le champ d'application quant aux personnes est très étendu, puisqu'il concerne à la fois les travailleurs et les employeurs, ainsi que toutes les personnes assimilées par cette loi aux travailleurs. Est donc également visée par ces dispositions toute personne physique qui entre en contact avec les travailleurs ou les employeurs de l'entreprise lors de l'exécution de leur travail, notamment les clients, les fournisseurs, les prestataires de service, tous les usagers de l'administration, les élèves (qui effectuent un travail dans l'établissement scolaire) et les étudiants, ainsi que les personnes sous contrat d'apprentissage, stagiaires, etc.⁹⁹⁸

De plus, la loi est applicable à tous, victimes ou auteurs potentiels, et chacun est tenu de collaborer à la mise en place du bien être au travail⁹⁹⁹.

En outre, les dispositions spécifiques concernant la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail, relatives à la protection des travailleurs s'étendent aux domestiques et autres gens de maison ainsi qu'à leurs employeurs¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁶ Chambre des représentants de Belgique, Projet de loi relative à la protection contre la violence, le harcèlement moral et sexuel au travail, Doc. 1583/001 du 9 janvier 2002, pour la loi du 11 juin 2002 (*M.B. du 22.06.2002, p. 28521*), art. 32 *ter*, al. 3.

⁹⁹⁷ Arrêté royal du 9 mars 1995 organisant la protection des membres du personnel contre le harcèlement sexuel sur les lieux de travail dans les administrations et autres services des ministères fédéraux ainsi que dans certains organismes d'intérêt public (*M.B. du 6.04.1995, no 70, pp. 8622-8624*), art. 2.

⁹⁹⁸ Loi sur le bien-être, art. 2, § 1^{er}, al. 1-2.

⁹⁹⁹ *Id.*, art. 6, al. 4-7.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*, art. 2, al. 4.

L'employeur doit donc veiller à la protection de ses employés et à leur bien-être, qui comporte également des préoccupations telles que la chaleur de la pièce, la lumière, le bruit, la décoration et le confort des lieux de travail en général¹⁰⁰¹.

Le champ d'application de cette loi couvre tous les niveaux d'autorité et tout le personnel occupé. Elle s'applique à toute personne, qu'elle jouisse d'un véritable statut ou qu'elle se trouve dans une situation précaire en raison du caractère provisoire de son activité préalablement circonscrite dans un temps parfois très court au sein de l'entreprise.

Ce champ d'application peut être encore étendu à d'autres personnes par un arrêté royal¹⁰⁰². Cette disposition permet donc de combler si besoin de manière efficace et rapide d'éventuelles lacunes de la loi. Une telle disposition montre la détermination du législateur dans sa volonté de lutte contre le harcèlement à n'en négliger aucun aspect, en se donnant les moyens de pallier, en amont, les inconvénients de certaines insuffisances de la loi.

C'est d'ailleurs avec l'Arrêté royal du 9 mars 1995 que le Roi des Belges, conformément à ses prérogatives, a édicté des dispositions impératives concernant le harcèlement. Toutefois, à cette date, cette législation n'était applicable explicitement qu'en cas de harcèlement sexuel¹⁰⁰³. Dans les autres cas de harcèlement, en particulier en cas de harcèlement moral, les dispositions relatives au champ d'application dans le secteur public ne pouvaient encore, au moment de la publication de ce texte, être prises en compte.

L'étendue de la protection est garantie par le fait que des sanctions sont prévues dans le cadre de la direction et de l'exercice de l'autorité de l'employeur.

Une action disciplinaire est prévue sous la forme suivante:

*« Tout fait de harcèlement sexuel sur les lieux de travail commis par un membre du personnel statutaire peut donner lieu à une procédure disciplinaire et au prononcé de peines disciplinaires conformément aux dispositions applicables au personnel statutaire »*¹⁰⁰⁴.

En outre,

*« Tout fait de harcèlement sexuel sur les lieux de travail commis par un membre du personnel contractuel peut donner lieu à une sanction conforme aux dispositions du contrat de travail et de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. »*¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰¹ Loi sur le bien-être, art. 4, § 1^{er}.

¹⁰⁰² *Id.*, art. 2, § 3.

¹⁰⁰³ Arrêté royal du 9 mars 1995 organisant la protection des membres du personnel contre le harcèlement sexuel sur les lieux de travail dans les administrations et autres services des ministères fédéraux ainsi que dans certains organismes d'intérêt public (*M.B. du 6.04.1995, no 70, pp. 8622-8624*), art. 3.

¹⁰⁰⁴ *Id.*, art. 9.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, art. 9.

Des actions disciplinaires sont donc prévues de manière étendue, tant pour le personnel statutaire que pour le personnel contractuel, ce qui étend la protection des victimes.

Dans certains dispositifs légaux, le dénigrement sur le lieu de travail et le déclenchement d'une rumeur qui peut s'ensuivre, font partie explicitement des éléments constitutifs de harcèlement¹⁰⁰⁶. Le champ d'application de la Loi sur le bien-être est donc très large. Cette loi a aussi prévu des modifications procédurales de manière à mettre ses dispositions en œuvre concrètement, ce qui a eu pour conséquence l'adjonction d'articles relatifs à la procédure dans le Code judiciaire¹⁰⁰⁷.

Outre les « travailleurs et travailleuses », ces dispositions s'étendent même aux autres personnes se trouvant sur le lieu de travail¹⁰⁰⁸.

Ces dispositions présentent l'avantage d'offrir un traitement uniforme du problème de la violence au travail dans l'ensemble de l'Etat fédéral et garantissent une égalité des droits entre tous les citoyens.

En outre, un caractère d'urgence¹⁰⁰⁹ est donné à l'application de cet arrêté royal qui vient compléter dite loi et permet son applicabilité dans les meilleurs délais.

Depuis, d'autres dispositions, telles que l'Arrêté royal du 13 mai 1999, prévoient que :

*« Les agents de l'Etat ont le droit d'être traités avec dignité et courtoisie tant par les supérieurs hiérarchiques, leurs collègues que les collaborateurs. Les personnes mentionnées veilleront à s'abstenir de tout comportement verbal ou non verbal qui pourrait compromettre cette dignité. »*¹⁰¹⁰.

Ce texte est applicable à tous les agents de l'Etat, de quelque niveau hiérarchique que ce soit, qu'ils soient auteurs présumés, victimes avérées ou potentielles, ou reconnues comme telles par une autorité administrative ou judiciaire.

Les employeurs et les travailleurs ainsi que les personnes assimilées visées à l'art. 2, § 1^{er} et les personnes autres que celles visées par l'article susmentionné, qui entrent en contact avec les travailleurs lors de l'exécution de leur travail, sont tenues de s'abstenir de tout acte de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁶ RCTH, art. 3, al. 1.

¹⁰⁰⁷ Loi du 17 juin 2002 modifiant le Code judiciaire à l'occasion de la loi du 11 juin 2002 relatif à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail (M.B. du 25.06.2002, n° 211, p. 28605), art. 2 :

« [...] les employeurs, les travailleurs et les organisations représentatives des travailleurs peuvent introduire auprès des juridictions du travail une action tendant à trancher tout différend relatif à la présente loi ou à ses arrêtés d'exécution. »

¹⁰⁰⁸ Voir *supra*, 2^{ème} partie, chap. I, II. 3.

¹⁰⁰⁹ Arrêté royal du 9 mars 1995, préambule p. 624.

¹⁰¹⁰ Arrêté royal du 13 mai 1999 modifiant l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'Etat et l'arrêté royal du 8 janvier 1973 fixant le statut du personnel de certains organismes d'intérêt public (M.B. du 14.07.1999, p. 27076), art. 2, § 2.

¹⁰¹¹ Loi sur le bien-être, modification du 9 mars 2005 (M.B. du 06.04.2005, p. 14483), art. 32 bis.

3. Application quant au cadre de travail

La mention « lors de l'exécution de son travail » entrant dans la définition du harcèlement moral et « sur les lieux de travail »¹⁰¹² dans celle du harcèlement sexuel, sont quelque peu ambiguës. Ainsi que nous l'avons déjà souligné, ces dispositions restreignent le champ de protection de la personne à un moment précis de sa présence sur le lieu de travail, lors de l'exécution -au sens strict- des prestations de travail. *Stricto sensu*, cette disposition exclut donc les moments pendant lesquels le travailleur serait en temps de pause par exemple, ou encore sur le chemin du travail en compagnie de ses collègues ou de ses chefs. Les mentions « les lieux de travail » et « lors de l'exécution du travail » sont donc trop restrictives.

L'art. 3, § 2 donne sur 16 alinéas¹⁰¹³, plusieurs définitions visant à préciser le champ d'application de cette loi. Le texte définit notamment le lieu de travail, comme « tout lieu où un travail est effectué, qu'il se trouve dans un établissement ou en dehors de celui-ci ou qu'il se trouve dans un espace clos ou ouvert ». Par ces termes, le texte vise les espaces tels que les chantiers, et considère que la protection doit être étendue aux espaces de travail situés à l'extérieur d'un bâtiment. Malgré cette précision, censée étendre la la protection des victimes n'est pas satisfaisante.

En effet, des comportements de harcèlement psychologique qui se manifestaient exclusivement à la cafétéria, hors la présence de la personne harcelée. Ces comportements se manifestaient également, à l'extérieur du lieu de travail, dans un café en face où se déroulait habituellement la pause. Ces actes consistaient essentiellement dans la diffusion d'informations vraies ou fausses, mais qui visaient l'orchestration de rumeurs et qui débouchaient inévitablement sur des campagnes de médisances. Les personnes présentes dans le lieu choisi se taisaient dès que la personne dénigrée apparaissait. Celle-ci ne se sentait pas directement attaquée, elle ressentait seulement un malaise diffus. Lorsque la victime s'en est ouvert à un collègue, les personnes mal intentionnées n'ont pas manqué de rire sous cape et de la traiter de paranoïa. Son comportement face au travail et à ses collègues s'est modifié. Elle est devenue irritable, commettant des fautes plus ou moins graves et en a été d'autant plus critiquée.

Dans certains dispositifs légaux, tels que le droit vaudois de la fonction publique, le dénigrement et le déclenchement d'une rumeur sur le lieu de travail font partie explicitement des éléments constitutifs de harcèlement¹⁰¹⁴.

Cette loi a aussi prévu des modifications procédurales de manière à mettre ses dispositions matérielles en œuvre et a eu pour conséquence l'adjonction d'articles relatifs à la procédure dans le Code judiciaire. Ceci mérite d'être mentionné car l'on se rend compte trop souvent que des lois, excellentes quant à leur but et à leur esprit, restent souvent inapplicables en raison du droit de procédure qui reste inadapté à la nouvelle situation de fond, par négligence coupable parfois.

¹⁰¹² Loi sur le bien-être, art. 32 *ter*, al. 1 et 2.

¹⁰¹³ *Id.*, art. 3, § 2, al. 1-16.

¹⁰¹⁴ RCTH, art. 3, al. 1.

III. Obligations de l'employeur

La loi du 4 août 1996 a été modifiée en 2005, ce qui apporte des directives plus précises et de nouvelles contraintes, en particulier à l'égard les employeurs¹⁰¹⁵.

1. Prévention

L'employeur détermine les mesures à prendre pour protéger les travailleurs contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail. Au titre de l'article susmentionné, il est prévu que les mesures suivantes doivent être adaptées à la nature des activités et à la taille de l'entreprise et portent au minimum sur les aménagements matériels des lieux de travail afin de prévenir la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail. Elles portent également sur la définition des moyens mis à la disposition des victimes pour obtenir de l'aide et en particulier la procédure à suivre pour s'adresser au conseiller en prévention et à la personne de confiance désignés, pour les faits de violence et de harcèlement moral ou sexuel au travail; d'autre part, l'employeur doit se mettre en place une investigation rapide et en toute impartialité des faits de violence et de harcèlement moral ou sexuel au travail.

A l'égard des victimes, l'accueil, l'aide et l'appui requis doivent être organisés ainsi que les mesures de prise en charge et de remise au travail des victimes.

Sont clairement exprimées aussi les obligations de la ligne hiérarchique dans la prévention des faits de violence et de harcèlement moral ou sexuel au travail, tout comme l'information et la formation des travailleurs et l'information du comité¹⁰¹⁶.

2. Mesures de protection envers les travailleurs

A. Obligations de l'employeur

L'employeur veille à ce que les travailleurs qui sont victimes d'actes de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail reçoivent un soutien psychologique approprié auprès de services ou d'institutions spécialisées¹⁰¹⁷.

Le Roi possède un certain nombre de prérogatives pour déterminer les conditions et les modalités d'application du présent article. En outre, il peut prendre des mesures idoines afin de tenir compte de situations à risques spécifiques ou nouveaux ou encore afin de tenir compte de la situation particulière du travailleur.

¹⁰¹⁵ Loi sur le bien-être, modification du 9 mars 2005 (*M.B. du 06.04.2005, p. 14483*), chap. II, art. 5.

¹⁰¹⁶ *Id.*, art. 32 quater.

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, art. 32 quinquies.

B. Devoir d'information, d'organisation et de transparence

a. Les partenaires au sein de l'entreprise

Selon les dispositions en vigueur, l'employeur désigne après accord préalable de l'ensemble des membres représentant les travailleurs au sein du comité. Il s'agit d'un conseiller en prévention, spécialisé dans les aspects psycho-sociaux du travail et de la violence et du harcèlement moral ou sexuel au travail¹⁰¹⁸. Le cas échéant, les personnes de confiance qui assistent ce conseiller en prévention¹⁰¹⁹.

b. leur rôle

« Le conseiller en prévention fait partie du service interne pour la prévention ou la protection au travail de l'entreprise ou de l'institution ou d'un service externe pour la prévention et la protection au travail. Il ne peut pas être un conseiller en prévention uniquement compétent dans le domaine de la médecine du travail.

Si l'accord susmentionné n'est pas obtenu, ou si l'employeur occupe moins de cinquante travailleurs, ce dernier fait appel à un conseiller en prévention d'un service externe pour la prévention et la protection au travail, spécialisé dans les aspects psychosociaux du travail et de la violence et du harcèlement moral ou sexuel au travail¹⁰²⁰.

Si aucun accord n'est obtenu sur la désignation des personnes de confiance qui assistent le conseiller en prévention, l'employeur demande l'avis du fonctionnaire chargé de la surveillance, visé à l'article 80¹⁰²¹.

Ce fonctionnaire entend les parties concernées et tente de concilier les positions de chacun.

En l'absence de conciliation¹⁰²², ce dernier donne un avis qui est notifié à l'employeur par lettre recommandée. L'employeur informe le comité de l'avis du fonctionnaire dans un délai de trente jours à dater de la notification, avant de prendre la décision sur la désignation. S'il ne suit pas l'avis du fonctionnaire, il en communique également les motifs au comité. »

Le Roi détermine les missions et les tâches du conseiller en prévention et des personnes de confiance qui assistent ce dernier, ainsi que la formation nécessaire à la bonne exécution de leur mission. La loi ne précise pas s'il est nécessaire d'avoir obtenu au préalable un diplôme reconnu par l'Etat, par exemple.

¹⁰¹⁸ Loi sur le bien-être, art. 32 *sexies*, § 1.

¹⁰¹⁹ *Id.*, art. 32 *sexies*, § 2.

¹⁰²⁰ *Ibid.*, art. 32 *sexies* et 32 *sexies*, § 1^{er}.

¹⁰²¹ *Ibid.*, art. 32 *sexies*, § 2.

¹⁰²² Voir lexique : « conciliation ».

Les normes édictées mettent en avant la conciliation et la médiation¹⁰²³. Ces règles font largement intervenir les pouvoirs publics en tant qu'arbitre, ce qui permet d'offrir une garantie d'impartialité.

C. Surveillance de l'employeur

Lorsque des actes de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail sont portés à la connaissance de l'employeur, celui-ci doit prendre les mesures appropriées, conformément aux dispositions du présent chapitre. Si les actes de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail subsistent après la mise en œuvre des mesures ou si l'employeur s'abstient de prendre les mesures adéquates, un conseiller en prévention saisit, en concertation avec la victime, les fonctionnaires chargés de la surveillance de la présente loi¹⁰²⁴. En l'absence de précision, on peut supposer que toute personne dans l'entreprise est habilitée à avertir le conseiller en prévention (employeur, victime, membre du comité, et même un collègue de la victime présumée). Comme le devoir d'information est nécessaire, la victime doit avoir connaissance de l'existence du conseiller et peut donc l'informer elle-même. Elle n'a pas l'obligation de passer par les membres du comité ou même par l'employeur. Cette obligation viderait en effet le texte d'une bonne partie de son but protecteur et ne permettrait pas de garantir le sceau de la confidentialité la plus absolue.

3. Voies de droit

A. Procédure interne à l'entreprise

Les mesures visées doivent être inscrites dans le règlement de travail. Cela signifie que ces mesures ont une valeur contractuelle et ont force de loi. Il s'agit donc de normes impératives dont le non respect constitue une violation des obligations professionnelles. Celle-ci peut entraîner, au même titre que d'autres fautes, une résiliation du contrat de travail¹⁰²⁵.

B. Procédure administrative et/ou judiciaire

Le travailleur qui s'estime victime d'actes de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail peut s'adresser soit au conseiller en prévention ou aux personnes de confiance qui l'assistent, soit aux fonctionnaires chargés de la surveillance visés à l'article 80 et, le cas échéant, déposer une plainte motivée auprès de ces personnes.

¹⁰²³ Voir lexicque : « médiation ».

¹⁰²⁴ Loi sur le bien-être, modification du 9 mars 2005 (*M.B. du 06.04.2005, p. 14483*), section 3.

¹⁰²⁵ *Id.*, art. 32octies.

Les dispositions renvoient aux conditions et modalités fixées en application de l'article 32 quater, § 2¹⁰²⁶.

a. Qualité pour agir

Personnes physiques

Toute personne qui justifie d'un intérêt peut intenter une procédure devant la juridiction compétente pour faire respecter les dispositions de la loi. Sans préjudice de la possibilité d'octroi de dommages et intérêts¹⁰²⁷, la juridiction compétente peut intimer l'ordre à celui qui se rend coupable de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail, ainsi qu'à l'employeur, d'y mettre fin, dans le délai qu'elle fixe.

La victime est donc doublement protégée, à la fois par l'autorité judiciaire et, en principe aussi, par l'employeur, qui a intérêt à ne pas se mettre en situation d'infraction.

Lorsqu'une personne qui justifie d'un intérêt établi devant la juridiction compétente pour des faits qui permettent de présumer l'existence de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail, le fardeau de la preuve de la non existence de ces faits incombe à la partie défenderesse. Il ne s'agit donc pas d'un simple allègement du fardeau de la preuve comme par exemple dans la Leg¹⁰²⁸, mais d'un renversement de la charge de la preuve. Enfin, on peut se réjouir de la volonté du législateur de mettre en place des dispositions qui soient véritablement favorables à la victime qui est, rappelons le, en tant que salarié, la partie faible au contrat.

L'alinéa 1^{er} de l'art. 32 undecies ne s'applique pas aux procédures pénales et ne porte pas atteinte à d'autres dispositions légales plus favorables en matière de charge de la preuve¹⁰²⁹.

Personnes morales

Pour la défense des droits des personnes dans tous les litiges auxquels l'application du texte pourrait donner lieu, peuvent ester en justice¹⁰³⁰ :

« - des organisations représentatives des travailleurs et des employeurs telles qu'elles sont définies à l'article 3 de la Loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires ; »

¹⁰²⁶ Loi sur le bien-être, modification du 9 mars 2005 (*M.B. du 06.04.2005, p. 14483*), art. 32nonies, qui renvoie à l'art. 32quater de cette même loi.

¹⁰²⁷ Voir lexique : « dommages et intérêts ».

¹⁰²⁸ LEg, RS 151.1, art. 6.

¹⁰²⁹ Loi sur le bien-être, modification du 9 mars 2005 (*M.B. du 06.04.2005, p. 14483*), art. 32decies et undecies.

¹⁰³⁰ *Id.*, art. 32dudecies, al. 1-4.

- *des organisations syndicales représentatives au sens de l'article 7 de la loi du 19 décembre 1974 réglant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités ; »*
- *des organisations syndicales représentatives au sein de l'organe de concertation syndicale désigné pour les administrations, services et institutions pour lesquels la loi du 19 décembre 1974 réglant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités n'est pas d'application ; »*
- *des établissements d'utilité publique et les associations sans but lucratif, visés par la loi du 27 juin 1921 accordant la personnalité civile aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique, dotés de la personnalité juridique depuis trois ans au moins au jour de l'intentement de l'action, dans le cas où les faits de violence ou de harcèlement moral ou sexuel ont porté préjudice aux fins statutaires qu'ils se sont donné pour mission de poursuivre. »*

Le pouvoir des organisations visées à l'alinéa 1^{er}, ne porte pas atteinte au droit de la victime d'agir personnellement ou d'intervenir dans l'instance. Si la victime fait usage de ce droit, le pouvoir des organisations visées à l'alinéa 1^{er} est subordonné à son accord.

b. Protection contre le licenciement

Principe

L'employeur qui occupe un travailleur qui a déposé une plainte motivée, soit au niveau de l'entreprise ou de l'institution qui l'occupe, selon les procédures en vigueur, soit auprès des fonctionnaires chargés de la surveillance ou pour lequel ces fonctionnaires sont intervenus, ou qui intente, ou pour lequel est intentée une action en justice tendant à faire respecter les dispositions du texte, ne peut pas mettre fin à la relation de travail, ni modifier unilatéralement les conditions de travail, sauf pour des motifs étrangers à cette plainte ou à cette action. Cette mesure vise à protéger le salarié contre toute mesure de « représailles ». Encore faut-il que les juridictions soient d'une exigence rigoureuse quant à la démonstration des motifs justifiant le licenciement et la preuve que ceux-ci sont étrangers à la procédure.

Charge de la preuve

La charge de la preuve des motifs visés ci-dessus incombe à l'employeur lorsque le travailleur est licencié ou lorsque ses conditions de travail ont été modifiées unilatéralement dans les douze mois qui suivent le dépôt d'une plainte ou la déposition d'un témoignage¹⁰³¹.

¹⁰³¹ Loi sur le bien-être, modification du 9 mars 2005 (*M.B. du 06.04.2005, p. 14483*), art. 32 *tredecies*, § 1 et 2.

Cette charge incombe également à l'employeur en cas de licenciement ou en cas de modification unilatérale des conditions de travail intervenus après l'intentement d'une action en justice et ce, jusqu'à trois mois après que le jugement soit entré en force de chose jugée.

Réintégration¹⁰³²

Lorsque l'employeur met fin à la relation de travail ou modifie unilatéralement les conditions de travail, en violation des dispositions légales, le travailleur ou l'organisation de travailleurs à laquelle il est affilié, peut demander sa réintégration dans l'entreprise ou l'institution dans les conditions qui prévalaient avant les faits qui ont motivé la plainte.

La demande est faite par lettre recommandée à la poste, dans les trente jours qui suivent la date de la notification du préavis, de la rupture sans préavis ou de la modification unilatérale des conditions de travail. L'employeur doit prendre position sur cette demande dans le délai de trente jours suivant sa notification.

Comme en droit espagnol et ainsi que nous le verrons, comme en droit français, le droit belge comporte un droit à la réintégration au sein de l'entreprise. Cette mesure protectrice du « droit à sa place de travail » ne va pas sans de nombreux problèmes qu'il faudra veiller à examiner en faveur de la personne lésée.

Réparation du préjudice¹⁰³³

L'employeur qui réintègre le travailleur dans l'entreprise ou l'institution dans sa fonction antérieure notamment, est tenu de payer la rémunération perdue du fait du licenciement ou de la modification des conditions de travail et de verser les cotisations des employeurs et des travailleurs afférentes à cette rémunération.

A défaut de réintégration ou de reprise dans la fonction dans les conditions qui prévalaient avant les faits qui ont motivé la plainte, l'employeur payera au travailleur une indemnité égale, selon le choix du travailleur, soit à un montant forfaitaire correspondant à la rémunération brute de six mois, soit au préjudice réellement subi par le travailleur, à charge pour celui-ci de prouver l'étendue de ce préjudice, dans ce dernier cas.

Dans certains cas, l'employeur est tenu de payer la même indemnité au travailleur, sans même que celui-ci soit tenu d'introduire la demande de réintégration ou de reprise dans la fonction¹⁰³⁴:

« Lorsque la juridiction compétente a considéré comme établis les faits de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail ;

¹⁰³² Loi sur le bien-être, art. 32 *tredecies*, § 3.

¹⁰³³ Voir lexique : « préjudice ».

¹⁰³⁴ Loi sur le bien-être, modification du 9 mars 2005 (*M.B. du 06.04.2005, p. 14483*), art. 32*tredecies*, § 4, 5, 1^o et 2^o.

- Lorsque le travailleur rompt le contrat en raison de comportements de l'employeur contraires aux dispositions susmentionnées qui dans le chef du travailleur constituent un motif de rompre le contrat sans préavis ou avant l'expiration du terme ».

L'ensemble de ces dispositions protectrices pour le travailleur montre une réelle volonté de la part du législateur de lutter et de mettre un terme au harcèlement. Nous voyons aussi que l'employeur a toute latitude pour faire respecter la loi, dans les mesures mises à son service par les pouvoirs publics.

IV. Notions et définitions

1. Le bien-être

A. Notion

Dès 1996, les notions et définitions du harcèlement sont inscrites dans la loi.

Déjà, selon l'Exposé des Motifs et le Projet de loi¹⁰³⁵, (ci-après : EMPL) la Loi sur le bien-être du 11 juin 2002 pose le principe selon lequel l'employeur doit prendre les mesures nécessaires pour « promouvoir le bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail »¹⁰³⁶. Ces dispositions visent à garantir l'égalité de droits de tous les citoyens, qu'ils fassent partie du secteur privé ou du secteur public. Toutefois, cette distinction n'apparaît pas clairement dans la version finale du 11 juin 2002.

Pour l'application de la loi susmentionnée, on entend par *violence au travail* :

« Chaque situation de fait où un travailleur ou une autre personne à laquelle le présent chapitre est d'application, est persécuté, menacé ou agressé psychologiquement ou physiquement lors de l'exécution du travail. Les termes « persécuté », « menacé » ou « agressé », font référence à des agressions d'une forte intensité. »¹⁰³⁷

Le problème est que le harcèlement utilise souvent des armes apparemment plus douces mais tout aussi efficaces que la persécution, la menace, l'agression. Cette

¹⁰³⁵ Chambre des représentants de Belgique, Projet de loi relative à la protection contre la violence, le harcèlement moral et sexuel au travail, Doc. 1583/001 du 9 janvier 2002, pour la loi du 11 juin 2002 : « Enfin, afin que la réglementation mise en place protège l'ensemble des travailleurs de notre pays (secteur privé, secteur public fédéral et entités fédérées), elle est insérée dans la législation relative au bien-être puisqu'il s'agit essentiellement d'une matière qui relève de la santé et du bien-être des travailleurs au travail. »

¹⁰³⁶ Loi contre la violence et le harcèlement, art. 5, § 1.

¹⁰³⁷ *Id.*, chap. V bis, art. 32 ter, al. 1.

définition de la violence au travail est complétée par la définition du harcèlement moral (déjà donnée en début du présent chapitre, que nous rappelons ici). Quant au *harcèlement moral au travail*, il se définit ainsi comme :

*« Les conduites abusives et répétées de toute origine, externe ou interne à l'entreprise ou l'institution, qui se manifestent notamment par des comportements, des paroles, des intimidations, des actes, des gestes et des écrits unilatéraux, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la personnalité, la dignité ou l'intégrité physique ou psychique d'un travailleur ou d'une autre personne à laquelle le présent chapitre est d'application, lors de l'exécution de son travail, de mettre en péril son emploi ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. »*¹⁰³⁸

Ces définitions sont larges et très détaillées. Les éléments constitutifs énumérés permettent d'avoir une vision complète de ce que la loi entend par « harcèlement » au travail. La précision de ces dispositions, permet à la fois aux victimes, aux auteurs et aux autorités chargées de la prévention comme de l'incrimination et de la répression du harcèlement, d'appréhender le phénomène de la manière la plus précise possible. Quant au *harcèlement sexuel au travail*, il consiste en :

*« Toute forme de comportement verbal, non verbal ou corporel de nature sexuelle, dont celui qui s'en rend coupable, sait ou devrait savoir, qu'il affecte la dignité de femmes et d'hommes sur les lieux de travail. »*¹⁰³⁹

Cette dernière définition est plus étendue qu'en droit espagnol, où les formes de harcèlement dites « sexualisées » ne sont pas prises en compte en tant que telles.

La question de l'intentionnalité n'est pas mentionnée en tant que telle. La personne mise en cause « sait » ou « devrait savoir » que son comportement est inadéquat et porte atteinte à autrui. Ces dispositions sont donc particulièrement protectrices pour les victimes et ont un caractère de prévention indéniable.

L'Arrêté royal du 3 février 2002 portant création du « Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale »¹⁰⁴⁰, commande que ce service doit avoir pour mission « la sensibilisation des différents acteurs du monde social et économique à l'humanisation du travail. »¹⁰⁴¹

¹⁰³⁸ Loi contre la violence et le harcèlement, art. 32 *ter*, al. 2.

¹⁰³⁹ *Id.*, art. 32 *ter*, al. 3.

¹⁰⁴⁰ Arrêté royal du 3 février 2002 portant création du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale (*M.B. n° 40, du 07.02.2002, p. 4217*), art. 2, § 1 : ce service a pour mission « [...] la préparation, la promotion et l'exécution de la politique en matière de relations collectives de travail, de relations individuelles du travail, de bien-être au travail, d'emploi, de régulation du marché du travail et d'assurance contre le chômage, d'égalité. Il assure également le respect de la mise en œuvre des politiques détaillées ci-dessus, inflige des amendes administratives si nécessaire, et veille à la sensibilisation des différents acteurs du monde social et économique à l'humanisation du travail et à l'approfondissement de l'Europe sociale. »

¹⁰⁴¹ Notons la préoccupation sociale novatrice du législateur belge, faisant inscrire explicitement dans un texte légal la notion d' « humanisation » du travail.

Notons que les termes de la loi de 1996 ne faisaient pas uniquement référence à l'interdiction de faire souffrir, mais s'inscrivaient déjà dans la volonté étatique de manifester une obligation positive. Il s'agit de faire en sorte d'assurer le bien-être au travail, et de veiller à son respect dans les relations de travail. Le bien-être au travail n'est plus seulement une situation à laquelle on ne doit pas porter atteinte, mais un véritable idéal vers lequel tous les acteurs de la vie économique et sociale, employeurs, employés et société tout entière doivent tendre.

*« Le bien-être doit être recherché par des mesures ayant trait à la sécurité du travail, la protection de la santé du travailleur au travail, la charge psychosociale occasionnée par le travail, l'ergonomie, l'hygiène, l'embellissement des lieux de travail. »*¹⁰⁴²

Ce texte se situe résolument dans le cadre du « statut positif » tel que décrit par Jellinek¹⁰⁴³. Le harcèlement et la souffrance morale, ou encore tous les facteurs susceptibles de faire obstacle au bien-être au travail ne font plus seulement l'objet d'une interdiction, en tant qu'atteinte à la personne au travail.

Il résulte donc une prestation obligatoire de l'employeur (public ou privé), qui s'inscrit dans le contrat de travail. C'est un concept résolument nouveau qui, à ce titre, mérite d'être souligné. Il s'agit aussi d'un droit subjectif dont chaque personne peut exiger la reconnaissance et la mise en œuvre dans le cadre de sa vie professionnelle.

B. Définition

La définition du « bien-être », qui s'inscrit dans le cadre de la protection de la santé au travail, est posée comme « l'ensemble des facteurs concernant les conditions dans lesquelles le travail est effectué. »¹⁰⁴⁴

Le bien-être n'est donc pas envisagé comme une définition objective des facteurs contextuels au travail, mais comme un idéal à atteindre. L'utilisation impérative du présent de l'indicatif implique qu'il s'agit d'une définition positive du contexte dans lequel le travail doit être effectué, et c'est même la condition de son exécution. Il faut donc comprendre que les éléments de définition qui suivent (violence et harcèlement au travail) se définissent, en premier lieu, a contrario de cette notion de bien-être, posée comme la norme sociale et légale, ainsi que les conditions de vie minimales au travail.

Cette loi se fonde sur une réflexion beaucoup plus approfondie que celle qui a fait l'objet de débats nourris au sein de l'UE. Quant à son application au niveau européen, elle est garantie par des lois de procédures qui ne sont pas d'application di-

¹⁰⁴² Loi sur le bien-être, art. 4, § 1.

¹⁰⁴³ JELLINEK Georg (1982), *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Edition originale 1892, réédité par Elibron Classics, 342 p., cité par KNAPP Blaise (2005), *Précis de droit administratif / Deuxième édition revue et corrigée*, Bâle, Editions Helbing & Lichtenhahn, 490 p., p. 111.

¹⁰⁴⁴ Loi sur le bien-être, art. 4, § 1, *al.* 1 et 2.

recte (en fonction du principe de subsidiarité¹⁰⁴⁵), mais sont cependant des mesures d'incitation envers tous les acteurs de la vie économique européenne.

2. La violence au travail

A. Définition légale

Ainsi que ceci a été développé ci-dessus, la violence au travail doit se distinguer du harcèlement au travail, même si les deux phénomènes partagent un certain nombre d'éléments communs. En droit belge, la violence au travail se définit comme :

*« Chaque situation de fait où un travailleur ou une autre personne à laquelle le présent chapitre est d'application, est persécuté, menacé ou agressé psychologiquement ou physiquement, lors de l'exécution de son travail. »*¹⁰⁴⁶.

Les termes employés par le législateur ne laissent pas de place à l'imprécision ou à la nuance. Ces éléments soulignent aussi que le législateur fait référence à des faits et des comportements objectifs et que ces comportements violents dûment constatés, sont bien réels.

B. Développement de la notion

Selon la définition susmentionnée, la violence au travail est une « situation de fait ».

Cela signifie que cette situation est objective et objectivable¹⁰⁴⁷ et qu'en outre cette situation résulte de faits qui se sont effectivement déroulés et qu'elle peut en conséquence, être simplement constatée.

Cette « situation de fait » est également prise en compte en fonction de son caractère passif. C'est le point de vue de la victime qui est mis en évidence par des persécutions, menaces, agressions psychiques ou physiques. Ce comportement est également considéré du point de vue de son résultat, c'est-à-dire des conséquences de ces actes sur la victime.

Cela signifie qu'en droit belge, le harcèlement moral au sens large est assimilable à des actes de violence¹⁰⁴⁸.

La violence est donc considérée comme un comportement condamnable dont le harcèlement est l'une des manifestations spécifiques qui comporte des éléments particuliers de définition.

¹⁰⁴⁵ Voir lexique : « principe de subsidiarité ».

¹⁰⁴⁶ Loi sur le bien-être, art. 32 *ter*, al. 1.

¹⁰⁴⁷ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. III, II.

¹⁰⁴⁸ Il convient évidemment de préciser que la violence physique est sanctionnée par d'autres dispositions légales.

3. Le harcèlement moral au travail

A. Définition

Selon le texte susmentionné, le harcèlement consiste en :

« [...] *des conduites abusives et répétées de toute origine, externe ou interne à l'entreprise ou l'institution ;*

qui se manifestent notamment par des comportements, des paroles, des intimidations, des actes, des gestes, des écrits unilatéraux ;

ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la personnalité, la dignité ou l'intégrité physique ou psychique d'un travailleur ou d'une autre personne à laquelle le présent chapitre est d'application, lors de l'exécution de son travail ;

de mettre en péril son emploi ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant »¹⁰⁴⁹.

La définition posée se veut exhaustive. Elle nous permettra de cerner les contours du harcèlement selon le droit belge.

B. Développement de la notion

Dans la loi belge, le comportement de l'auteur (élément actif), est tout aussi important que les conséquences dudit comportement (élément passif). Malgré certaines faiblesses, il s'agit d'une perspective très intéressante mise en évidence par la loi, car elle prend en compte les éléments complexes du harcèlement. La définition est donnée de manière à la fois objective et subjective.

Le caractère intentionnel du comportement n'est pas, d'emblée, posé comme une donnée objective. L'intention de nuire n'est qu'un élément objectivable, si toutefois elle est l'objet d'un aveu de la part de l'auteur, ou encore si elle est démontrée ou étayée grâce à un faisceau d'indices convergents par l'instance chargée d'enquêter sur la réalité de faits de harcèlement.

Le texte de loi pose que le harcèlement moral se caractérise par des conduites au caractère abusif et répété. Un seul comportement, une seule conduite abusive ne suffit pas. Le harcèlement se différencie donc ainsi d'un acte unique de violence. Le harcèlement ne peut se limiter à un acte unique, quel que soit sa gravité.

La notion de durée n'est pas spécifiée dans la loi, ce qui est justifié, car la répétition d'actes ou de comportements abusifs implique obligatoirement une « certaine » durée (qui peut être effectivement variable). De plus, que, dans les faits, la durée du harcèlement « nécessaire » et suffisante pour avoir de graves conséquences sur la victime peut être très courte.

¹⁰⁴⁹ Loi sur le bien-être, art. 32 *ter*, al. 2.

4. Le harcèlement sexuel au travail

A. Définition légale

Il s'agit d'un comportement qui se définit comme suit :

« [...] toute forme de comportement verbal, non verbal ou corporel de nature sexuelle, dont celui qui s'en rend coupable sait, ou devrait savoir, qu'il affecte la dignité de femmes et d'hommes sur les lieux de travail. »¹⁰⁵⁰

Le texte de loi se fonde sur le fait que le harcèlement sexuel sur les lieux de travail est présumé être une « discrimination sur la base du sexe »¹⁰⁵¹, ce qui est précisé dans les mêmes termes, dans la loi du 11 juin 2002.

B. Développement de la notion

Le harcèlement se définit comme un comportement de toute nature, ce qui signifie qu'il peut s'agir d'un acte ou d'une série d'actes ou de non actes, de gestes ou de paroles, de mimiques ou d'écrits. Ce comportement est de nature sexuelle. Ce terme est suffisamment explicite en soi, mais il restreint la définition. nous savons qu'il existe des formes de harcèlement ne comportant pas obligatoirement un caractère libidineux ni d'un caractère ouvertement sexuel, qui ne sont plus vraiment du « simple » harcèlement psychologique mais provoquent des humiliations, particulièrement attentatoires à l'intégrité de la personne et à l'image de soi.

Or, le fait de se moquer des caractéristiques physiques de quelqu'un -femme ou homme- n'entre pas forcément dans ce qui est appelé un comportement « de nature sexuelle ». Traiter une femme de « thon », par exemple, en se référant à son apparence physique véritable ou fantasmée, n'est pas véritablement « de nature sexuelle », mais plutôt de nature discriminatoire. Ces insultes ou « médisances », au sens étymologique du terme, ne sont d'ailleurs pas réservées aux femmes. En conséquence, des agressions de cet ordre (ouvertes, ou « à couvert »), se rapprochent plutôt du « harcèlement moral ». Mais cette dernière qualification revient à minimiser les effets de ce type d'insultes, misogynes ou discriminatoires, répétées sur la victime.

Un paradoxe subsiste : lorsque ces agressions sont considérées comme de la discrimination, cela revient à reconnaître comme fondées les prétendues caractéristiques et à les reconnaître comme telles, ce qui n'est pas satisfaisant non plus!

En ce qui concerne l'égalité entre femmes et hommes, la loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre les personnes des deux sexes, s'intéresse de manière générale aux conditions de travail, à l'accès à l'emploi et aux possibilités de promo-

¹⁰⁵⁰ Loi sur le bien-être, *al.* 3.

¹⁰⁵¹ Chambre des représentants de Belgique, Projet de loi relative à la protection contre la violence, le harcèlement moral et sexuel au travail (Doc. 1583/001), du 9 janvier 2002, pour la loi du 11 juin 2002, p. 7.

tion, à l'accès à une profession indépendante et aux régimes complémentaires de sécurité sociale¹⁰⁵². L'égalité de traitement est donc réalisée dans la loi.

Cependant, des dispositions de cet ordre ne résolvent pas, dans l'ensemble, la question de la discrimination sexuelle ou d'ordre sexuel, ou d'ordre intime, dont sont le plus souvent victimes les femmes.

La définition du harcèlement sexuel y est incomplète car elle ne prend pas en compte les aspects les plus subtils et les plus dégradants de ce comportement et de ses conséquences.

En raison des multiples facettes que peut prendre le harcèlement sexuel et dont les notions ont été développées en 1^{ère} partie¹⁰⁵³, la définition donnée par la loi belge mériterait à mon avis une précision.

Par exemple, l'expression « ou ayant un caractère sexualisé » ou « ou spécifique à l'appartenance sexuelle ou à un sexe donné », pourrait être ajoutée. On pourrait aussi envisager d'adjoindre à la définition des termes qui mentionnent (comme c'est le cas en Suisse à l'article 4 LEg) la notion de discrimination. Il est toutefois indispensable de préciser la teneur de cette discrimination.

C'est pourquoi il faudrait inclure dans le harcèlement sexuel les atteintes « sexistes ».

V. Analyse des actes de harcèlement

1. Caractère intentionnel (objectif) du harcèlement moral ou sexuel

A. *Harcèlement moral*

Les conduites prohibées peuvent avoir pour objet de nuire à la personne cible. En droit pénal, c'est l'équivalent de l'élément moral, l'un des trois éléments qui fondent la responsabilité pénale et qui permet, en droit, de se prononcer sur l'imputabilité d'une infraction donnée.

En l'absence d'aveu, ce qui est le plus souvent le cas, il convient, pour consacrer l'illicéité¹⁰⁵⁴ du comportement qu'un deuxième élément entre en ligne de compte : le but visé, l'intentionnalité de l'auteur et surtout sa démonstration, sa preuve. Cet élément doit être mis en évidence et démontré par l'instance chargée d'établir les

¹⁰⁵² Loi sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale du 7 mai 1999 (*M.B. du 19.06.1999, p. 23156*), *passim*.

¹⁰⁵³ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. III.

¹⁰⁵⁴ Voir lexicque : « illicéité ».

faits. Mais aussi, l'auteur est présumé savoir que ce comportement portera atteinte à la victime.

B. Harcèlement sexuel

L'élément volitif n'est pas pris en compte dans la définition du harcèlement sexuel, ni dans les éléments constitutifs du comportement défini comme illicite. Il est simplement mentionné que l'auteur « sait ou devrait savoir », ce qui revient au même, qu'en agissant de la sorte, il porte atteinte à la dignité de la personne, homme ou femme.

Le caractère intentionnel et démontrable des actes n'est donc pas une condition indispensable à la constitution d'éléments objectifs permettant de conclure à l'existence de harcèlement, qu'il soit moral ou sexuel. Point de mention telle que « dans le but de nuire à », ou « dans l'intention de porter atteinte à », comme c'était le cas, il y a encore peu, en droit vaudois de la Fonction publique¹⁰⁵⁵. Cette dernière condition est une condition alternative, car les conséquences précises de l'atteinte sont également prises en compte dans la définition, ainsi que nous allons le voir ci-après.

Toutefois, il y a harcèlement sexuel, lorsque la première condition est remplie et que :

*« [...] celui qui s'en rend coupable, sait ou devrait savoir, qu'il affecte la dignité de femmes et d'hommes sur les lieux de travail. »*¹⁰⁵⁶

La mention de cette deuxième condition peut paraître imprécise. Mais elle fait simplement appel au bon sens ainsi qu'aux us et coutumes de bienséance, de courtoisie et aux règles de morale sociale généralement admises, dont chacun et chacune doit être au fait dans le monde du travail d'une société donnée.

Le contexte n'est pas n'importe lequel (la rue, le métro, un lieu public quelconque etc.). Le contexte dans lequel un comportement donné est qualifié d'abusif est celui du lieu et des relations de travail, dans un contexte et une culture communs à tous les membres d'une communauté. Or, est en droit d'attendre qu'une norme, qu'elle soit explicite ou tacite, soit respectée. Afin d'éviter toute ambiguïté et assurer une prévisibilité du droit, tant du point de vue des auteurs potentiels que de celui des victimes, un règlement d'entreprise précisant les règles de conduite générales, en particulier ce qui y est explicitement interdit, sera toujours bienvenu.

¹⁰⁵⁵ LPers-VD et RCTH, chap. 1, art. 3.

¹⁰⁵⁶ Loi contre la violence et le harcèlement, art. 32 *ter*, § 3.

2. Conséquences sur la victime (ou caractère passif) du harcèlement¹⁰⁵⁷

Reprenons les éléments relatifs au caractère passif de l'atteinte dans le texte de la loi :

« [...] ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la personnalité, la dignité ou l'intégrité physique ou psychique d'un travailleur ou d'une autre personne lors de l'exécution de son travail, de mettre en péril son emploi ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. »¹⁰⁵⁸

Le caractère passif, qui entre dans la définition du harcèlement moral ou sexuel, se rapporte aux conséquences des conduites abusives sur la victime directe ainsi qu'aux conséquences sur la marche de l'entreprise tout entière. Ce caractère passif comporte lui-même deux variantes alternatives.

A. Élément subjectif

La première condition objective, la nature abusive d'un comportement qui se répète, ne suffit pas, en droit belge. Le harcèlement psychologique, comme le harcèlement sexuel, se définit également par l'effet qu'il a sur la victime. Il s'agit d'un élément psychologique, le ressenti de la victime.

Cette deuxième condition, cumulative à la première (existence de conduites abusives), est tout à fait originale à deux niveaux. Tout d'abord elle prend en compte, pour poser la définition même du comportement fautif, les conséquences dudit comportement sur la victime. C'est la personne physique et sa conception de ce qu'elle considère comme un abus qui est mis au premier plan.

Dans cette approche on peut objecter que cette mention peut engendrer certains abus et ne respecte pas les droits de la défense. Une personne particulièrement fragile pourrait se sentir atteinte excessivement, alors qu'aucun comportement ne serait objectivement abusif et répréhensible. Mais cet argument est tempéré par le caractère « objectif » de la notion que nous avons mentionnée ci-dessus¹⁰⁵⁹.

Sans que cela ne soit indiqué expressément dans la définition du harcèlement sexuel, cette mention de l' « effet » sur la victime se réfère aussi à une conduite raisonnable (selon le cours des choses et l'expérience de la vie), puisque la définition donne des précisions sur ce qu'il faut entendre par « conduites abusives »¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁷ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. II, V.

¹⁰⁵⁸ Loi sur le bien-être, art. 32 *ter*, § 2.

¹⁰⁵⁹ Voir *supra*, 2^{ème} partie, chap. IV, IV, 1.

¹⁰⁶⁰ Loi sur le bien-être, art. 32 *ter*, ch. 2.

B. Élément passif

Le harcèlement moral se définit également par son effet nocif sur l'ensemble de l'entreprise. Les aspects sociaux et économiques sont pris en compte dans dite définition. Sans que l'on puisse réellement parler de « victime » au sens habituel du terme, les conséquences du comportement fautif sont appréciées du point de vue de la personne morale qu'est l'entreprise et des entraves à son bon fonctionnement. L'entreprise peut alors être considérée comme une victime passive. La condition de cet élément passif est alternative.

Ce dernier élément ne fait pas entrer en ligne de compte d'élément subjectif. Cette condition se réfère directement aux conséquences logiques que des comportements abusifs peuvent avoir sur l'ambiance et les conditions de travail au sein de l'entreprise au sens large, les conséquences économiques. Le comportement de l'auteur est apprécié selon les deux contextes : psychologique et socioéconomique.

Ce comportement doit être évalué selon l'intelligence que toute personne doit avoir des conséquences sur autrui d'une atteinte quelconque. Il est fait appel ici à la capacité d'une personne normale et socialement intégrée de comprendre l'effet de son comportement sur autrui.

C'est une notion fondée sur l'empathie en général, et en particulier l'attention que l'on doit porter aux autres dans le cadre des relations de travail, une notion humaniste et volontariste qui met au premier plan la considération et le respect d'autrui en donnant à cette définition, force de loi. Il s'agit une référence à la citoyenneté et à l'éthique, en tant que comportements, érigées au rang de norme légale.

Cet élément se réfère aux usages de la bienséance, du respect mutuel, voire aux principes moraux qui régissent les rapports humains que toute personne responsable et intégrée dans un rapport entre collègues, ou qui interagit avec les travailleurs d'une entreprise publique ou privée doit apprécier raisonnablement. Cependant, cette précision ne se réfère qu'au cas de harcèlement sexuel et l'on pourrait envisager qu'elle s'étende au harcèlement moral. Cette disposition offre néanmoins dans son domaine d'application une protection accrue aux victimes et prend une dimension préventive que le législateur pourrait retenir pour des améliorations futures.

La loi belge édicte des conséquences pénales au comportement de harcèlement. Elle est donc d'application stricte. Le texte légal est insuffisant alors que le dispositif précise qu'il souhaite offrir une protection la plus ample possible. La personne accusée de harcèlement a, bien entendu, le droit de se défendre. Mais le cadre du champ strict voulu par le législateur, à savoir lors « de l'exécution du travail » et dans la sphère des « lieux de travail », permet aux auteurs d'échapper à certaines contraintes en dehors de ce cadre strict. Ce dernier élément comporte des risques de réduction considérable du champ d'application de ces dispositions.

En ce qui concerne le harcèlement sexuel, cette disposition restreint également le champ de protection de la victime. Lorsqu'il s'apparente à du harcèlement psychologique, ce comportement peut se manifester de manière très variée par des stratagèmes astucieux, des manifestations cauteleuses en dehors d'un cadre ouvertement sexualisé, qui n'est pas formulé clairement dans le texte légal. Ce comportement risque donc d'échapper aux rigueurs de la loi.

Notons que ces dispositions légales peuvent être invoquées par des victimes ne faisant pas partie de l'entreprise ou de l'institution¹⁰⁶¹. Cette disposition est d'une grande importance car elle étend l'interdiction et la prévention du harcèlement à tous les rapports sociaux, en relation avec le monde de l'entreprise.

3. Incrimination du harcèlement

La Loi du 30 octobre 1998 introduit de nouvelles dispositions pénales (l'article 442 bis du code pénal) selon lesquelles le harcèlement constitue une infraction pénale. En cas de condamnation, la peine est fixée de 15 jours à 2 ans d'emprisonnement et/ou assortie d'une amende de 50 à 300 francs belges (soit de 1,2 à 7,5€)¹⁰⁶². Cette loi ne permet de poursuite que sur plainte de la victime, et condamne « quiconque aura harcelé une personne alors qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il affecterait gravement par ce comportement la tranquillité de la personne visée ».

L'art. 442 *bis* peut être utilisé pour poursuivre un auteur de harcèlement sur le lieu de travail, dès le moment où la tranquillité d'une personne est gravement affectée. A la différence du droit français, cet article ne concerne que le harceleur direct et ne permet pas d'incriminer la passivité de l'employeur. Celui-ci ne peut être l'objet de sanctions que dans le cadre des dispositions légales sur le travail.

L'art. 2 § 1 de la Loi contre la violence et le harcèlement indique que :

*« Quiconque aura harcelé une personne alors qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il affecterait gravement par ce comportement la tranquillité de la personne visée, sera puni d'une peine d'emprisonnement de quinze jours à deux ans et d'une amende de 50 à 300 francs, ou de l'une de ces peines seulement. Le délit prévu par le présent article ne pourra être poursuivi que sur la plainte de la personne qui se prétend harcelée ».*¹⁰⁶³

Cette définition pose un problème en raison de sa liaison directe avec le phénomène de discrimination. Ainsi que vu précédemment le harcèlement, parfois, ne recouvre aucune des causes mentionnées, tout au moins de façon apparente. Mais néanmoins l'entreprise et la bonne marche du service déplorent de véritables comportements d'hostilité qui se manifestent par des actes de harcèlement.

La Loi du 25 février 2003 est venue compléter les lois précédentes. Dans son article 2, § 6, la loi définit le harcèlement en général comme une forme de discrimination. Le texte précise qu'il s'agit d'un comportement indésirable, lié à une liste de motifs de discrimination. Il s'agit du sexe, d'une prétendue race, de la couleur de la peau, de l'ascendance, de l'origine nationale ou ethnique, de l'orientation sexuelle, de l'état-civil, de la naissance, de la fortune, l'âge, la conviction religieuse ou philoso-

¹⁰⁶¹ Loi sur le bien-être, art. 32 *bis*.

¹⁰⁶² Loi du 30 octobre 1998 qui insère un article 442 *bis* dans le Code pénal en vue d'incriminer le harcèlement (*M.B. du 17.12.1998, p. 40074*), art. 2. Un tel montant est tellement ridicule qu'il n'est pas de nature à dissuader quiconque. Il s'agit même d'une offense pour les victimes.

¹⁰⁶³ Loi contre la violence et le harcèlement, art. 2 § 1.

phique, l'état de santé actuel ou futur, un handicap ou une caractéristique physique¹⁰⁶⁴.

Il n'est donc pas nécessaire et il est même nuisible de définir le comportement prohibé par les motivations de l'auteur. Dans ce cas, celui-ci a de multiples moyens de s'exonérer de sa responsabilité¹⁰⁶⁵ en prétendant que ses motivations ne correspondaient pas à la définition dudit comportement. Il suffit de prendre en compte les manifestations de celui-ci et ses conséquences.

La loi du 11 juin 2002¹⁰⁶⁶ relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail prend donc tout son sens, introduisant des mécanismes spécifiques qui permettent de lutter efficacement contre la violence au travail.

4. Prévention

Ce dispositif légal a par ailleurs l'avantage d'être axée sur la prévention et la protection. Par prévention, on entend aussi bien des mesures destinées à éviter le risque que des mesures permettant d'éviter ou de limiter le dommage. Les mesures de protection prévues par la loi, quant à elles, sont multiples: des dispositifs de prise en charge de la victime, la possibilité pour la victime, en dernier recours, de faire valoir ses droits en justice, enfin, une protection de la victime contre le licenciement et un renversement de la charge de la preuve¹⁰⁶⁷.

La Loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail a elle aussi pour objectif principal la prévention. Ce texte exige que l'employeur remédie aux situations qui engendrent des risques, ou tout au moins qu'il prévienne les dommages que provoque la réalisation de ces situations qui engendrent des risques¹⁰⁶⁸. Il a alors paru logique d'y intégrer la loi du 11 juin 2002.

Avant cette Loi contre la violence et le harcèlement du 11 juin 2002, le harcèlement moral et sexuel au travail était exclusivement envisagé en termes individuels. La situation de harcèlement était jusque-là résolue par le licenciement soit de l'auteur des faits, soit de la victime, voire des deux et donc, la jurisprudence en la matière concernait seulement des licenciements. Depuis l'entrée en vigueur de dite loi, l'on considère que la violence au travail est un problème dont les manifestations à caractère individuel s'inscrivent dans l'environnement collectif de l'entreprise. Dans la mesure où l'entreprise relève de la Fonction publique, le problème s'étend directement à l'ensemble des usagers. Dès lors, ce phénomène de violence qui perturbe gravement la vie des travailleurs dans l'exécution de leurs prestations doit relever de

¹⁰⁶⁴ Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (*M.B. du 17.03.2003, p. 12844*), art. 2, § 1.

¹⁰⁶⁵ Voir lexicque : « exonération de la responsabilité ».

¹⁰⁶⁶ Loi contre la violence et le harcèlement, *passim*.

¹⁰⁶⁷ *Id.*, art. 32 *undecies*.

¹⁰⁶⁸ Arrêté royal du 27 mars 1998 relatif à la politique du bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail (*M.B. du 31.03.1998, p. 9800*), art. 5 et art. 9.

la législation qui vise à protéger les conditions de travail, dans leurs aspects sécurité et santé, ce qui est l'objet même de la Loi sur le bien-être.

5. Conclusion

La définition du harcèlement posée par la loi belge du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail¹⁰⁶⁹ est plus favorable aux victimes potentielles en ce qui concerne la mention critiquée de l'intention de nuire. Cette définition introduit dans la constitution des faits de harcèlement l'importance du résultat, des conséquences sur la victime. Il s'agirait d'une « infraction » de résultat ou tout au moins, se définissant par son caractère cumulative, par son caractère illicite et par ses conséquences effectives et sur la victime. Cette définition est conforme à l'idée qui avait été évoquée dans l'avis sur la « violence au travail »¹⁰⁷⁰ du Comité consultatif pour la sécurité, l'hygiène et la protection de la santé sur le lieu de travail de la Commission qui estimait que ces comportements se définissaient par rapport « au but -ou au résultat- » de cette violence, à savoir l'exclusion.

En revanche, ce texte comporte une restriction d'importance, puisque le comportement abusif ne peut être considéré comme tel s'il s'exerce hors le cadre strict de l'exécution du travail. Cette disposition exclut de nombreux comportements constitutifs de harcèlement qui sont en lien avec les relations de travail et la vie économique de l'individu et de son entreprise.

¹⁰⁶⁹ DI MARTINO, HOEL, COOPER, 2003, p. 48 et Loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail (*M.B. du 22.06.2002, p. 28521*).

¹⁰⁷⁰ Cité par CHAPPELL, DI MARTINO, 2000, p. 5.

Chapitre V. Le droit français

I. Aperçu général

Tout comme en droit belge, le harcèlement psychologique est appelé en droit français, « harcèlement moral ».

Tout comme en droit belge et espagnol, l'organisation de la loi et ses titres spécifiques consacrés au traitement du problème du harcèlement moral ou sexuel au travail, montrent la volonté de remédier aux problèmes.

Le droit français en matière de harcèlement s'est organisé récemment dans le cadre de la loi dite « de modernisation sociale »¹⁰⁷¹. Les infractions de « harcèlement moral » et de « harcèlement sexuel » deviennent ainsi à la fois définies dans le Code du travail¹⁰⁷², et pénalement répréhensibles¹⁰⁷³. Nous verrons en quoi l'existence parallèle de ces deux textes nuit à la clarté de la définition, et ne permet pas d'atteindre le but fixé, et ce, malgré la grande sévérité des peines encourues.

Nous démontrerons également comment le pouvoir exécutif a pu annuler par voie d'ordonnance, un nombre important de dispositions, pourtant votées démocratiquement par le Parlement.

L'adoption de la loi dite « de modernisation sociale » du 17 janvier 2002¹⁰⁷⁴ et de la loi Fillon du 3 janvier 2003¹⁰⁷⁵ ont introduit de nouvelles dispositions dans le Code du Travail et en ont modifié la teneur.

Ces nouvelles dispositions ont également modifié le Code pénal, en faisant du harcèlement moral au travail un délit. Les objectifs de la loi visent à circonscrire les agissements de harcèlement moral, à protéger la victime ou le témoin et à prévenir ces agissements. Elles sont aussi venues modifier un certain nombre de règles en ma-

¹⁰⁷¹ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (JO du 18 janvier 2002, p. 1008), *passim*.

¹⁰⁷² Code du travail (version 2002-2007), art. L122-49 à L122-53, créés par Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, JORF 18 janvier 2002, art. 169, abrogés par Ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007 - art. 12 (JORF n° 61 du 13 mars 2007, p. 37003).

¹⁰⁷³ MAYAUD Yves et ALLAIN Emmanuelle (2007), *Code pénal français*, Paris, Dalloz (104^{ème} édition), 2543 p.

¹⁰⁷⁴ Art. L 122-49 du Code du travail, inséré par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (JO du 18 janvier 2002, p. 1008), art. 169, I.

¹⁰⁷⁵ Loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques (J.O n° 3 du 4 janvier 2003 p. 255), NOR: SOCX0200158L, art. 4. Les deux premières phrases de l'article L. 122-52 du code du travail sont remplacées par une phrase ainsi rédigée :

« En cas de litige relatif à l'application des articles L. 122-46 et L. 122-49, dès lors que le salarié concerné établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement, il incombe à la partie défenderesse, au vu des ces éléments, de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. »

tière de harcèlement sexuel et moral. Nous verrons que certaines dispositions, en particulier les plus protectrices, ont été abrogées peu après.

Je broserai ci-après les grandes lignes du nouveau texte en mettant en exergue les progrès qu'il apporte à la définition du harcèlement moral, à la notion d'illicéité¹⁰⁷⁶, aux outils qui autorisent la sanction dudit comportement, ainsi qu'à l'effet dissuasif du texte pénal.

Notons qu'avant même l'adoption définitive de dite Loi de modernisation sociale, le Sénat et l'Assemblée ont essayé de s'opposer audit projet de loi en saisissant le Conseil constitutionnel¹⁰⁷⁷. La saisine du Conseil constitutionnel portait notamment sur les articles 169 et 170 de dite loi, c'est-à-dire les deux articles qui modifient l'un le Code du travail¹⁰⁷⁸ et l'autre, le Code pénal, en matière de harcèlement moral¹⁰⁷⁹.

Les sénateurs requérants ont fait grief à l'art. 169 de méconnaître l'exigence de clarté de la loi en ce que la définition qu'il donne du harcèlement moral au travail ne précise pas les « droits » auxquels il est porté atteinte ; ils soutiennent, en outre, que les articles 158 et 169 « renversent la charge de la preuve sur le défendeur » en tant qu'ils « dispensent le requérant de prouver la véracité de ses affirmations » ; que, selon eux, ces articles porteraient atteinte à la présomption d'innocence telle qu'édictee par l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ainsi qu'aux droits de la défense ; qu'enfin les articles 169 et 170, qui incriminent deux fois le même agissement, seraient contraires à l'article 8 de la Déclaration de 1789.

Dans sa décision, à l'article 2, la haute Cour constitutionnelle a notamment considéré que les articles en question n'étaient pas contraires à la Constitution¹⁰⁸⁰.

Le Code du travail comprend donc désormais au sein de sa première partie, livre I^{er}, un Titre V intitulé : « Harcèlements » (au pluriel) qui comprend au total 19 articles¹⁰⁸¹. Le chapitre II de ce titre V comprend 6 articles¹⁰⁸² qui traitent du harcèlement moral en particulier.

L'existence même d'une section entière, intitulée « Du harcèlement moral » au sein du Code pénal tend à montrer l'importance accordée au traitement du problème par

¹⁰⁷⁶ Voir lexique : « illicéité ».

¹⁰⁷⁷ Saisine du Conseil constitutionnel par le Sénat et l'Assemblée, voir en particulier sur les articles 169 et 170 de la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (JO du 18 janvier 2002, p. 1008).

¹⁰⁷⁸ Code du travail (version 2002-2007), art. L122-49 à L122-53, créés par Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, JORF 18 janvier 2002, art. 169, abrogés par Ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007 - art. 12 (JORF n° 61 du 13 mars 2007, p. 37003).

¹⁰⁷⁹ Articles 222-33 et 222-33-1 du Code pénal, modifiés par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, JORF 18 janvier 2002, art. 170.

¹⁰⁸⁰ Décision du Conseil constitutionnel n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002 (sur la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale). art. 2 : Ne sont pas contraires à la Constitution, sous les réserves énoncées dans la présente décision, les articles 96, 101, 108, 134, 137, 158, 159, 169, 170 et 216.

¹⁰⁸¹ Code du travail (version actuelle), I^{ère} partie, Livre I^{er}, titre V, harcèlements.

¹⁰⁸² *Id.*, Livre I^{er}, titre V, chap. II, art. L1152-1 à L1152-6, Créés par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, initialement section 8 : harcèlement, art. 122-46 à 122-54.

le législateur¹⁰⁸³. Cette section inclut, en particulier, un nouvel article 222-33-2, qui définit les peines prévues par la loi.

Quant au harcèlement sexuel, il avait été introduit auparavant, à la fois dans le Code du travail¹⁰⁸⁴ et dans le Code pénal¹⁰⁸⁵. En particulier, c'est depuis la loi du 2 novembre 1992 que le harcèlement sexuel est réprimé par l'art. 122-46 du Code pénal¹⁰⁸⁶. C'est pourquoi, outre la discussion des définitions et le développement des notions, je traiterai les deux phénomènes (harcèlement moral et harcèlement sexuel) en parallèle, pour noter les correspondances autant que les différences entre les traitements des deux types de comportement.

II. Notions et définitions

1. Le harcèlement moral

L'article L. 1152-1 du Code du travail ne donne pas de définition, pas d'acception première de ce qu'est le « harcèlement moral ». L'énoncé de l'article en question est le suivant :

« Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail »

¹⁰⁸³ Après la section 3 du chapitre II du titre II du livre II du Code pénal, il est inséré une section 3 bis intitulée : « Du harcèlement moral », comprenant un article ainsi rédigé : « art. 222-33-2 : « *Le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail, susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 EUR d'amende.* », inséré par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (JO du 18 janvier 2002, p. 1008), art. 170.

¹⁰⁸⁴ Code du travail, art. L1153-1 à L1153-6.

¹⁰⁸⁵ Art. 222-33 et 222-33-1 du Code pénal, modifié par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, art. 170 JORF 18 janvier 2002, version antérieure introduite par la Loi n°98-468 du 17 juin 1998, art. 11 JORF 18 juin 1998 rectificatif JORF 2 juillet 1998 : « *Le fait de harceler autrui en donnant des ordres, proférant des menaces, imposant des contraintes ou exerçant des pressions graves dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.* »

¹⁰⁸⁶ Code du travail (version 1992), art. L122-46, créé par la Loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992, art. 1 JORF 4 novembre 1992 modifié par Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, art. 179 JORF 18 janvier 2002, abrogé par Ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007, art. 12, JORF 13 mars 2007 pour devenir l'article L1153-1 ainsi rédigé : « *Les agissements de harcèlement de toute personne dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers sont interdits* ». Rappelons que, dans le domaine du harcèlement sexuel, il n'y a pas forcément de profit pour quiconque.

susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel. »¹⁰⁸⁷

Aucun salarié : fait référence à toute personne de quelque sexe que ce soit. Le masculin est ici employé comme un neutre grammatical ; il va de soit qu'il s'agit des hommes comme des femmes, sans exclure celles-ci. Le français de France pratique encore peu la terminologie épïcène. Le maniement systématique des adjectifs et substantifs féminisés, n'est pas toujours aisée sur le plan grammatical, ni toujours « heureuse » sur le plan stylistique. Il aurait été toutefois judicieux ici de l'employer pour souligner, en particulier, qu'il existe des violences spécifiques faites aux femmes, en raison de leur position hiérarchique, encore trop souvent inférieure à celle des hommes.

Le terme de salarié tend à exclure le personnel temporaire, les personnes engagées sur mandat. On peut regretter que tout le personnel d'une entreprise, lié par une prestation de travail, ne soit pas protégé par ces dispositions, alors que l'on sait que le personnel non salarié, ou encore le personnel employé par des entreprises de sous-traitance, est souvent beaucoup plus précarisé que le personnel « fixe ».

Aucun : fait référence à la position hiérarchique du travailleur dans l'entreprise. « Aucun », comme « tout » est impersonnel et indéfini. Cela permet d'admettre que le harcèlement peut être aussi bien vertical (ascendant ou descendant), qu'horizontal ou transversal. La protection s'étend à tous les membres de l'entreprise, quelle que soit leur position hiérarchique, leur appartenance à tel ou tel métier. Ce terme est plus général que celui de « travailleur » ou « travailleuse » qui, outre la connotation exclusivement marxiste ou syndicale, est susceptible d'exclure des cadres supérieurs, qui, on l'oublie trop souvent, ne sont pas à l'abri de ce type de pratiques.

Ne doit subir : Le verbe « devoir » implique ici que le salarié, au premier degré, est une personnalité passive. La formulation est contestable car le salarié n'a pas le « devoir » de ne pas subir les agissements de harcèlement. Il s'agit bien des devoirs de l'entreprise et de l'employeur, garant des conditions de travail au sein de l'entreprise. L'employeur a envers son employé une obligation positive : il doit œuvrer pour que l'employé ne devienne pas victime.

Le verbe « subir » énonce une atteinte, une oppression à l'encontre de quelqu'un. Il n'est pas énoncé « ne doit pas faire l'objet de ». Ne figure pas de description des faits que l'on pourrait a posteriori considérer ou ne pas considérer comme un dommage à une personne¹⁰⁸⁸. Le dommage et l'abus de pouvoir sont déjà induits dans le verbe « subir » utilisé dans le texte de loi. Nous nous situons dans le cadre du point de vue de la victime, c'est-à-dire de l'atteinte subjective¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁷ Code du travail, 1^{ère} partie, livre 1^{er}, titre V, chap. II, art. L1152-1, créé par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, JORF 18 janvier 2002, art. 169.

¹⁰⁸⁸ Voir lexique : « dommage ».

¹⁰⁸⁹ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. III, I, 4 et 2^{ème} partie, chap. I, II, 3.

Quant aux **agissements répétés** : se pose ici la question de l'élément matériel et moral constitutif du harcèlement. Si le comportement incriminé se définit déjà en termes d'agissements, il ne s'agit pas d'actes, parfois anodins, dont la caractéristique est que sa répétition et/ou sa combinaison engendre des effets négatifs pour la victime. Les « agissements » sont déjà, en soi répétitifs, des actes contraires à la bonne foi, qui impliquent un dessein, une volonté de nuire, et qui constituent en soi, l'élément moral du comportement incriminé.

Cet élément n'est pas favorable à la victime. En effet, elle ne doit pas simplement alléguer d'actes, de comportements exercés à son encontre qui seraient susceptibles de lui nuire, mais invoquer devant le juge, l'existence d'**agissements**. Cet élément, même si la victime ne doit pas le « prouver » est extrêmement difficile à poser.

On assiste donc à une certaine confusion dans les termes choisis. Il aurait été plus judicieux de décrire quels comportements constituaient, dans le cadre des relations de travail, des « agissements ».

En outre, se pose la question de savoir si certains actes, décisions multiples et répétées ne sont pas parfois susceptibles, en soi, de compromettre l'avenir professionnel d'un ou d'une salarié, tout en étant parfaitement justifiées.

Harcèlement moral : cet article ne donne pas de définition, d'acception première de ce qu'est le « harcèlement moral ». Les références sont à chercher dans les acceptions premières données par les dictionnaires ou dans les ouvrages scientifiques et la doctrine qui ont été abondamment commentés lors des travaux parlementaires¹⁰⁹⁰.

Susceptible de : Pour qu'il y ait « harcèlement moral, il n'est pas nécessaire que les conditions de travail dégradées portent effectivement « atteinte » aux droits de la victime, altère sa santé physique ou mentale ou compromette son avenir professionnel. Il suffit que cet état de fait soit « susceptible » de comporter ces effets. C'est un risque potentiel avéré par la loi et donc protecteur pour la victime.

Le législateur aurait tout aussi bien pu écrire « pouvant » qui aurait une valeur grammaticale de conditionnel, qui exprimerait une potentialité. En effet, la gravité du harcèlement moral au travail est avant tout potentielle. Il peut détruire psychologiquement la victime, provoquer chez elle un état de stress traumatique, avec les symptômes anxio-dépressifs et/ou psychosomatiques. C'est pourquoi il est important que cette potentialité soit inscrite dans la loi et qu'elle entre dans la constitution des faits de harcèlement. En effet, lorsque la personne victime a déjà développé des pathologies graves, il est souvent trop tard. Les médecins et spécialistes du psychisme que nous avons abondamment cités ont souvent été confrontés à des patients souffrant d'invalidités chroniques qui fragilisaient la personne à jamais dans le cadre de ses relations sociales et professionnelles. Il n'est donc pas « nécessaire » que les actes de harcèlement aient déjà provoqué leurs effets pour que l'on considère que le

¹⁰⁹⁰ Le projet de loi « de modernisation sociale » adopté par l'Assemblée nationale : proposition d'amendements, voir art. 50 *ter* et *quater*, p. 24, rapport présenté par Gérard Lissorgues à l'assemblée générale de la chambre de commerce et d'industrie de Paris le 29 mars 2001.

comportement puisse être qualifié de harcèlement, incriminé comme tel ou simplement sanctionné.

En outre, ce n'est pas parce qu'une personne se sort de cette situation plus ou moins bien, ou se remet des atteintes subies grâce à sa propre capacité de résilience ou grâce à son entourage, qu'il n'y a pas eu *mobbing*. En complément de la mention précédente, cet élément de définition constitue une approche objective¹⁰⁹¹.

Porter atteinte à ses droits et sa dignité : les droits et la dignité se réfèrent aux biens juridiques que constitue la personnalité des travailleurs et travailleuses. Toutefois, dans ce contexte, les biens de la personnalité¹⁰⁹² se rattachent à toute une sphère qui dépasse le strict cadre des relations de travail. Des faits de harcèlement au travail peuvent porter atteinte à la personnalité tout entière et affecter la personne dans l'ensemble de sa vie sociale ou familiale.

Le terme « dignité » fait appel à des notions juridiques indéterminées selon les différents ordres juridiques. Celles-ci devront être appréciées par le juge en fonction des circonstances (personnalité de la victime, environnement, position dans l'entreprise, sexe, âge, etc.) et la position sociale ou professionnelle de l'auteur.

Altérer sa santé physique ou mentale : troisième élément de l'objet ou des effets du harcèlement permettant d'en donner une définition : si les effets des comportements d'autrui ont pour but ou conséquence d'altérer la santé physique ou mentale d'une personne, nous sommes en présence de faits constitutifs de harcèlement moral. Il est fait référence à la santé, c'est-à-dire à une composante qui fait appel à des connaissances médicales, à un diagnostic. Ainsi que nous l'avons vu plus haut lorsque nous avons analysé l'expression susceptible de, il peut s'agir d'une potentialité, d'un risque de maladie. Par conséquent, au moment d'apporter des éléments de preuve devant une juridiction, il faudra envisager de considérer comme recevable un diagnostic de pathologie potentielle ou encore de « pré-diagnostic ». Cela est déjà le cas dans la législation française puisque ce sont les jours d'incapacité temporaire de travail (ci-après : ITT), déterminés par le médecin qui constitue le caractère contraventionnel ou délictuel de l'infraction.

Compromettre son avenir professionnel : Il s'agit là de l'aboutissement même du processus de harcèlement, lorsque le harceleur parvient à ses fins, avouées ou non, conscientes ou non. On ne parle plus seulement d'exclusion mais aussi d'une potentialité d'exclusion.

C'est ce qui fait du harcèlement un acte grave en termes de détérioration des relations de travail et partant, des conditions et du déroulement du travail. Il s'agit de parvenir à obtenir dans les faits une sorte de « mort sociale » de l'autre, qui perdra la considération dont il jouit dans son travail ou son emploi lui-même. Soit de parvenir à ce que, fragilisée, la victime commette une faute inévitable et soit licenciée pour de justes motifs, du point de vue de l'employeur et du droit du travail.

¹⁰⁹¹ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. III, I, 6, « atteinte objective ».

¹⁰⁹² Voir lexicque : « biens de la personnalité ».

Toutefois, si l'employé est poussé à la faute en raison de sa fragilité et par voie de conséquence, licencié de manière abusive, il pourra encore démissionner de lui-même en se sortant plus ou moins bien de cette situation. Il sera bien souvent aussi anéanti par la dépression ou d'autres pathologies.

Les actes de harcèlement ont donc pour conséquence la remise en cause des droits du travailleur et de la travailleuse au travail. Une situation de harcèlement moral peut donc provoquer une modification de l'exécution du contrat de travail. Il peut en résulter un changement de qualification, des modifications quant à l'exigence des prestations ou quant aux responsabilités, y compris dans le cadre des mêmes tâches, ou encore même un licenciement. En mettant en cause les droits et la dignité du travailleur, le harcèlement porte atteinte aux sphères les plus profondes de la personne en la niant dans ce qui la situe souvent prioritairement dans sa vie sociale : son activité professionnelle.

En résumé, pour qu'il y ait « harcèlement moral », il faut que les agissements réprimés soient répétés et aient pour objet la dégradation des conditions de travail entraînant elle-même potentiellement une altération de la santé physique ou mentale du ou de la salariée. Du point de vue des scientifiques qui ont étudié le harcèlement moral, celui-ci se définit en effet par des comportements hostiles et répétés¹⁰⁹³.

Est pris en considération également l'impact possible du harcèlement moral sur la vie professionnelle du salarié ou du fonctionnaire, qu'il soit victime, témoin, ou encore si cette personne est celle qui relate ou dénonce les faits de harcèlement moral. Le harcèlement moral est un comportement prohibé¹⁰⁹⁴ dès lors qu'il est exercé par l'employeur, un supérieur hiérarchique, ou toute personne munie de l'autorité fonctionnelle de l'employeur ou même entre collègues.

Dans la loi susmentionnée, ces agissements sont eux-mêmes qualifiés en fonction de leurs buts (« qui ont pour objet ») ou de leurs conséquences (« pour effet »). Le point sur lequel la loi insiste dans cette définition est la « dégradation des conditions de travail », qui peut elle-même avoir des conséquences sur la santé du salarié et son avenir professionnel.

Il faut en outre souligner que les conditions nécessaires à l'établissement de faits de harcèlement moral sont alternatives et non cumulatives. Aucune des conditions n'excluant l'autre ou les autres, cette définition permet d'« étirer » les contours du concept de harcèlement moral au travail. Cette disposition s'inscrit dans une optique qui se situe résolument en faveur de la protection des victimes.

¹⁰⁹³ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. II, IV.

¹⁰⁹⁴ Article 222-33-2 du Code pénal.

2. Le harcèlement sexuel

A. Définition

En droit français, le harcèlement sexuel constitue également une infraction pénale depuis plus longtemps (1994)¹⁰⁹⁵ que le harcèlement moral. Avant la loi dite de « modernisation sociale », le harcèlement sexuel était déjà défini et incriminé comme tel :

« Le fait de harceler autrui en donnant des ordres, proférant des menaces, imposant des contraintes ou exerçant des pressions graves dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, est puni d'un an d'emprisonnement et de 100'000 F d'amende. »

Le harcèlement sexuel est donc un délit qui, dans un premier temps, se définissait comme le comportement d'une personne abusant de son autorité. Le législateur avait écarté le fait que le harcèlement sexuel puisse être le fait de collègues de travail ou encore de subordonnés à l'encontre de leur supérieur(e).

La version actuelle de l'article du Code pénal est récemment devenue la suivante :

*« Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende. »*¹⁰⁹⁶

Cette nouvelle teneur de l'article 222-33 permet d'étendre l'incrimination à des personnes n'exerçant pas de fonction d'autorité, ce qui est intéressant par de nombreux aspects (Nous avons vu en effet, que les conséquences d'un harcèlement sexuel pour la victime sont tout aussi graves, quel qu'en soit l'auteur). Parfois même, les faits de harcèlement peuvent être encore plus difficiles à supporter pour la victime quand ils sont perpétrés par des collègues. En effet, la perte de repères peut être plus importante si l'on est maltraité par son égal. De plus, ces agressions sont minimisées, car l'on considère que la victime, dans une relation d'égalité peut, en théorie, s'y opposer. D'autre part, les agressions sont parfois perpétrées par plusieurs personnes en même temps et le harcèlement est ainsi démultiplié. Notons aussi que dans la loi, la peine pécuniaire a été augmentée.

Malgré son intérêt, l'article 222-33 tel qu'énoncé restreint toutefois toujours le harcèlement sexuel au fait d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, alors que nous avons vu que la problématique du harcèlement sexuel était beaucoup plus complexe et incluait de nombreux comportements attentatoires à la dignité et à la santé, qui ne

¹⁰⁹⁵ Ancien article 222-33 du Code pénal, entré en vigueur le 1^{er} mars 1994 pour remplacer l'ancien Code pénal, qui datait du 12 février 1810 (même s'il avait bien sûr subi moult modifications); on l'appelle aussi le nouveau Code pénal (ci-après : NCP). Des modifications ont été apportées à partir du 18 juin 1998.

¹⁰⁹⁶ Art. 222-33 du Code pénal, modifié par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, JORF 18 janvier 2002, art. 179.

se résumaient pas à l'obtention de faveurs sexuelles¹⁰⁹⁷. Dans de tels cas, les actes de harcèlement ne consistent plus en un but en soi.

B. Eléments constitutifs de l'infraction

Rappelons que l'infraction de harcèlement sexuel suppose l'action de « harceler »¹⁰⁹⁸, c'est-à-dire « soumettre à d'incessantes attaques ». Cela signifie que ce comportement doit correspondre à des attaques répétées et qu'un seul acte, en principe, ne constitue pas du harcèlement sexuel.

Les contacts physiques ne sont donc pas nécessaires, mais le texte est ambigu. La question se pose de savoir à partir de quel moment, au bout de combien d'actes ou de réactions en chaîne provoquées par ces actes, l'infraction est consommée. En outre, la question se pose de savoir ce que constituent des « attaques ». La plupart du temps, les auteurs de harcèlement sexuel nient et, souvent, croient eux-mêmes que leurs actes ou leurs paroles ne relèvent pas de comportements hostiles ou agressifs. Ce que la victime ressent comme des agressions ne sont souvent, de la part de l'agresseur, que des « compliments » incessants.

Dans l'ancien code, les actes devaient relever d'ordres, de menaces ou de contraintes. Il s'agissait de gestes, des menaces écrites ou orales, mais pas exclusivement d'ordre physique. Le texte visait en particulier des promesses de promotion, d'avancement et, en sens inverse, des menaces de toutes sortes y compris de licenciement. Ces dispositions, tout-à-fait insuffisantes, au regard de ce qu'est véritablement le harcèlement sexuel ont été partiellement corrigées par la Loi de modernisation sociale¹⁰⁹⁹.

D'autres comportements de harcèlement sexuel, que nous avons déjà décrits et dont nous avons circonscrit les contours¹¹⁰⁰, tels que les humiliations diverses, les plaisanteries graveleuses et les mises à l'écart qui peuvent s'ensuivre, le déclenchement de rumeurs sur la prétendue vie sexuelle de quelqu'un ne sont pas constitutifs de harcèlement sexuel au sens des art. 222-33 et 222-33-1 du Code pénal¹¹⁰¹.

Au terme de ces mêmes dispositions, les formes d'affichage à caractère sexualisé, discriminatoires ou attentatoires à la dignité des femmes ou des homosexuels ne sont pas non plus prévues dans l'incrimination du harcèlement, dit « sexuel ». De tels actes peuvent cependant être constitutifs de « discrimination »¹¹⁰² et sanctionnés en tant que tels.

¹⁰⁹⁷ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. III.

¹⁰⁹⁸ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. II, I.

¹⁰⁹⁹ Code du travail, art. L1153-1 (version actuelle), modifié par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale.

¹¹⁰⁰ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. III, I, 5, « Le harcèlement, une relation particulière de pouvoir ».

¹¹⁰¹ Art. 222-33 et 222-33-1 du nouveau Code pénal (NCP), modifié par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, JORF 18 janvier 2002, art. 179.

¹¹⁰² Voir *infra*, 2^{ème} partie, chap. II, II, 4.

Au surplus, il est possible que ces derniers comportements puissent être constitutifs de harcèlement moral au sens de l'art. L1152-1¹¹⁰³. Les comportements non éthiques, définis et analysés préalablement¹¹⁰⁴, peuvent en effet détériorer les conditions de travail en portant atteinte à la dignité du salarié et à ses droits. Ils constituent donc une forme de harcèlement moral susceptible de porter atteinte aux droits d'une personne et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.

En effet, ce type de comportement porte atteinte de manière plus intime, plus blessante et potentiellement plus dommageable encore à la personne qui en est l'objet. Le préjudice supplémentaire dont peut souffrir la victime, n'est pas pris en compte dans l'incrimination du comportement et n'est considéré que dans sa dimension « morale » au sens large.

Il nous paraît cependant insuffisant de réduire ces atteintes à un « simple » harcèlement moral. La définition actuelle du harcèlement sexuel comporte donc clairement des limites et des défaillances dans la version actuelle.

Il aurait été à notre sens plus judicieux de prévoir une incrimination pour le harcèlement sexuel qui revête ses multiples formes et manifestations. Ceci n'aurait pas empêché de prévoir des circonstances aggravantes¹¹⁰⁵, en cas d'abus d'autorité sur la victime, ou encore de retenir la particulière vulnérabilité psychologique, sociale ou professionnelle de cette dernière.

Le but visé par l'auteur est exposé dans le texte initial et reste en l'état dans le nouveau texte. Dans l'ancien droit¹¹⁰⁶, il s'agissait pour le titulaire de l'autorité et pour l'auteur quel qu'il soit (dans les nouvelles dispositions¹¹⁰⁷) d'avoir le dessein d'obtenir des faveurs sexuelles.

C. Notion de harcèlement sexuel et notion de preuve

Avant l'entrée en vigueur de la Loi de modernisation sociale, il s'agissait donc, pour établir la preuve qu'il y ait eu harcèlement sexuel, de démontrer qu'il y avait eu un dessein, une volonté de parvenir à une soumission de la victime, imposée par la force physique ou la pression psychologique.

¹¹⁰³ Code du travail, art. L1152-1 (version actuelle).

¹¹⁰⁴ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. III.

¹¹⁰⁵ Notion particulièrement utilisée, en matière correctionnelle, en droit pénal français et synonyme d' « acquittement ».

¹¹⁰⁶ Code du travail, art. L1153-1 (version 2002-2007).

¹¹⁰⁷ *Id.*, modifié par l'Ordonnance 2007-329 du 12 mars 2007, art. 14.

Ce type de délits pouvait être, selon les cas, aussi qualifié *sui generis* d'agression sexuelle¹¹⁰⁸.

Sachant que les dispositions relatives au harcèlement sexuel me semblent insuffisantes et incomplètes, en particulier par l'inclusion explicite de la relation hiérarchique jusqu'en 2002, la question se pose de savoir si le harcèlement sexuel peut aussi être considéré comme une discrimination au sens de l'art. 1 de la Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. En effet, selon l'art. 1 de dite loi on peut en particulier noter :

*« Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, ..., un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés. »*¹¹⁰⁹

En outre, la discrimination inclut :

« Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant »

Les art. 2 et 3 de cette loi précisent quant à eux ces dispositions et indiquent qu'elles s'appliquent aussi en amont de toute discrimination effective. Elles protègent les personnes qui ont refusé de se soumettre à une discrimination.

L'art. 4 précise enfin les modes d'action, qui permettent clairement de réagir devant certains cas de harcèlement autant sexuel que moral :

« Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments ob-

¹¹⁰⁸ Art.222-27 et 222-32 NCP art. 222-27, modifié par Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000, art. 3.V, JORF 22 septembre 2000, en vigueur le 1^{er} janvier 2002, art. 222-28, Modifié par la Loi 2007-297 2007-03-05 art. 54.4 JORF 7 mars 2007, art. 222-29, modifié par l'Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000, art. 3.V, JORF 22 septembre 2000, art. 222-30, modifié par Loi 2007-297 2007-03-05, art. 53.5, JORF 7 mars 2007, art. 222-31-1, créé par Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, art. 31 JORF 13 décembre 2005, art. 222-32, modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000, art. 3.V JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1^{er} janvier 2002.

¹¹⁰⁹ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (JORF 28 mai 2008), art. 1 et 3.

*jectifs étrangers à toute discrimination. Le présent article ne s'applique pas devant les juridictions pénales. »*¹¹¹⁰

La loi précise en outre que le champ d'application est extrêmement large puisqu'il s'applique autant pour le secteur privé que pour le secteur public, à l'égard des salariés comme à celui des indépendants.

Les dispositions sur l'interdiction de la discrimination permettent donc, sous cet angle de s'attaquer efficacement à certaines formes du harcèlement.

En complément, il convient de rapprocher la notion de harcèlement sexuel de celle d'« agression sexuelle », telle que mentionnée à l'art. 222-22 du Code pénal¹¹¹¹, qui renvoie elle-même à la notion d'« atteinte sexuelle ». Cette dernière n'étant pas définie dans le Code pénal, il est très difficile, de renvois en renvois, internes ou externes, d'approcher avec toute la rigueur nécessaire la notion et la définition des dites infractions et de mettre efficacement en œuvre le droit en vigueur.

La difficulté d'agir pour la victime s'avère double. D'une part, il est toujours difficile d'établir la preuve du dessein, relatif à l'expression « dans le but d'obtenir » ou de la rendre vraisemblable. D'autre part, en cas de relaxe¹¹¹² de l'auteur, la victime s'expose à des poursuites pénales pour dénonciation calomnieuse.

Ainsi la jurisprudence citée ci-après a considéré que ne caractérisait pas « un chantage à l'emploi, imputable au prévenu, les gestes posés par lui (tentative d'embrassade, attouchement sur le cou dans un bar), qui n'aurait été supporté par la victime que sous l'effet de la contrainte liée à sa dépendance économique, alors qu'il est particulièrement difficile de trouver un stage d'apprentissage. »¹¹¹³ Dans cet arrêt de la Cour de Cassation, les juges considèrent donc que la loi pénale étant d'interprétation stricte, les conditions susmentionnées ne sont pas réunies.

L'intérêt de ces dispositions d'ordre pénal est considérablement affaibli en matière de protection des victimes, comme en matière de protection d'un climat de travail sain, en raison de la proposition « par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ». En effet, nous avons vu en première partie de cet ouvrage que le harcèlement sexuel ne consiste pas de manière systématique en un « droit de cuissage » d'un supérieur sur une subordonnée (l'inverse étant plus rare). Les atteintes sont très fréquemment le fait de collègues de travail qui opèrent de multiples

¹¹¹⁰ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (JORF 28 mai 2008), art. 4-5.

¹¹¹¹ Article 222-22 du Code pénal (version actuelle), modifié par Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 JORF 18 juin 1998, art. 19 : « Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise. »

¹¹¹² GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean (2007), *Lexique des termes juridiques*, 16^{ème} édition, Paris, Editions Dalloz, 662 p., *passim*.

¹¹¹³ Cour de Cassation, Chambre criminelle, Audience publique du 31 mai 2000 N° de pourvoi : 99-81042, publication : Bulletin criminel 2000 N° 208 p. 613, Décision attaquée : Cour d'appel de Poitiers (chambre correctionnelle), 1999-01-15.

manières¹¹¹⁴. Il serait donc souhaitable que soit définitivement supprimée cette condition restrictive.

On peut penser que la loi pénale doit offrir des garanties supplémentaires pour les victimes. Ceci, d'une part, en raison du fait que la loi pénale a un but de prévention générale¹¹¹⁵, d'autre part, en raison du fait qu'en matière pénale, la procédure est inquisitoire et non accusatoire. La victime n'a donc pas à apporter elle-même la preuve de ses allégations qui sont établies par le juge.

Toutefois, c'est à la victime d'apporter tous les éléments attestant la vraisemblance des faits allégués par elle. La loi pénale étant d'interprétation stricte, son champ d'application est considérablement limité. En cas de relaxe de l'auteur, la victime est doublement lésée. Elle n'a pas obtenu justice, ne peut demander de prétentions civiles ; de plus le risque de faire l'objet de poursuites pour dénonciation calomnieuse est grand.

Selon Sekiou, en 2001, très peu d'actions judiciaires étaient intentées faute de preuves. Cet auteur pensait que, grâce à la création de l'euro et aux rapprochements des droits des pays de l'UE, les lois des pays membres, dont la France, s'harmoniseraient¹¹¹⁶.

Nous avons donc vu que le droit français a conféré un statut pénal aux actes constitutifs de harcèlement moral dont les faits sont réprimés de manière relativement sévère. De plus, la loi française a provisoirement, donné aux victimes des droits importants dans la procédure, en inversant en partie le fardeau de la preuve¹¹¹⁷. Le texte, introduit par la loi n° 2003-6 du 4 janvier 2003, portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, a modifié les dispositions relatives à l'aménagement de la charge de la preuve et à la procédure de médiation. Le texte était ainsi rédigé, en 2002 :

*« En cas de litige relatif à l'application des articles L. 122-46 et L. 122-49, dès lors que le salarié concerné établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement, il incombe à la partie défenderesse, au vu des ces éléments, de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »*¹¹¹⁸

Certains peuvent considérer que ces lois françaises sont trop sévères pour les auteurs desdites infractions, qu'elles donnent des droits disproportionnés aux victimes ; qu'elles produiraient des effets pervers, sous forme d'abus de droit. Plusieurs années

¹¹¹⁴ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. III, 1.

¹¹¹⁵ Voir lexicque : « prévention générale ».

¹¹¹⁶ SEKIOU *et al.*, 2001, p. 628.

¹¹¹⁷ Code du travail, art. L122-52 (version 2002-2007), introduit par la loi n° 2003-6 du 4 janvier 2003, abrogé par l'Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, JORF 13 mars 2007, art. 12.

¹¹¹⁸ Loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques (*JO du 18 janvier 2002, p. 1008*), art. 5.

après son entrée en vigueur, es thèmes mériteraient d'être étudiés sur le plan de l'interprétation de cette loi par la jurisprudence.

Ce texte, que Sékiou juge très favorable aux travailleurs, avait été introduit par le Parlement après des débats très animés, et l'intervention du Conseil constitutionnel¹¹¹⁹. Malgré tout, ce texte a été abrogé par une simple ordonnance en 2007¹¹²⁰. On considère souvent que la Suisse met un temps considérable à élaborer des lois et à les mettre en œuvre. Souvent est mise en cause son système de démocratie directe et semi-directe. En France, des années de travail fourni par des élus du peuple peuvent être anéanties par le pouvoir exécutif. Pour des raisons politiques ? Ou économiques ? Qui se confondent souvent avec la raison d'Etat, ou encore certains intérêts privés qu'il défend ? Le débat reste ouvert.

III. Champ d'application

1. Quant aux relations de droit privé

2. Quant aux personnes physiques

a. Code du travail

Harcèlement sexuel

Comme nous l'avons vu plus haut, la notion de harcèlement sexuel a été introduite initialement dans la version de 1992 du Code du travail. A cette époque, figurait encore la notion de rapport hiérarchique entre le harceleur sexuel et sa victime (art. L 122-46)¹¹²¹. La commission des agissements prohibés ne pouvait être réalisée que dans ce mouvement descendant¹¹²².

Cette disposition sanctionnait ce que l'on appelle couramment le « droit de cuisage ». Il n'était cependant pas exclu que la commission des agissements pouvait dépasser le cadre strict de la relation de travail. Certes, il devait exister un rapport d'autorité conféré par les fonctions. Mais il n'y avait pas de condamnation possible sur la base d'une « autorité de fait », sur la base d'un « ascendant de fait », exercé une personne se comportant comme un « gourou », par exemple. En effet, une per-

¹¹¹⁹ Saisine du Conseil constitutionnel par le Sénat et l'Assemblée, voir en particulier sur les articles 169 et 170 de la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (JO du 18 janvier 2002), p. 1008.

¹¹²⁰ Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail (JORF n° 61 du 13 mars 2007), p. 4740.

¹¹²¹ Code du travail, art. L.122-46 (version 1992-2002), introduit par la Loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992, art. 1, JORF 4 novembre 1992, modifié par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale.

¹¹²² Voir aussi article 222-33 NPC, modifié par la Loi n°98-468 du 17 juin 1998, art. 11, JORF 18 juin 1998, rectificatif JORF 2 juillet 1998, modifié par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale.

sonne peut être leader au sein d'un groupe, sans avoir pourtant aucune autorité officielle et légitimement reconnue. L'ascendant pris par quelqu'un au sein d'un groupe peut avoir des raisons multiples et trouver sa source dans les motivations et les faiblesses propres à chacun. Cela peut être une question d'âge, de condition sociale, d'ancienneté dans l'entreprise, de prestance physique, etc.

Depuis la version 2002 du Code du travail, relative aux dispositions sur le harcèlement sexuel¹¹²³, la notion de « relation hiérarchique » ou de « relation d'autorité » entre l'auteur de harcèlement sexuel et sa victime a disparu. L'autorité judiciaire peut qualifier d'infraction le harcèlement sexuel commis par un ou une collègue de travail ou par un subordonné. En outre, ainsi que nous le voyons ci-après, les victimes ne sont plus nécessairement des salariés et la définition est grandement élargie, par exemple, aux stagiaires :

*« Aucun salarié, aucun candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement de toute personne dont le but est d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers. »*¹¹²⁴

Cet élément constitue un progrès très important par rapport aux anciennes dispositions qui définissaient, pour les victimes, un champ d'application très restreint.

De même, concernant les auteurs, l'art. L1151-1 de la dernière version du Code du travail, intitulé « Champ d'application » prévoit que :

*« Les dispositions du présent titre sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés.
Elles sont également applicables au personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé. »*¹¹²⁵

La nouvelle version du Code du travail est donc venue corriger les dispositions précédentes en étendant la protection à l'égard de la victime. Ce texte prévoit donc que :

*« Les agissements de harcèlement de toute personne dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers sont interdits. »*¹¹²⁶

Ces nouvelles dispositions tiennent compte en particulier de la diversité des auteurs

¹¹²³ Code du travail, I^{ère} partie, Livre I^{er}, titre II, chap. II, section 8, art. L.122-46 modifié par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale.

¹¹²⁴ *Id.*, art. L1153-2, modifié par l'Ordonnance 2007-329 du 12 mars 2007, art. 14.

¹¹²⁵ *Ibid.*, art. L1151-1.

¹¹²⁶ *Ibid.*, art. L1153-2.

de harcèlement sexuel¹¹²⁷. Elles s'appliquent aux personnes physiques, autres que des supérieurs hiérarchiques ou de personnes en position d'exercer des pressions de toute nature. Les agressions prohibées par ces dispositions peuvent provenir de quiconque, collègues de travail ou subordonnés ; même de personnes avec lesquelles une relation de travail définie n'est pas clairement établie.

Autrement dit, ces dispositions s'appliquant à « toute personne ». Les victimes potentielles de harcèlement sont également protégées contre les personnes extérieures à l'entreprise (clients, fournisseurs, employés d'entreprises de sous-traitance, etc.).

Le champ d'application du texte s'étend donc également aux relations humaines et sociales, hors des rapports de travail *stricto sensu*.

Harcèlement moral

La version du Code du travail en vigueur depuis le 12 mars 2008 prévoit dans son article L1152-1 qu'aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral¹¹²⁸. Ceci constitue un recul certain par rapport à la version précédente.

Ces dispositions s'appliquent à tous les travailleurs de l'entreprise qui font l'objet d'un contrat de travail et sont au bénéfice d'une situation professionnelle stable et protégée. En conséquence, ces dispositions ne protègent pas le personnel temporaire, vacataire, ainsi que le personnel intérimaire. Ceci constitue une différence notable par rapport au harcèlement sexuel qui est d'application beaucoup plus large.

Dans le même esprit, l'article L1152-2 qui introduit des dispositions protectrices vis-à-vis de possibles sanctions, licenciement ou autres mesures discriminatoires, pour avoir subi ou refusé de subir des agissements de harcèlement moral, ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés, ne concernent que les « salariés », pas les personnes en situation précaire concernées par le paragraphe précédent.

Il s'ensuit que les dispositions de l'article L1152-3¹¹²⁹, relatives à la nullité d'une éventuelle rupture du contrat de travail intervenue en méconnaissance des dispositions des articles précédents (L. 1152-1 et L. 1152-2), ne protègent que ladite catégorie de travailleurs.

Les personnes dont les conditions d'emploi, de travail et de rémunération sont les plus précaires, ne sont par conséquent pas protégées contre le harcèlement, selon les dispositions du Code du travail. Ceci constitue une lacune importante puisque ce sont justement ces catégories de travailleurs qui sont les plus exposés au harcèlement et qui ont le plus de difficultés à se défendre.

Quant à l'art. L1152-4, il indique que le champ d'application de la loi s'étend explicitement à l'employeur dans la mesure où ce dernier « prend » toutes les dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral (ce qui prend

¹¹²⁷ Article 222-33 du Code pénal, modifié par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, art. 179 (JORF 18 janvier 2002).

¹¹²⁸ Code du travail, art. L1231-1 *ss*, modifié par la Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, art. 5.

¹¹²⁹ *Id.*, art. L1152-5, modifié par l'Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, art. 14.

une valeur impérative)¹¹³⁰. Dans le même esprit, selon l'article L1231-5, l'employeur a le devoir de sanctionner le salarié qui aurait procédé à des agissements de harcèlement moral.

Ces règles applicables au droit privé sont des normes de droit public. Ni l'employeur ni le salarié ne peuvent renoncer par avance au droit de s'en prévaloir¹¹³¹.

Il convient de noter que le Code du travail a introduit, suite à la Loi de modernisation sociale, la possibilité pour les syndicats d'agir en faveur de l'un des salariés, sous réserve de l'accord écrit du salarié¹¹³². Ceci est une avancée importante, que nous discuterons plus loin, puisque le salarié n'est pas obligé d'agir lui-même directement¹¹³³.

b. Code pénal

Harcèlement sexuel

Du point de vue du harcèlement sexuel, la loi pénale actuelle prévoit que :

« *Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.* »¹¹³⁴

Comme nous l'avons déjà indiqué plus haut, la référence à « autrui » est un point intéressant. Le champ d'application quant aux personnes victimes s'étend *erga omnes*¹¹³⁵ et va au delà du contexte des relations de travail *stricto-sensu*.

De plus, les personnes physiques victimes concernées, peuvent être aussi bien des femmes que des hommes.

Harcèlement moral

Aucune disposition n'est spécifique à ce type de comportement, par comparaison avec le harcèlement sexuel. Mais les comportements de harcèlement visés par le législateur se réfèrent au harcèlement (moral ou sexuel) au travail. Est considéré et incriminé le harcèlement en général sous cette forme :

« *Le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou*

¹¹³⁰ Code du travail, art. L1231-4 *ss*, modifié par la Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, art. 5.

¹¹³¹ *Id.*, art. 5.

¹¹³² *Ibid.*, art. L122-53 (version 2002-2007), abrogé par l'Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, art. 12.

¹¹³³ Voir *infra*, 2^{ème} partie, chap. V, VI, 2, C.

¹¹³⁴ Article 222-33 NCP, modifié par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 (JORF 18 janvier 2002), art. 179.

¹¹³⁵ Voir lexicque : « *erga omnes* ».

de compromettre son avenir professionnel, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15'000 euros d'amende. »¹¹³⁶

Concernant les auteurs de l'infraction, la forme impersonnelle utilisée indique aussi un très large champ d'application. Autrement dit, nous pensons que cette formulation permet d'étendre le champ d'application des personnes touchées en tant que victimes, aux bénévoles, travailleurs occasionnels, aides temporaires ou ponctuels, stagiaires, apprentis.

Nous verrons dans le paragraphe suivant que le champ d'application de la loi s'étend également aux personnes morales.

B. Quant aux personnes morales

a. Code pénal

Les dispositions relatives au harcèlement, en général, sont applicables aux personnes morales, et ce, quelle que soit leur forme juridique, c'est-à-dire, aux entreprises, aux associations, etc.¹¹³⁷

Jusqu'en 2004, la responsabilité pénale des personnes morales ne pouvait exister que conformément au principe de spécialité, à savoir « dans les cas prévus par la loi ou le règlement »¹¹³⁸. Cette responsabilité pénale n'était prévue ni dans les cas de harcèlement moral, ni en cas de harcèlement sexuel.

Le principe de spécialité a disparu en 2004 avec la loi dite « Perben II »¹¹³⁹. Les personnes morales pourront être désormais poursuivies sur le fondement de toutes

¹¹³⁶ Article 222-33-2 NCP, créé par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 (JORF 18 janvier 2002), art. 179.

¹¹³⁷ A titre d'exemple, ceci signifie pour ces dernières entités, qu'un tel comportement pourrait leur être imputable même en l'absence de rapports de travail *stricto sensu* (au sens où il existe une rémunération, notamment).

¹¹³⁸ Article 121-2 du Code pénal (version du 11 juillet 2000 au 10 mars 2004), modifié par la Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 (JORF 11 juillet 2000), art. 8, modifié par la Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 (JORF 10 mars 2004), art. 54.

¹¹³⁹ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (JO du 10 mars 2004, p. 4567), entrée en vigueur au 31 décembre 2004, modifiant l'Article 121-2 du Code pénal :

« Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. »

« Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. »

« La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3. »

les infractions pénales, sans qu'il soit nécessaire que cette responsabilité soit prévue par un texte spécial.

Cependant, la responsabilité de la personne morale n'est mise en cause que si l'infraction est commise « pour son compte » et par « ses organes ou représentants ».

Dès lors, il est difficile de considérer qu'une personne morale puisse, en tant que telle « harceler une personne en vue d'obtenir des faveurs sexuelles »¹¹⁴⁰.

En revanche, l'appréciation des faits de harcèlement peut être différente dans le cadre du harcèlement moral. Les faits de harcèlement moral peuvent être perpétrés à l'encontre d'une personne physique « par les organes de la personne morale ou par ses représentants », personnes physiques elles aussi.

Reste à savoir à quelles conditions l'on peut considérer que dites personnes physiques, auteurs de harcèlement, agissent « pour le compte » de la personne morale.

Pour répondre à cette question, il faut préalablement réfléchir au fait que le harcèlement moral -pratique illicite et illégale dans de nombreux ordres juridiques- sert néanmoins très couramment d'outil pour briser un collaborateur ou une collaboratrice s'il refuse certains rythmes de travail ou certaines directives managériales auxquelles il ne peut raisonnablement se soumettre. On rencontre aussidans l'entreprise des abus dont sont victimes des cadres humanistes qui, conscients des dangers des rythmes effrénés pour leurs collaborateurs ont le courage de prendre ouvertement position et sont sanctionnés, parfois par un licenciement.

En sens inverse, il est vrai que, ainsi que l'a rappelé la Cour de Cassation¹¹⁴¹, le harcèlement moral ne doit pas être confondu avec les contraintes imposées par les impératifs de gestion inhérentes à la vie de toute entreprise. Celle-ci développe son activité dans un contexte par essence concurrentiel qui conduit « parfois à la remise en question de situations acquises qui peuvent être mal ressenties par les salariés tout en ne constituant pas des faits de harcèlement répréhensibles ».

Il n'y a de harcèlement que si les mesures, même défavorables aux salariés, ne sont pas motivées par des impératifs économiques ou s'il y a inégalité de traitement de certains salariés par rapport à d'autre. Selon l'art. 221-5-2-du Code pénal :

*« Les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables dans les conditions prévues par l'article 121-2 des infractions définies à la présente section. »*¹¹⁴²

¹¹⁴⁰ Je pense toutefois que devraient être prises clairement en compte par ces dispositions les « entreprises », bars ou autres « salons de massages », qui, **par leur activité même**, portent atteinte à la dignité humaine (des femmes en particulier). Il me semble qu'au regard du droit du travail, une étude dans ce domaine s'imposerait, qui ferait fi de toute hypocrisie en la matière.

¹¹⁴¹ Paris, 25 octobre 2002 ; C.A. Paris 18^{ème} D, 10 septembre 2002, voir discussion dans : *harcèlement moral et responsabilité de la personne pénale*, LEFEBVRE Francis (<http://www.cms-bfl.com/onlineservices/expert/details/pages/detail.aspx?publicationguid=cb87877e-71bf-4dc7-90e0-6e28af6e4431>).

¹¹⁴² Article 221-5-2 du Code pénal, modifié par la Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 (JORF 10 mars 2004), art. 6.

En outre, il a été constaté par certains auteurs, que les peines infligées aux personnes morales sont d'une certaine sévérité¹¹⁴³.

b. Code du travail

Selon l'art. L1151-1 du Code du travail¹¹⁴⁴, les dispositions du titre V, intitulé « Harcèlements » sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés. Ce texte est également applicable au personnel des personnes publiques employées dans les conditions du droit privé. En outre :

*« La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3. »*¹¹⁴⁵

Même si l'art. 1152-4 précise, comme nous l'avons vu plus haut, que l'employeur « prend » toutes les dispositions pour prévenir les agissements de harcèlement moral, rien n'est prévu pour sanctionner l'employeur qui n'aurait pas agi conformément à ces dispositions. Ce sont seulement les salariés qui peuvent être passibles de sanctions disciplinaires¹¹⁴⁶.

Selon le texte susmentionné, le harcèlement moral porte atteinte aux droits et à la dignité des personnes. S'il n'y a pas de harcèlement moral, il n'y a pas d'atteinte, et *vice-versa* : sans atteinte, il n'y a pas de harcèlement moral.

Une question se pose ici à laquelle il n'est pas simple de répondre. Si des travailleurs refusent de considérer qu'une atteinte a été portée à leurs droits ou à leur dignité, malgré des actes objectivement non éthiques, il se pourrait toutefois que l'entreprise ait à se plaindre des conséquences de ces conduites hostiles. *Quid* alors des sanctions légitimes qu'elle pourrait exercer sur le salarié ? Il faut donc dans le cadre du devoir de prévention de l'employeur, que celui-ci soit conscient des signes avant-coureurs de harcèlement et puisse agir en prononçant des sanctions disciplinaires, même si une personne physique donnée ne se plaint pas d'atteinte à ses droits ou à sa dignité.

¹¹⁴³ Article 131-39 du Code pénal, modifié par la Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 (JORF 7 mars 2007), art. 25, voir discussion dans Harcèlement moral et responsabilité de la personne pénale; LEFEBVRE Francis, voir note 1151.

¹¹⁴⁴ Code du travail, I^{ère} partie, Livre II, titre V, chap. II, art. L1152-1, modifié par l'Ordonnance 2007-329 du 12 mars 2007, art. 14.

¹¹⁴⁵ Article 121-1 du Code pénal, modifié par la Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 (JORF 10 mars 2004), art. 54.

¹¹⁴⁶ Code du travail, I^{ère} partie, Livre II, titre V, chap. II, art. L1152-5, modifié par l'Ordonnance 2007-329 du 12 mars 2007, art. 14.

2. Droit de la fonction publique

La Loi de modernisation sociale, dite Loi Le Pors¹¹⁴⁷, introduit, après l'article 6 quater de la loi N° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, un art. 6 *quinquies* ainsi rédigé :

« Aucun fonctionnaire ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.

Aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire en prenant en considération :

- 1° *Le fait qu'il ait subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement moral visés au premier alinéa ;*
- 2° *Le fait qu'il ait exercé un recours auprès d'un supérieur hiérarchique ou engagé une action en justice visant à faire cesser ces agissements ;*
- 3° *Ou bien le fait qu'il ait témoigné de tels agissements ou qu'il les ait relatés.*

*Est passible d'une sanction disciplinaire tout agent ayant procédé aux agissements définis ci-dessus. »*¹¹⁴⁸

Ces dispositions semblent a priori très protectrices pour le fonctionnaire victime ou potentiellement victime. En fait, ces dispositions sont insuffisantes en raison de l'absence de procédure claire à suivre en cas de harcèlement. Au sein de la fonction publique française où les fonctionnaires jouissent d'une protection très étendue, les garanties offertes aux victimes nous semblent insuffisantes. En effet, lorsque des employés de l'Etat bénéficient d'un « statut », quasiment inébranlable, les auteurs de harcèlement sont souvent « intouchables » car leurs fautes sont rarement sanctionnées à juste proportion. Les victimes sont donc livrées à la merci de ceux qui jouiront toujours, quoi qu'il arrive, d'une protection exagérée.

De même et paradoxalement, les droits d'une ou de plusieurs personnes mises en cause à tort, ne sont pas protégés si les modalités d'une enquête ou d'une investigation ne sont pas strictement prévues, y compris pour disculper fermement une personne accusée à tort. Il est aussi souhaitable, que parallèlement à des garanties de procédure, il soit possible de prononcer des sanctions en cas de fausses accusations ou d'abus de droit caractérisé¹¹⁴⁹.

Le même art. 6 *quinquies* de la loi susmentionnée est complété par un alinéa ainsi rédigé :

¹¹⁴⁷ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, loi dite « Loi Le Pors » (JO du 14 juillet 1983), version consolidée au 8 octobre 2008, art. 6 *quinquies*.

¹¹⁴⁸ *Id.*, art. 6 *quinquies*, introduit par la Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005, art. 6.

¹¹⁴⁹ Voir lexicque : « abus de droit ».

« Les dispositions du présent article sont applicables aux agents non titulaires de droit public. »¹¹⁵⁰

La protection des catégories socio professionnelles les plus précarisées au sein de l'administration est ainsi assurée. Pour ces personnels, ce texte est beaucoup plus favorable que celui qui a été introduit pour les personnels du secteur privé¹¹⁵¹.

Depuis 2008, le Code pénal, prévoit, pour certains crimes ou délits des peines **complémentaires** pour les personnes physiques¹¹⁵². Ce type de peines dites « complémentaires », n'est pas prévu dans les cas de harcèlement psychologique ou sexuel. Il nous paraît pourtant important de souligner que, des peines exclusivement répressives, sans portée **éducative**, s'avèrent peu utiles, dans ce type d'infraction où entre en ligne de compte des questions de culture de l'entreprise et de savoir être personnel. On devrait donc envisager des peines, complémentaires ou non, telles que, par exemple, des « stages d'éveil à la citoyenneté », beaucoup plus formateurs. Il faut bien entendu que ces stages soient payants pour que les personnes prennent la mesure de ce qu'elles doivent améliorer dans leur comportement et que ces mesures de type éducatif comportent une dimension de sanction.

De même, l'art. 131-27, concernant « l'interdiction d'exercer une fonction publique aux conditions prévues pour les peines complémentaires » ne s'applique pas. Ceci, alors que cette interdiction peut être temporaire (d'au maximum 5 ans) ou définitive¹¹⁵³.

Les personnes **morales**, sont responsables pénalement¹¹⁵⁴, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants¹¹⁵⁵. L'Etat n'est pas responsable pénalement, ce qui est d'autant plus compréhensible que les personnes physiques, particulièrement protégées par le droit français de la fonction publique, ne peuvent pas prétexter qu'elles ont harcelé autrui pour sauvegarder leur emploi, par exemple.

De même, il n'y a pas de responsabilité pénale prévue en cas de harcèlement psychologique ou sexuel pour les autres personnes publiques, telles que les collectivités territoriales, par exemple.

¹¹⁵⁰ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, art. 6-quinquies, introduit par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (*JO du 18 janvier 2002, p. 1008*), art. 178. En France, les fonctionnaires sont des agents titulaires, alors que les agents non-titulaires sont les personnes en stage d'une durée d'un an avant leur « titularisation », le personnel temporaire, remplaçant ou auxiliaire, etc.

¹¹⁵¹ Voir *supra*, 2^{ème} partie, chap. V, III, 1, A.

¹¹⁵² NCP, , art. 131-10, modifié par la Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 (*JORF 7 mars 2007*), art. 25.

¹¹⁵³ *Id.*, art. 131-27, modifié par la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 70.

¹¹⁵⁴ *Ibid.*, art. 121-1 à 121-3.

N.B. Les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*, art. 121-4 à 121-7.

IV. Obligation contractuelle et détournement du contrat de travail

Concernant le harcèlement, le premier article inséré dans le code du travail par la Loi de modernisation sociale est le suivant :

Après l'art. L. 120-3 du Code du travail, est inséré un article L. 120-4 ainsi rédigé : « *Le contrat de travail est exécuté de bonne foi.* » Cet article, conservé dans la nouvelle version du Code du travail, apporte donc des précisions à la notion de contrat de travail et recentre les obligations des partenaires¹¹⁵⁶.

La définition du harcèlement moral au travail donnée par Di Martino et Chappell¹¹⁵⁷, en tant que "dégradation délibérée des conditions de travail" donne au phénomène une consistance juridique, fondée sur les conséquences de la violation des obligations contractuelles. Les auteurs susmentionnés définissent ce comportement comme un **détournement** du contrat de travail et des obligations qui en résultent. En effet, le harcèlement peut s'exercer sous forme de pressions. Si lesdites pressions sont la conséquence d'exigences inhérentes à la réalisation du contrat de travail, elles sont légitimes et ne sont pas constitutives de harcèlement¹¹⁵⁸.

En revanche, si elles sont illégitimes et abusives, si elles sont extérieures aux exigences admises et sont exercées sur l'individu en dehors de toute nécessité de faire exécuter le contrat de travail par les moyens admis par l'ordre juridique, elles peuvent être constitutives de harcèlement. La conséquence directe en est alors la dégradation des conditions de travail, qui peut nuire au salarié sur le plan personnel et compromettre son avenir professionnel.

Selon les auteurs susmentionnés, c'est donc au regard de ce seul critère que la légitimité ou l'illégitimité des pressions exercées sur un salarié doit être appréciée. Soit ces dernières ont une finalité professionnelle, c'est-à-dire la mise en œuvre du contrat de travail, et dans ce cas, même si l'on peut parfois les déplorer, elles n'en sont pas moins légitimes. Soit la dégradation des conditions de travail résulte d'un détournement du contrat de travail, dans le but de nuire au salarié et, dans ce cas, il semble difficilement admissible que de tels comportements constitués d'actes répétés ne soient pas sanctionnés.

Cette définition du harcèlement s'applique aussi bien à l'abus d'autorité exercé par un supérieur hiérarchique (harcèlement ascendant) que par les conduites abusives d'un collègue (harcèlement transversal ou horizontal).

¹¹⁵⁶ Code du travail, art. L1222-1.

¹¹⁵⁷ DI MARTINO et CHAPPELL, 2000.

¹¹⁵⁸ Le projet de loi « de modernisation sociale » adopté par l'Assemblée nationale : proposition d'amendements, Chambre de commerce et d'industrie de Paris, Assemblée générale du 29 mars 2001.

Par voie de conséquence, toute rupture du contrat de travail ou mesure disciplinaire qui résulterait d'un harcèlement moral est nulle de plein droit¹¹⁵⁹. Le salarié peut donc être réintégré s'il le souhaite. Par ailleurs, il peut obtenir des dommages et intérêts¹¹⁶⁰ en raison du préjudice qu'il a subi. Ces dommages et intérêts sont appréciés librement par les juges.

1. Sanctions civiles et sanctions disciplinaires

Au regard des **sanctions**, la loi prévoit que :

*« Tout salarié ayant procédé à des agissements de harcèlement moral est passible d'une sanction disciplinaire. »*¹¹⁶¹

Quant aux sanctions **civiles** : toute sanction, mesure discriminatoire résultant d'un harcèlement moral est réputée nulle de plein droit. Le salarié ou l'agent de l'Etat, victime, témoin ou ayant relaté des agissements de harcèlement moral et qui a fait l'objet de mesures discriminatoires pour avoir refusé ou subi des pressions de harcèlement moral est réintégré de plein droit dans ses droits.

Ces dispositions consacrent dans la loi la possibilité pour l'employeur de sanctionner, dans le cadre du droit du travail, l'auteur de faits de harcèlement. Une telle mesure est donc dissuasive. De plus, le processus de harcèlement se développant sur une période de temps plus ou moins longue, il est possible de mettre en place des médiations favorisant la prise de conscience du harceleur qui a la possibilité de cesser ces agissements. L'employeur est tenu par la loi de prendre les dispositions nécessaires.

2. Sanctions pénales

A. Rappel

Le Code pénal prévoyait, depuis le 1er mars 1994, un an d'emprisonnement et 100'000 Frs d'amende pour le délit de harcèlement sexuel¹¹⁶². Initialement, une relation hiérarchique était nécessaire entre l'agresseur et la personne agressée.

Ce dernier point a été modifié par la Loi de modernisation sociale qui porte l'amende à 15'000 € et supprime la condition de relation hiérarchique. Dans le

¹¹⁵⁹ Code du travail, art. L1152-3, créé par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 (JORF 18 janvier 2002), art. 169, modifié par l'Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 (JORF 13 mars 2007), art. 12.

¹¹⁶⁰ Voir lexique : « dommages et intérêts ».

¹¹⁶¹ Code du travail, art. L1152-5, créé par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 (JORF 18 janvier 2002), art. 169, modifié par l'Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 (JORF 13 mars 2007), art. 12.

¹¹⁶² NCP (version consolidée au 6 août 2008), art. 222-33.

même temps, dite Loi de modernisation sociale introduit aussi la sanction pénale du harcèlement moral¹¹⁶³. Le harcèlement moral est désormais puni des mêmes peines que le harcèlement sexuel, sauf en ce qui concerne les peines complémentaires.

Selon l'art. 222-33-1, les peines complémentaires sont mentionnées à l'art. 131-39 dans les termes suivants :

*« Lorsque la loi le prévoit pour une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné de la dissolution. »*¹¹⁶⁴

Or, pour le harcèlement sexuel uniquement, peuvent être prononcées des peines mentionnées à l'article 131-39 du Code pénal, c'est-à-dire en particulier la dissolution de la personne morale ou l'interdiction d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales¹¹⁶⁵.

Il est cependant difficile qu'un juge puisse, dans un cas de harcèlement -sexuel en l'occurrence- prononcer l'interdiction d'exercer de la personne morale. Cette peine risquerait de porter atteinte à la vie économique du secteur concerné et en particulier de mettre en péril l'activité professionnelle de ses salariés.

De plus, les peines complémentaires n'ont de sens que si elles sont proportionnelles à la faute commise et ont une mission d'éducation autant que de sanction.

Les peines définies à l'article 131-39 ne sont pas applicables aux personnes morales de droit public dont la responsabilité pénale serait susceptible d'être engagée. Elles ne sont pas non plus applicables aux partis ou groupements politiques ni aux syndicats professionnels, ni aux institutions représentatives du personnel¹¹⁶⁶.

Dans le cas du harcèlement moral, les peines complémentaires ne sont prévues que dans le Code du travail. Ne sont prévues dans ce cadre que des peines d'affichage des jugements rendus¹¹⁶⁷.

Le tribunal peut ordonner aux frais de la personne condamnée, l'affichage du jugement dans les conditions prévues à l'article 131-35 du Code pénal et son insertion dans les journaux¹¹⁶⁸.

Cet affichage, s'il avertit les salariés de la mauvaise conduite d'un employeur, doit être manié avec circonspection. En effet, cette méthode peut se révéler fort dommageable sur le plan économique et désavantager de petites entreprises, en jetant

¹¹⁶³ NCP, art. 222-33 et 222-33-2 créés par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 (JORF 18 janvier 2002), art. 170.

¹¹⁶⁴ *Id.*, art. 222-33.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, art. 131-39, modifié par la Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 (JORF 7 mars 2007), art. 25.

¹¹⁶⁶ *Ibid.*, art. 25.

¹¹⁶⁷ *Ibid.*, art. 25.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*, art. 131-35, créé par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 (JORF 18 janvier 2002), art. 170.

l'opprobre sur leur image. Certaines grandes entreprises, quant à elles, ne craignent pas de longs et coûteux procès qui découragent souvent un salarié d'agir.

En outre, l'action des associations est possible mais se situe uniquement dans le cadre de la discrimination¹¹⁶⁹. Cependant, des faits de harcèlement peuvent constituer en des mesures discriminatoires répétées. En conséquence, pour qu'une association puisse ester en justice dans ce cadre, le salarié devra, le cas échéant, invoquer des mesures ou décisions discriminatoires qui constitue le harcèlement moral.

B. Complicité

Une personne complice de l'auteur d'actes de harcèlement moral ou sexuel peut être condamnée au titre de l'article 121-7 du Code pénal :

« Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation.

*Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre. »*¹¹⁷⁰

L'article 121-6 du même Code pénal précise que les peines sont les mêmes pour le complice que pour l'auteur de l'infraction lui-même¹¹⁷¹.

L'employeur accusé de harcèlement moral et condamné au titre de l'article 222-33-2 du Code pénal¹¹⁷² peut être poursuivi également, sur le fondement de l'article L. 152-1-1 du Code du travail¹¹⁷³, pour avoir prononcé une mesure discriminatoire liée au harcèlement moral. Dans ce cas, a précisé le Conseil constitutionnel, « lorsque plusieurs dispositions pénales sont susceptibles de fonder la condamnation d'un seul et même fait, les sanctions subies ne peuvent excéder le maximum légal le plus élevé », en application du principe de proportionnalité des peines, qui découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, cité en préambule de la Constitution française¹¹⁷⁴.

De plus, l'art. L. 1152-4 du Code du travail indique :

« L'employeur prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral. » En outre, selon l'article L1152-3 « Toute rupture du contrat de travail intervenue en méconnaissance des dispo-

¹¹⁶⁹ Code du travail, art. L1133-1 à 1133-4.

¹¹⁷⁰ NCP (version consolidée au 6 août 2008), art. 121-7, créé par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 (JORF 18 janvier 2002), art. 170.

¹¹⁷¹ *Id.*, art. 121.6.

¹¹⁷² *Ibid.*, art. 222-33-2.

¹¹⁷³ Code du travail (version 2002-2007), art. L152-1-1, modifié par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 (JORF 18 janvier 2002), art. 171, abrogé par Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 (JORF 13 mars 2007), art. 12.

¹¹⁷⁴ *Id.*, art. L1155-1 à 4.

sitions des articles L. 1152-1 et L. 1152-2, toute disposition ou tout acte contraire est nul. »¹¹⁷⁵

Cette dernière disposition offre des garanties supplémentaires au travailleur qui n'a pas l'obligation de faire reconnaître l'illicéité¹¹⁷⁶ de telles mesures par une juridiction. Si l'employeur ne respecte pas cette disposition, le travailleur peut de plein droit s'adresser à la juridiction compétente pour demander l'exécution des prestations auxquelles il a droit, ainsi que des dommages et intérêts éventuels¹¹⁷⁷. Cette garantie de procédure consacre une accessibilité au droit et aux procédures judiciaires.

Par ailleurs, on peut relever, s'agissant cette fois des mesures prises par l'employeur ou par son représentant, que seules celles prises à l'encontre des témoins ayant rapporté ces faits seraient nulles de plein droit : le licenciement (comme toute autre décision), prononcé à l'encontre de la victime elle-même du harcèlement ne serait, paradoxalement, pas visé par la même nullité, selon une lecture littérale du texte.

Selon Lissorgues¹¹⁷⁸, s'agissant de la protection accordée aux salariés témoins, ayant relaté de tels faits, il apparaît nécessaire que celle-ci ne soit exercée que lorsque dits faits sont avérés et qu'ils puissent être, éventuellement de manière isolée, constitutifs de harcèlement moral.

Cette remarque me paraît tout à fait justifiée, car nous avons vu qu'une accusation de harcèlement pouvait ne résulter que d'une appréciation erronée de ce qu'est le harcèlement ou encore peut tout simplement relever de la pure malveillance, pour de multiples raisons. Il n'y a aucune raison en effet, d'accorder une quelconque protection à un salarié se rendant coupable d'un témoignage fantaisiste ou délibérément contraire à la vérité.

En conséquence, un témoignage calomnieux ou fantaisiste, devrait pouvoir, outre les sanctions pénales pour faux témoignage, faire l'objet de sanctions disciplinaires de la part de l'employeur. Ceci n'est pas prévu actuellement dans le Code du travail.

Lissorgues note encore l'innovation que constitue, de la part du législateur, le recours au droit disciplinaire et considère qu'il est particulièrement audacieux, voire contestable, s'agissant de faits complexes dont la preuve est toujours délicate, d'ériger l'employeur en juge¹¹⁷⁹.

Cet élément relatif à la faute disciplinaire et au pouvoir donné à l'employeur doit être, à mon sens, apprécié sous un autre angle : s'agissant de relations de travail pouvant avoir des conséquences sur la santé des salariés et la bonne marche de l'entreprise, l'employeur est l'autorité indiquée pour agir dans le cadre de ses préro-

¹¹⁷⁵ Code du travail, art. L1152-3, et 4.

¹¹⁷⁶ Voir lexique : « illicéité ».

¹¹⁷⁷ Voir lexique : « dommages et intérêts ».

¹¹⁷⁸ Le projet de loi « de modernisation sociale » adopté par l'Assemblée nationale : proposition d'amendements, voir art. 50 *ter* et *quater*, p. 24, rapport présenté par Gérard Lissorgues à l'Assemblée générale de la chambre de commerce et d'industrie de Paris, le 29 mars 2001.

¹¹⁷⁹ *Id.*

gatives de contrôle et de direction. S'il est vrai que le harcèlement est non seulement un problème grave, mais très complexe, il appartient à l'employeur de se doter de personnes compétentes pour mener une enquête interne ou une investigation, en demandant, au besoin, l'aide des services mis à sa disposition par les pouvoirs publics¹¹⁸⁰. L'employeur doit, bien sûr, respecter strictement le droit d'être entendu de l'employé et garantir, comme le ferait une autorité judiciaire, l'égalité des armes des parties.

C'est la raison pour laquelle l'employeur, sans s'ériger en « juge », au sens judiciaire du terme, ne peut agir à la légère. Il serait donc opportun de mettre en place au sein des entreprises, un service chargé d'identifier et d'investiguer dans le cadre de plaintes pour harcèlement. Le service des ressources humaines ou une entité appartenant à celui-ci paraît tout à fait indiqué pour effectuer ce genre d'enquêtes et faire des propositions adéquates à l'employeur. Il peut, dans le cadre du règlement intérieur également, proposer des sanctions, au regard des conclusions de leur enquête.

L'autorité judiciaire reste, bien entendu, compétente pour statuer sur les contestations qui surgiraient.

3. Prévention

Par ailleurs, l'employeur doit respecter les principes généraux de prévention en matière d'hygiène et de sécurité. Il doit ainsi prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs de l'établissement, y compris les travailleurs temporaires. Ces mesures comprennent des actions de prévention des risques professionnels, d'information et de formation ainsi que la mise en place de moyens adaptés. Il veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes.

Cette obligation générale de prévention a pour objet d'assurer la sécurité et de protéger la santé des travailleurs. La loi du 17 janvier 2002 a d'ailleurs étendu cette obligation en matière de sécurité et de protection à la santé "physique et mentale" des travailleurs. L'employeur doit donc tout mettre en œuvre pour prévenir le harcèlement moral ou pour y mettre fin. Cependant, la loi ne donne aucune indication sur la nature de ces actions de prévention.

La loi du 17 janvier 2002¹¹⁸¹ prévoit que le contrat de travail est exécuté de bonne foi¹¹⁸². L'employeur est donc tenu à ce titre de tout mettre en œuvre pour que le contrat s'exécute de bonne foi et doit donc prévenir ou faire cesser des actes de harcèle-

¹¹⁸⁰ Voir *infra*, 2^{ème} partie, chap. V, IV, 4.

¹¹⁸¹ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (*JO du 18 janvier 2002*, p. 1008), art. 169.

¹¹⁸² Code civil français, art. 1134, al. 1: « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », art. 1134, al. 2: « Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. » art. 1134, al. 3: « Elles doivent être exécutées de bonne foi. »
Id., art. 2274: « La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver. »

ment moral. Cette disposition implique aussi bien des obligations de l'employeur vis-à-vis de ses salariés, que l'inverse. C'est un préalable aux obligations contractuelles.

Cela signifie qu'un employé qui n'exécuterait pas son travail dans le strict respect de ses obligations, et en profiterait pour harceler ou nuire d'une façon ou d'une autre à l'un ou l'une de ses collègues, le ferait en violation de ses obligations contractuelles.

C'est pourquoi, en raison du principe de prévisibilité du droit, l'employeur doit également préciser dans le règlement intérieur l'interdiction de toute pratique de harcèlement moral en précisant en quoi il consiste et avertir qu'il agira en conséquence¹¹⁸³.

Dans la mesure où la bonne foi est le principe cardinal qui fonde les relations contractuelles, en cas de mauvaise foi, ces dernières n'ont plus de raisons d'être. L'employeur est donc fondé à résilier le contrat de travail de la personne coupable d'actes de harcèlement. C'est même un devoir de sa part, s'il veut respecter de bonne foi les éléments du contrat de travail du salarié victime. A défaut, sa responsabilité pourrait être engagée.

4. Autres acteurs de la prévention au sein de l'entreprise

A. Les délégués du personnel

Depuis la loi du 17 janvier 2002, la procédure d'alerte des délégués du personnel en cas d'atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles est étendue aux cas d'atteinte à la santé physique et mentale des salariés¹¹⁸⁴. Cette précision s'inscrit dans l'application des mesures de prévention que doit prendre l'employeur. Le délégué du personnel peut donc utiliser son droit d'alerte en présence d'une situation de harcèlement moral.

En pratique, le délégué du personnel qui constate l'existence d'une atteinte à la santé physique et mentale d'un salarié, non justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché, peut en saisir immédiatement l'employeur qui est alors tenu de procéder à une enquête et de remédier à cette situation.

En cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte ou à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le salarié (ou le délégué du personnel, si le salarié averti par écrit ne s'y oppose pas) peut saisir le Conseil des prud'hommes en référé¹¹⁸⁵.

¹¹⁸³ Code du travail, art. L1321-2, introduit par l'Ordonnance 2007-329 du 12 mars 2007, art. 14.

¹¹⁸⁴ *Id.*, L2313-2, introduit par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (*JO du 18 janvier 2002, p. 1008*), art. 173 *ss*.

¹¹⁸⁵ *Ibid.*, la procédure de référé est une mesure d'urgence. Voir lexicque : « référé ».

B. Le CHSCT et le médecin du travail

Le rôle du Comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail (ci-après : CHSCT)¹¹⁸⁶ en matière de prévention du harcèlement moral est primordiale. D'une manière générale, le CHSCT a pour mission de contribuer à la protection de la santé et de la sécurité des salariés. Il doit également veiller à l'amélioration des conditions de travail et à l'observation des prescriptions législatives et réglementaires prises en ces matières. Notons que depuis la loi du 17 janvier 2002, les attributions du CHSCT en matière de protection de la santé des travailleurs ont été étendues, comme en ce qui concerne les obligations de l'employeur et les prérogatives des délégués du personnel, relatives à la santé physique et mentale du salarié¹¹⁸⁷. Cette dernière mention est capitale concernant la protection contre le harcèlement moral et sexuel.

Le CHSCT pourra également proposer des actions de prévention en matière de harcèlement moral comme en matière de harcèlement sexuel.

De même, la Loi du 17 janvier 2002, a aussi considérablement renforcé le pouvoir du médecin du travail. Désormais, celui-ci aura toute latitude pour proposer des mesures individuelles telles que mutation ou transformation de poste, justifiées par l'état de santé physique et mentale des salariés¹¹⁸⁸.

La question de la santé mentale, inscrite dans la loi, permettant aux différents acteurs de l'entreprise d'alerter, de prendre position et d'agir le cas échéant s'il existe des dangers encourus par les salariés, montre bien que le législateur comprend l'étendue des nuisances dues au harcèlement et mesure la gravité de ses conséquences.

5. Etendue de la protection en matière de harcèlement moral ou sexuel

Nous avons vu que la protection des droits de la victime s'étend à l'ensemble des biens juridiques de la personne physique elle-même. Autrement dit, cette protection s'étend aux biens juridiques de la personne en dehors du cadre strict de l'exécution de son travail.

Rappelons ici l'art. L. 1152-2 du Code du travail, qui dispose :

¹¹⁸⁶ Les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) ont été créés par la Loi n° 82-1097 du 23-12-82 (Journal Officiel du 26 décembre 1982), leur composition et leur rôle sont définis par le code du travail, art. L.236-1 à l'époque, maintenant Code du travail, 4^{ème} partie, Livre VI, titre I^{er}, chap. I^{er} à chap. V.

¹¹⁸⁷ Code du travail, 4^{ème} partie, Livre VI, titre I^{er}, chap. I^{er}, art. L4612-1 (version actuelle) introduit par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (*JO du 18 janvier 2002, p. 1008*), art. 173 ss.

¹¹⁸⁸ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (*JO du 18 janvier 2002, p. 1008*), art. 190 ss. Les numérotations des articles sont celles en vigueur à l'époque dans le Code du travail, elles ne correspondent plus aux numérotations actuelles. Code du travail, 4^{ème}, Livre VI, titre II, chap. IV, art. L4624-1.

« Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral. »¹¹⁸⁹

La protection s'exerce aussi en amont de toute discrimination. Elle prend en compte les signes avant-coureurs de la discrimination en s'étendant aux victimes potentielles, au sens où :

« Aucune décision défavorable à une personne ne peut être fondée sur sa soumission ou son refus de se soumettre à une discrimination prohibée par l'article 2 »¹¹⁹⁰.

Comme nous l'avons montré ci-dessus en matière de harcèlement moral ou sexuel¹¹⁹¹, les prescriptions du Code du travail sont très efficacement complétées par celles de la loi sur les discriminations.

Dite loi considère donc comme **victime**, tout salarié qui aurait été sanctionné, d'une manière ou d'une autre, en raison de son refus d'actes de harcèlement ou de son témoignage ou du signalement de tels actes.

La victime est donc protégée en raison des faits de harcèlement dont elle a été victime ou encore, en raison de son refus de subir des faits de harcèlement. Un certain nombre de mesures discriminatoires sont énumérées, mais l'adverbe « notamment » induit que celles-ci ne sont **pas exhaustives**.

A ce propos, les termes relatifs à la discrimination « directe ou indirecte », permettent de comprendre l'expression « une mesure discriminatoire », et les précisions « notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés »¹¹⁹².

Cette disposition consacre la protection des témoins directs ou indirects, ainsi que de toute personne appartenant à l'entreprise qui peut témoigner dans le cadre d'une enquête.

Sont donc protégés la victime directe, les témoins et la personne qui relatent les faits de harcèlement. A cet effet, **le régime de la preuve est aménagé** pour faciliter la

¹¹⁸⁹ Code du travail, art. L1152-1, modifié par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, art. 6 *quinquies*.

¹¹⁹⁰ Loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (JORF du 28 mai 2008), art. 1.

¹¹⁹¹ Voir *supra*, 2^{ème} partie, chap. V, II, 2.

¹¹⁹² Code du travail, art. L1152-2, introduit par la Loi de modernisation sociale.

tâche de la victime, à l'instar de ce que prévoit le dispositif sur le harcèlement sexuel et celui relatif à la lutte contre les discriminations¹¹⁹³.

Notons que la loi de 1992 avait déjà introduit dans le Code du travail l'interdiction de sanctionner ou de licencier un salarié qui a subi un harcèlement sexuel ou refusé de le subir. Des dispositions identiques sont appliquées aux témoins, qui résultent de l'article. L1152-2 du Code du travail¹¹⁹⁴.

Dans un arrêt du 31 janvier 2003¹¹⁹⁵, la Cour d'appel de Douai (dans le Département du Nord) a retenu l'existence d'agissements de harcèlement moral à l'encontre d'une salariée, formatrice dans une association d'insertion. Dans cette affaire, la Cour relève que la salariée s'est vue interdire l'accès au bureau du secrétariat, l'utilisation du fax et du téléphone, alors même que tous les autres formateurs y avaient accès. [...] Enfin, cette formatrice ne bénéficiait d'aucune assistance administrative, d'aucune information et était exclue des pauses-café des formateurs. Licenciée par son employeur, elle a obtenu, outre la reconnaissance du caractère irrégulier de cette rupture de contrat, des indemnités destinées à réparer le harcèlement moral, constitutif d'un préjudice¹¹⁹⁶ distinct de celui lié à l'irrégularité de la rupture¹¹⁹⁷.

6. Actions possibles pour le travailleur

A. Procédure de médiation¹¹⁹⁸

a. Principe

La Loi du 17 janvier 2002 a institué une procédure de médiation externe à l'entreprise tant en matière de harcèlement moral que de harcèlement sexuel¹¹⁹⁹. Il est intéressant de souligner que la version de la loi que nous présenterons ci-après a elle aussi été modifiée par ordonnance en 2007¹²⁰⁰.

L'article L-1152-6 est rédigé de la façon suivante :

« Une procédure de médiation peut être mise en œuvre par toute personne de l'entreprise s'estimant victime de harcèlement moral ou par la personne mise en cause. »

¹¹⁹³ Voir *infra*, 2^{ème} partie, chap. V, IV, 2.

¹¹⁹⁴ Code du travail, art. L1152-2.

¹¹⁹⁵ Cour d'appel de Douai, Ch. Soc., 31 janvier 2003 in : GUILLEMY Nathalie (2006), *Stress et harcèlement moral : aperçu réglementaire et jurisprudence*, Paris, INRS – informations juridiques, 15 p., p. 11.

¹¹⁹⁶ Voir lexique : « préjudice ».

¹¹⁹⁷ GUILLEMY, 2006, p. 11.

¹¹⁹⁸ Voir lexique : « médiation ».

¹¹⁹⁹ Code du travail, art. L1152-6 (version actuelle), introduit par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (*JO du 18 janvier 2002, p. 1008*), art. 171.

¹²⁰⁰ Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, relative au Code du travail (partie législative), NOR: SOCX0700017R (*JORF n° 61 du 13 mars 2007, p. 37003*).

Le choix du médiateur fait l'objet d'un accord entre les parties.

Le médiateur s'informe de l'état des relations entre les parties. Il tente de les concilier et leur soumet des propositions qu'il consigne par écrit en vue de mettre fin au harcèlement.

Lorsque la conciliation échoue, le médiateur informe les parties des éventuelles sanctions encourues et des garanties procédurales prévues en faveur de la victime. »¹²⁰¹

b. Choix de la personne du médiateur

Le choix de la personne du médiateur fait l'objet d'un accord entre les parties¹²⁰². Toutefois, cette disposition n'offre pas les mêmes garanties d'impartialité qu'en droit belge¹²⁰³ car la partie faible au contrat peut être contrainte ou incitée à accepter une personne plutôt qu'une autre, sans avoir de véritable choix.

Le médiateur est obligatoirement une personne extérieure à l'entreprise. Il est choisi sur une liste de personnalités désignées en fonction de leur autorité morale et de leur compétence dans la prévention du harcèlement moral (ou sexuel).

« Les listes de médiateurs sont dressées par le représentant de l'Etat dans le département après consultation et examen des propositions de candidatures des associations dont l'objet est la défense des victimes de harcèlement moral ou sexuel et des organisations syndicales les plus représentatives sur le plan national. »¹²⁰⁴

La volonté du législateur s'exprime fermement dans le fait de réprimer les faits de harcèlement mais aussi dans le désir de concilier les parties. Les parties sont donc engagées à tenter la conciliation dans le respect des règles de la bonne foi. La disposition susmentionnée est comparable à la procédure de médiation pénale. La question qui se pose est de savoir sur quelles bases se constituent des accords et les éventuelles mesures de réparation prévues et proposées.

Outre l'intérêt que représente l'instauration d'une procédure de médiation, menée par un acteur neutre, il est cependant paradoxal de constater que d'une part, il existe une certaine confusion entre les termes de conciliation¹²⁰⁵ et de médiation¹²⁰⁶.

¹²⁰¹ Code du travail, art. L1152-6. La loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008 dans son art. 2, a fixé la date d'entrée en vigueur de la partie législative du code du travail au 1^{er} mai 2008.

¹²⁰² *Id.*, art. L1152-6.

¹²⁰³ Loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail M.B. 18.9.1996. Dernière adaptation: Loi du 9 mars 2005, M.B. 6.4.2005 avec *erratum* ; M.B. 13.5.2005, chapitre V *bis*. Dispositions spécifiques concernant la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail.

¹²⁰⁴ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (*JO du 18 janvier 2002, p. 1008*), art. 171.

¹²⁰⁵ Voir lexicque : « conciliation ».

¹²⁰⁶ Voir lexicque : « médiation ».

D'autre part, cette confusion suppose donc le fait que la médiation revêt un caractère impératif et que les parties essaient de trouver un terrain d'entente.

c. Procédure de médiation

La validité d'une médiation s'appuyant sur une démarche volontaire des deux parties, cette procédure est bien entendu facultative. Le salarié victime de harcèlement moral peut aussi agir directement devant les tribunaux.

La victime peut engager une procédure de médiation, mais depuis la Loi du 3 janvier 2003, la procédure de médiation peut être mise en place également par la personne mise en cause¹²⁰⁷.

Ce dernier aspect permet qu'en cas de conflit, un dialogue s'élabore entre les parties, , décelé par l'une d'entre elles. Cependant, cette disposition comporte le risque que s'instaure une certaine confusion dans les termes employés. S'il existe une victime, c'est que le harcèlement est déjà élaboré ou en phase de mise en place et qu'une personne est déjà en souffrance en raison de conduites abusives.

Dans ce cas, le fait que la personne mise en cause puisse demander l'ouverture d'une procédure de médiation alors qu'elle a déjà enclenché un processus hostile ne met pas les deux parties sur un pied d'égalité. Cela risque de constituer un déni du droit de la personne harcelée à se faire entendre et à déposer plainte pénale purement et simplement.

Là encore, il nous semble que la confusion entre « conflit » et « harcèlement » prévaut¹²⁰⁸. Il aurait sans doute été plus judicieux que le législateur définisse précisément les termes employés, leur champ sémantique, et éventuellement leur polysémie, avant d'exprimer des concepts au moyen de termes aux contours flous.

B. Procédure judiciaire

a. Jurisdiction compétente

La juridiction compétente est le juge des Prud'hommes dans le cadre de la procédure civile. Les débats se déroulent selon un mode contradictoire¹²⁰⁹.

Dans l'esprit du législateur, les faits de harcèlement sont suffisamment graves pour que toutes les difficultés liées à la charge de la preuve en matière civile n'incombent pas à la victime. Il veille à ce que ne soit exercée aucune pression, qu'il n'y ait pas d'obstruction à la recherche des preuves¹²¹⁰. Ces dispositions montrent bien à quel

¹²⁰⁷ Loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques (*JO du 18 janvier 2002, p. 1008*), art. 5.

¹²⁰⁸ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. II, IV, 2.

¹²⁰⁹ Code de procédure civile, art. 879.

¹²¹⁰ Code du travail, art. L1152-2.

point le mobbing a été pris au sérieux tant il peut paralyser la vie économique d'une entreprise.

Sur le plan civil, la loi prévoit aussi « la nullité de toute rupture du contrat de travail qui résulterait d'une situation de harcèlement »¹²¹¹. Une condamnation en dommages et intérêt pour préjudice moral notamment n'est pas exclue même si la loi ne le prévoit pas explicitement¹²¹². La victime peut saisir le Conseil des prud'hommes pour demander la nullité de la rupture du contrat de travail ou de tout autre disposition qui découle du harcèlement moral.

En procédure pénale, la procédure est de type inquisitoire, ce qui permet au plaignant de bénéficier des pouvoirs d'investigation du juge d'instruction. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles¹²¹³. Dans les cas de harcèlement, les preuves sont donc administrées par le juge qui dispose de moyens d'investigation beaucoup plus étendus que le simple particulier. L'employeur -qu'il soit partie mise en cause ou non- ne peut pas s'opposer aux mesures d'instruction ordonnées par le magistrat qui peut exiger la production de toutes les pièces qu'il estime utiles à l'établissement des faits.

b. Charge de la preuve

La principale difficulté pour faire reconnaître des actes de harcèlement moral est de prouver les agissements de l'auteur ou d'apporter à l'autorité suffisamment d'éléments de vraisemblance pour que le harcèlement soit retenu. C'est pourquoi le législateur français a prévu dans son système un allègement du fardeau de la preuve. Dans la version 2002 du Code du travail, selon l'art. L. 122-52 :

*« En cas de litige relatif à l'application des articles L. 122-46 et L. 122-49, le salarié concerné présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ses agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »*¹²¹⁴

Le salarié doit donc seulement présenter des éléments de fait laissant supposer le harcèlement. C'est à la partie défenderesse d'apporter la preuve du contraire.

Les juges français ont dû se prononcer rapidement suite à l'entrée en vigueur dudit texte dans une affaire en octobre 2002. Ils ont eu l'occasion de souligner la différence entre la pression subie par des cadres et des faits de harcèlement moral. Ils ont précisé que « les actes de bonne gestion exigés par la marche de l'entreprise peu-

¹²¹¹ Code du travail, art. L1152-6.

¹²¹² Cass. soc. (Cour de cassation, chambre sociale), 24 sept. 2008, n° 06-45.579.

¹²¹³ NCP, art. 81.

¹²¹⁴ Code du travail (version 2002-2007), art. L122-52, créé par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 (JORF 18 janvier 2002), art. 169, abrogé par l'Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 (JORF 13 mars 2007), art. 12.

vent être mal ressentis par les salariés et avoir des conséquences sur leurs conditions de travail mais qu'ils ne constituent pas des faits de harcèlement moral »¹²¹⁵. La demanderesse avait en effet dû déménager son bureau de l'étage de la direction, avait vu sa charge de travail augmenter. Dans le cas d'espèce, le tribunal a admis que les conditions de travail étaient certes difficiles mais cela ne constituait pas du harcèlement moral.

L'aménagement de la charge de la preuve ne concerne que les salariés, couverts par le Code du travail. Il ne vise donc pas les fonctionnaires et agents des fonctions publiques, qui sont régis, en la matière, par des règles propres à l'administration. En outre, le renversement de la charge de la preuve ne s'applique pas en matière pénale, gouvernée par le principe de la présomption d'innocence et de l'égalité des armes.

Il est logique et de plus conforme au droit que la personne qui allègue un comportement à son égard en établisse la vraisemblance et/ou la matérialité. Toutefois, si la répétition et la combinaison de ces actes peuvent être constitutives de harcèlement, c'est à la personne mise en cause de démontrer soit, que ces actes n'ont pas existé, soit, si aucun de ces actes, pris isolément ne portait atteinte au salarié, que leur combinaison et leur répétition étaient justifiées par des éléments objectifs. Par exemple, il pourrait s'agir de mesures disciplinaires, ou du simple exercice quotidien du pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur.

L'article détaillé ci-dessus a été modifié en 2007 et est devenu l'article L1154-1¹²¹⁶ :

« Lorsque survient un litige relatif à l'application des articles L. 1152-1 à L. 1152-3 et L. 1153-1 à L. 1153-4, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement.

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »

Cet article modifie le précédent selon deux aspects. L'un est défavorable au salarié dans la mesure où il doit désormais établir les faits, alors qu'auparavant, il devait simplement présenter les éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement¹²¹⁷.

La différence entre « établir les éléments de faits » et « présenter les éléments de fait » est notable, ce qui va être examiné ci-après.

Présenter les faits ou des éléments de fait dans le cadre d'une plainte pour harcèlement consiste, pour la victime, à décrire les agressions dont elle a été victime dans un contexte objectif (spatio-temporel, circonstanciel, etc.). C'est au juge chargé

¹²¹⁵ GUILLEMY, 2006, p. 8.

¹²¹⁶ Code du travail (version 2002-2008), art. L1154-1.

¹²¹⁷ *Id.*, art. L122-52.

d'instruire la plainte à qui il incombera ensuite d'établir que la survenance desdites agressions, leur fréquence, leur enchaînement n'étaient pas fortuites, mais procédait du harcèlement.

En revanche, dans la démarche qui consiste pour le salarié victime à « établir les faits », celui-ci doit non seulement décrire les agressions dont il s'estime victime dans la complexité du contexte au sein desquelles elles se sont déroulées, mais également indiquer en quoi le comportement reproché est constitutif de harcèlement, autrement dit, établir les éléments de fait en respectant strictement la chronologie. Dans le cas où la victime ne présente pas des exemples suffisamment convaincants dans l'établissement des faits, l'auteur du comportement illicite n'a même pas besoin de se défendre en niant qu'il s'agit de harcèlement. Il peut simplement fonder sa défense sur la faiblesse de l'argumentation de la victime. Le procès se déroule alors dans le cadre d'une procédure de type contradictoire¹²¹⁸. Ce dernier élément paraît contraire au devoir de défense par l'État de normes de droit public impératives dans le domaine du droit du travail.

Le second aspect comporte cependant un élément intéressant pour la protection des personnes victimes. La nouvelle version inclut dans le champ des victimes possibles du harcèlement, pouvant ester en justice, les stagiaires ou les candidats à l'embauche¹²¹⁹. Il reste cependant très difficile pour quelqu'un ne faisant pas partie de l'entreprise de démontrer avant son entrée, qu'elle a été victime de harcèlement. Notamment, il est quasiment impossible de prouver la répétition des actes hostiles pendant une « certaine durée » puisque en principe les rencontres lors d'une procédure d'embauche d'une personne extérieure sont imitées dans le temps. Ce dernier point sera très difficile à évaluer dans le cas d'une personne qui n'est pas présente régulièrement au sein de l'entreprise. Dans le cadre d'une candidature « interne », la durée pourra être évaluée plus précisément.

Si la victime obtient gain de cause, on peut imaginer dans un tel cas que les relations de travail naissantes risquent de s'amorcer sur un mode conflictuel, peu propice à l'établissement de futures relations de travail harmonieuses, qui risqueront elles-mêmes d'engendrer de nouveau des processus de harcèlement.

¹²¹⁸ Voir lexique : « procès équitable ».

¹²¹⁹ Code du travail, art. L1154-1.

En revanche, agir sous l'angle de la discrimination¹²²⁰ est préférable, lorsque l'on soupçonne qu'à qualifications et compétences égales, un ou une salarié-e n'a pas été engagé-e, en raison de son origine ou de sa religion -vraie ou supposée- ou de la consonance de son patronyme.

Des associations de lutte contre le racisme tentent de « piéger » -parfois avec succès- des entreprises qui se rendent coupables de telles discriminations¹²²¹. Il conviendra à la juridiction saisie dès lors de rendre une décision qui établisse le caractère flagrant et incontestable d'une telle discrimination qui, quoi qu'il en soit, respecte le principe de la liberté contractuelle de l'employeur, en particulier.

c. Qualité pour agir des syndicats

Le salarié victime ou témoin de harcèlement moral peut s'adresser aux organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, qui agiront en son nom, pourvu que celui-ci ait donné son accord écrit. L'art. L1154-2 dispose que les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise peuvent exercer en justice toutes les actions résultant des articles L. 1152-1 à L. 1152-3 et L. 1153-1 à L. 1153-4¹²²².

Elles peuvent exercer ces actions en faveur d'un salarié de l'entreprise dans les conditions prévues par l'article L. 1154-1, sous réserve de justifier d'un accord écrit de l'intéressé. Cette personne peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat et y mettre fin à tout moment¹²²³.

¹²²⁰ Code du travail, art. 6 :

« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap ».

La description des motifs est très étendue.

¹²²¹ Cour de cassation, Chambre criminelle, pourvoi : 01-85559, audience publique du 11 juin 2002, *Bulletin criminel*, 2002, N° 131, p. 482.

¹²²² Code du travail, art. L1154-2.

¹²²³ *Id.*, art. L1154-2.

De plus, les organisations syndicales bénéficient du renversement de la charge de la preuve applicable aux victimes de harcèlement moral¹²²⁴.

Cet article atteste le caractère de droit public que représente la lutte contre le harcèlement et sa répression. Il consacre le rôle des syndicats dans la défense des travailleurs victimes de harcèlement.

d. L'action pénale

Nous l'avons vu, le harcèlement moral est aujourd'hui un délit pénalement sanctionné. Dans le cadre du procès pénal, les magistrats du Parquet demandent la condamnation de l'auteur de l'infraction au nom de la société et non en celui de la victime¹²²⁵.

Si la victime souhaite obtenir une réparation matérielle de son préjudice (dommages et intérêts), elle doit se constituer partie civile ou porter plainte avec constitution de partie civile¹²²⁶.

Notons que le Conseil constitutionnel a énoncé que l'aménagement de la charge de la preuve apportée par la loi du 17 janvier 2002 en matière de harcèlement moral devant le juge prud'homal n'est pas applicable devant le juge pénal¹²²⁷. Devant le juge pénal, la charge de la preuve repose donc sur la victime. Toutefois, dans ce cadre, c'est au juge d'instruire l'affaire à charge et à décharge en établissant les faits et en recherchant les éléments de preuve éventuels¹²²⁸.

e. Les conséquences

Le juge détermine librement le montant des dommages et intérêts en fonction des éléments apportés au procès et éventuellement, des rapports d'expertise. De plus, la victime peut obtenir le remboursement des frais de justice non pris en charge par l'Etat.

D'un point de vue civil, il est admis que les salariés peuvent obtenir des indemnités à titre de réparation du harcèlement moral. En particulier, les magistrats français ont

¹²²⁴ Code du travail (ancienne version), art. L.122-52, créé par la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 (JORF 18 janvier 2002), art. 169, abrogé par l'Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 (JORF 13 mars 2007), art. 12.

¹²²⁵ Code de procédure pénale, art. 304.

¹²²⁶ *Id.*, art. 149 *ss.*

¹²²⁷ Décision du Conseil constitutionnel n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, sur la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, art. 2 : « *Ne sont pas contraires à la Constitution, sous les réserves énoncées dans la présente décision, les articles 96, 101, 108, 134, 137, 158, 159, 169, 170 et 216.* »

¹²²⁸ *Id.*, art. 81.

eu souvent à se prononcer quant aux indemnités suite à une rupture de la relation de travail¹²²⁹.

Dans le Code du travail, les actes de harcèlement moral (ou sexuel) ou les mesures discriminatoires prises à l'encontre d'une victime ou d'un témoin de harcèlement moral sont punis d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3'750 €, ou de l'une de ces deux peines seulement. Le tribunal peut, en outre, ordonner aux frais de la personne condamnée, l'affichage du jugement et son insertion, intégrale ou en extraits, dans les journaux qu'il désigne, sans que ces frais puissent dépasser le maximum de l'amende encourue¹²³⁰.

Enfin, la personne coupable de harcèlement moral peut être condamnée à des peines complémentaires (interdiction d'exercer l'activité professionnelle dans laquelle l'infraction a été commise, annulation du permis de conduire, par exemple).

Un arrêt de la Cour de Cassation¹²³¹ a décidé que lorsqu'un salarié a été licencié en raison d'une inaptitude consécutive à une maladie professionnelle qui a été jugée imputable à la faute inexcusable de l'employeur, il a droit à une indemnité réparant la perte de son emploi due à cette faute de l'employeur et cela, nonobstant la réparation spécifique des fautes inexcusables par la législation de la sécurité sociale.

En outre, la haute Cour a considéré que le fait que l'employeur ne soit pas l'auteur direct des faits de harcèlement commis par le supérieur hiérarchique de la victime et n'ait pas commis de faute est sans incidence dès lors que l'employeur est tenu d'une obligation de résultat et non pas seulement de d'une obligation de moyens, en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, dont seule la cause étrangère imprévisible et irrésistible peut l'exonérer. Les juges ont considéré que l'employeur, qui a un rapport contractuel avec ses salariés, doit assurer dans la relation de travail la protection de leur santé et de leur sécurité et en répond directement vis-à-vis d'eux, peu importe que le manquement soit de son propre fait ou de celui d'une autre personne¹²³².

f. Action devant le Tribunal des affaires de la Sécurité sociale

Etant donné que le harcèlement moral subi par une victime peut avoir de graves conséquences sur sa santé, celle-ci victime a tout intérêt à faire reconnaître le caractère professionnel de cette maladie ou bien le lien entre cette maladie et les condi-

¹²²⁹ Cass. Soc. 27 octobre 2004, pourvoi n° 04-41.008, Bull. n° 267, rapport annuel 2004, p. 215.

¹²³⁰ Code du travail, art. L1155-2.

¹²³¹ Cass. Soc., 17 mai 2006, Bull., 2006, V, n° 176.

¹²³² Cass. Soc., 21 juin 2006, Bull., 2006, V, n° 223.

tions de travail qui lui ont été imposées. Elle peut alors obtenir une réparation supérieure au régime de l'assurance maladie¹²³³.

Si la Caisse primaire d'assurance maladie (ci-après : CPAM) refuse de reconnaître le caractère professionnel de cette maladie, la victime peut intenter une action devant le Tribunal des Affaires de la Sécurité sociale (ci-après : TASS)¹²³⁴.

De plus, la victime peut aussi intenter (par l'intermédiaire de la CPAM) une action devant le TASS pour faire reconnaître la faute inexcusable de l'employeur et ainsi obtenir une indemnisation intégrale de son préjudice.

7. Bilan

Selon Adam¹²³⁵, le contentieux prud'hommal en matière de harcèlement moral fait apparaître un **taux d'échec important**.

Celui-ci serait dû aux **difficultés probatoires** dans le fait d'établir « des faits qui permettent de présumer un harcèlement moral », dans la mesure où « un simple certificat médical qui constate la dégradation de l'état de santé d'un salarié ne peut suffire en soi à faire présumer de l'existence d'un harcèlement de la part de l'employeur ».

De plus, cette difficulté ne saurait tout expliquer car on assiste souvent à une « instrumentalisation du harcèlement » (moral en particulier), qui se voit parfois invoqué « à tout hasard ». Il s'agit parfois, il est vrai, ainsi que nous l'avons mentionné, d'une instrumentalisation du harcèlement moral en cas de difficulté professionnelle ou relationnelle dans le cadre des relations de travail¹²³⁶. Selon Adam, il s'agit d'un « argument commode et largement inefficace, le salarié prétendument harcelé n'invoquant souvent aucun fait précis au soutien de ses allégations, ou ne pouvant apporter le moindre élément probant pour étayer ses accusations ».

Outre le salarié qui utilise abusivement la notion de harcèlement pour se sortir d'une situation professionnelle difficile à laquelle il n'est pas obligatoirement étranger, un certain nombre de personnes se croient (de bonne foi) harcelées, alors que leur définition du harcèlement (moral en particulier), ne correspond pas à celle des dispositions légales du droit du travail.

¹²³³ Voir à titre d'exemple, ANDEVA (Association Nationale de Défense des Victimes de l'Amiante). La faute inexcusable ouvre droit, lorsque la maladie professionnelle est reconnue, à une indemnisation complémentaire (Code de la Sécurité sociale : article L.452-1) pour les personnes déjà indemnisées suite à la reconnaissance d'une maladie professionnelle.

¹²³⁴ ANDEVA a introduit une action engagée devant le Tribunal des Affaires de la Sécurité Sociale (le TASS). Elle vise à démontrer que l'employeur a commis une faute à l'origine de la maladie voir du décès d'un des salariés de son entreprise.

¹²³⁵ ADAM Patrice (2007), « Le harcèlement moral dans l'entreprise, cinq ans après la loi de modernisation sociale », in : *Semaine sociale Lamy*, Supplément N° 1315 du 9 juillet 2007, p. 9.

¹²³⁶ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. II, II.

En conclusion, selon Adam, l'objectif du législateur de 2002 n'a malheureusement pas été atteint, d'autant plus que les limites de la définition ne peuvent être perçues¹²³⁷.

Sans être totalement exhaustif, cet aperçu de droit comparé nous permet de remarquer une bonne protection du salarié en France. Sans être très précise, la définition, ou plutôt, la notion de harcèlement moral couvre une bonne partie des cas litigieux et laisse tout de même une marge de manœuvre aux juges. La charge de la preuve ne pèse pas sur le salarié, ce qui facilite aussi les actions en justice. Il faut encore mentionner que le salarié ne peut pas être licencié ou sanctionné de diverses manières s'il mentionne des agissements incorrects, même s'ils s'avèrent infondés, ce qui est bien différent du système légal suisse.

¹²³⁷ ADAM, 2007, p. 9.

Conclusion

La première partie de cet ouvrage a proposé une approche pluridisciplinaire de la notion de harcèlement psychologique et sexuel en général et celle du harcèlement dans le cadre du travail. Cet examen s'est focalisé en particulier sur le harcèlement moral, et a proposé une analyse parallèle du harcèlement sexuel. L'accent a été mis sur trois aspects qu'il convient à notre avis de mettre en exergue.

Le premier aspect est que le harcèlement est un phénomène grave, qui nuit à la fois à la santé physique et psychique des travailleurs autant qu'à la bonne marche des entreprises.

Le deuxième aspect dégagé est le caractère très spécifique des stratégies de harcèlement qui sont parfois difficiles à détecter et qui consistent souvent en une succession d'actes -anodins- s'ils sont considérés indépendamment les uns des autres. C'est l'ensemble du mécanisme et ses rouages qui en fait un comportement d'agression.

Le troisième point important est qu'il convient de savoir appréhender soigneusement les comportements qui pourraient relever de harcèlement de ceux qui consistent simplement en un conflit entre deux ou plusieurs personnes ou encore, en des consignes édictées par un supérieur hiérarchique dans une relation de travail normale, même si elle est rude.

La deuxième partie de cet ouvrage a examiné quelques exemples de droits positifs en matière de harcèlement. J'ai insisté sur les difficultés posées par les options idéologiques et politiques y relatives, ainsi que les problèmes de mise en œuvre des dispositions finalement adoptées.

Dans cette optique, certains pays ont décidé de procéder à une définition légale du phénomène, du processus et des actes de harcèlement. Certains de ces Etats ont introduit ces définitions dans leur législation du travail précisant les possibilités d'intervention des pouvoirs publics. D'autres encore ont décidé d'aller plus loin, et d'introduire la notion de harcèlement moral et/ou sexuel dans leur Code pénal et de classer ce comportement dans la catégorie des infractions. Très généralement, l'introduction du harcèlement moral a été postérieure à celle du harcèlement sexuel.

Il convient de constater que, d'une manière très générale, que la rédaction d'une définition à la fois opératoire et complète du harcèlement s'avère très délicate. J'ai aussi insisté sur le fait que les procédures qui permettent à un employé de se défendre étaient dans de nombreux cas insuffisantes et perfectibles.

Il faut de retenir précieusement enfin que, de l'avis de la plupart des politiciens (parlementaires européens en particulier), le harcèlement, qu'il soit psychologique ou sexuel est une atteinte aux droits fondamentaux et aux libertés publiques.

A l'instar d'autres Etats qui partagent ses valeurs en matière de droit du travail, le droit des relations de travail est largement dominé, en Suisse, par des normes de droit public. Celles-ci s'appliquent à la fonction publique, tout comme aux rapports de travail de droit privé. Ces normes de droit public s'appliquent *erga omnes*.

S'il existe, en Suisse, une définition et une loi de procédure très élaborée en ce qui concerne la prohibition du harcèlement sexuel, il n'existe pas d'incrimination au

sens pénal du terme. En ce qui concerne le harcèlement sexuel, c'est la LEg¹²³⁸ qui a inscrit des obligations de rang supérieur en termes d'égalité dans les rapports de travail. Les dispositions de ce texte s'appliquent aux rapports de travail régis par le CO ainsi que par le droit public fédéral, cantonal et communal¹²³⁹. Le champ d'application de la LEg couvre donc tous les rapports de travail aussi bien les rapports relevant du droit privé, que ceux du droit du travail de la fonction publique, quelle que soit la prépondérance des critères pris en compte (droit public ou droit privé).

Par ailleurs, il n'existe pas de disposition légale qui donne une définition du mobbing ou du harcèlement psychologique au travail applicable au niveau fédéral.

Dans ce cadre, ainsi que le souligne Waeber¹²⁴⁰, les générations précédentes étaient habituées à être rudoyées au travail, traitées arbitrairement, de manière inégalitaire et méprisante, et cela représentait la norme. Ce n'est que tout récemment que, pour la première fois en Suisse avec l'entrée en vigueur en 1972 de l'art. 328 CO¹²⁴¹, un texte de droit du travail proclame l'obligation pour l'employeur de respecter et de faire respecter les droits de la personnalité¹²⁴² de ses employé-e-s.

Depuis cette date, l'employeur qui contrevient à ces règles, ou qui tolère des manquements au respect de la personnalité de ses employé-e-s, enfreint la loi. Mais à ce stade, il n'existe pas encore de véritable définition du harcèlement, qu'il soit psychologique ou sexuel.

On peut toutefois ajouter qu'autrefois, paradoxalement, il existait une certaine forme de pression sociale et de paternalisme, pas toujours malveillants, qui permettait aux employeurs de s'intéresser aux individus et à leurs problèmes et humanisait plus qu'aujourd'hui les rapports entre patrons et employés. Cette proximité était souvent « aliénante » (selon le point de vue *marxiste*), et imposée par la classe dominante. Ce paternalisme permettait malgré tout quelquefois une certaine forme de contrôle social et une entraide qui tend à disparaître aujourd'hui.

Il n'est bien sûr pas question de prôner de revenir à ces rapports souvent infantilisants entre employeurs et employés. Il est néanmoins indispensable de prendre en compte et de rechercher la promotion du bien-être à travers une humanisation des relations de travail tout en prenant en compte le respect de la dignité de chacun et de chacune, quelle que soit sa position au sein de l'entreprise.

¹²³⁸ LEg, section 2, « égalité dans les rapports de travail ».

¹²³⁹ *Id.*, art. 2.

¹²⁴⁰ WAEBER Jean-Bernard (2002), « La protection de la personnalité dans les rapports de travail », in : AUBERT Gabriel, GUINCAHRD Jean-Marc, PICCOT Marcel, *Le droit du travail en pratique; Harcèlement au travail*, Bâle, Genève, Schulthess Médias Juridiques SA, vol. 22, 154 p., p. 39.

¹²⁴¹ CO, phrase introduite par le chiffre 3 de l'annexe à la Loi du 24 mars 1995 sur l'égalité, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1996 (RS 151.1).

¹²⁴² Voir lexique : « droits de la personnalité ».

Ainsi que l'a mentionné Wennubst¹²⁴³, un arrêt assez ancien datant de 1977, fait état de « juste motif de résiliation du contrat avec effet immédiat par le travailleur » en raison de la « création par l'employeur de circonstances excluant la poursuite des rapports de travail » (CA, XII, 26.9.1977). Cette jurisprudence permet d'aborder la question du mobbing sous l'angle des rapports de travail et de considérer que le contrat de travail a été légitimement rompu par l'employé, en raison du comportement d'hostilité de l'employeur. Elle ouvre donc des voies judiciaires pour les victimes.

L'absence de bases légales qui définissent et prohibent expressément des faits de mobbing rendait encore, à l'époque de cet arrêt, la plupart des actes de harcèlement non décelables, non punissables et, plus exactement non répréhensibles puisque le droit écrit tout comme le droit non écrit, n'identifiaient ni ne mentionnaient pas encore l'illicéité¹²⁴⁴ dudit comportement.

Il est vrai que sur la base du droit de directive prévu par l'article 321. *litt d* CO, l'employeur peut commander que cessent des comportements constitutifs de mobbing. Toutefois, le mot « mobbing », ou le mot « harcèlement » n'est pas employé dans ces dispositions qui ne font état d'aucune définition du comportement prohibé. C'est uniquement la jurisprudence qui en a donné une définition.

L'essentiel du problème du harcèlement dans les relations de travail général, réside dans la méconnaissance du phénomène et de ses conséquences par les employés, les employeurs et les supérieurs hiérarchiques. La question de la prévention de ces comportements et de l'éducation à l'éthique des relations de travail doit trouver un début de réponse dans l'introduction de dispositions qui assurent à chacun et chacune un modèle auquel chacun doit adapter son comportement, sous peine de commettre un acte illicite¹²⁴⁵.

Ainsi, les pistes ouvertes dans cet ouvrage et certains aspects discutés de modèles européens seraient, dans une certaine mesure, utiles à la Suisse qui pourrait s'inspirer des réflexions de certains pays de l'UE. Ces exemples peuvent être des supports utiles permettant d'arrêter une définition et une législation fédérale prohibant le harcèlement au travail sous toutes ses formes, qu'il soit psychologique ou sexuel.

Pour qu'une éventuelle réparation puisse être envisagée, il est nécessaire de définir préalablement ce qu'est un comportement illicite dans le cadre des rapports de travail, le champ d'application de cette définition, les éléments constitutifs du comportement prohibé, ainsi que de poser le rapport de causalité entre le comportement illicite et le dommage¹²⁴⁶. Il faut ensuite examiner la « justiciabilité »¹²⁴⁷ de la re-

¹²⁴³ Cité par WENNUBST, 1999, p. 21. Cette auteure cite également deux arrêts non publiés du Tribunal des Prud'hommes de Genève, cause n° IX/798/96 et cause VIII/876/93, où le terme de « mobbing » est cité en toutes lettres mais où le mobbing en tant que tel, n'a pas été retenu par la Cour.

¹²⁴⁴ Voir lexicque : « illicéité ».

¹²⁴⁵ Voir lexicque : « acte illicite ».

¹²⁴⁶ Voir lexicque : « dommage ».

¹²⁴⁷ Voir lexicque : « justiciabilité ».

quête, les moyens juridictionnels à mettre en œuvre, ainsi que les moyens de preuve à faire valoir et enfin, les conditions de la *réparation du dommage*.

En outre, le principe de la *sécurité juridique* impose que tous les partenaires de la vie économique soient en mesure de savoir quels sont les faits constitutifs d'un comportement illicite afin d'adopter une conduite conforme aux règles posées par la loi ou les règlements. Les personnes qui se disent victimes de *mobbing* et qui adressent leurs plaintes à des syndicats, des associations ou aux instances compétentes de l'administration, se plaignent en majorité d'un supérieur hiérarchique. Les employeurs ou supérieurs hiérarchiques, quant à eux, objectent que les remontrances réitérées ne sont que le fruit d'exigences légitimes d'ordre professionnel, à l'égard de subordonnés qui n'acceptent pas de se conformer aux règles et aux usages et de se soumettre à une pression normale et nécessaire.

Paradoxalement, les employeurs -même les plus « sévères »- sont souvent désespérés lorsqu'il leur est imposé de réprimander un employé dont l'insuffisance et les fautes au travail sont avérées. Il arrive que le supérieur hiérarchique soit dans la crainte de faire des reproches justifiés, par peur -justement- du déclenchement d'une plainte pour « *mobbing* » qui pourraient en résulter. Les rapports de travail sont donc doublement faussés : par l'existence du *mobbing* tout d'abord, tout comme par l'incapacité de certains employeurs ou de certains cadres, à exercer leur pouvoir de contrôle en instaurant, à juste titre, une éthique dans les rapports de travail. Cette « peur » plus ou moins avouée est souvent un formidable prétexte pour ne pas s'attaquer à un problème trop difficile à résoudre, par manque de temps et de compétences préalables.

Il est donc primordial que les employeurs et les cadres sachent comment procéder pour appréhender les difficultés éventuelles avec leurs salariés en prévenant les situations de *mobbing* ou harcèlement en général. Au surplus, il est indispensable que le phénomène soit parfaitement compris afin d'interdire formellement que certains de leurs employés ou de leurs cadres ne harcèlent leurs collègues ou subordonnés.

Compte tenu de la gravité du problème et de ses conséquences sur la vie économique (personnelle ou collective), tout comme de l'atteinte à la santé et à l'autonomie économique individuelle qui peut résulter d'une situation de harcèlement, il me paraît indispensable que le législateur fédéral introduise une définition dans les lois et ordonnances fédérales sur le travail. Des dispositions de cet ordre sont nécessaires aussi si l'on veut favoriser l'accès du droit à tous.

Cette définition doit être concise, mais suffisamment complète, précise dans ses termes et circonscrite à un domaine spécifique, afin d'être un instrument utile et dont l'application sera reproductible par tous les acteurs de la vie juridique¹²⁴⁸. Cette définition devra, dans un objectif d'accessibilité au droit et de prévisibilité juridique, s'adresser aux victimes, aux auteurs potentiels et avérés de harcèlement, tout comme aux employeurs qui doivent assurer et garantir la paix sociale, avec l'aide des pouvoirs publics.

¹²⁴⁸ Voir *supra*, 1^{ère} partie, chap. III, 2.

Elle pourrait s'inspirer des travaux effectués par d'autres législateurs européens et même de leurs erreurs ou de leurs insuffisances. Ceci permettrait certainement de gagner un temps précieux pour l'élaboration de normes en Suisse. Il est néanmoins évident que ce texte ne saurait être un « copier-coller », car les dispositions adoptées doivent, bien entendu, être spécifiques à l'Etat fédéral, en tenant compte de ses particularités historiques et constitutionnelles.

Enfin, pour garantir une certaine égalité de traitement entre tous les travailleurs et travailleuses de Suisse, il est nécessaire de prévoir une loi, qui, à l'instar de la LEg, introduise des dispositions de procédure dans le droit de fond.

