

Doctrines

PREMIER REGARD SUR LE PROJET DE LOI EN MATIÈRE DE HARCÈLEMENT MORAL AU TRAVAIL

JEAN-LUC PUTZ



1. LES MESURES EN PLACE	3
1.1. La santé au travail	3
1.2. Le principe de bonne foi contractuelle	3
1.3. Les conventions collectives	3
1.4. Le harcèlement discriminatoire	4
1.5. Le droit pénal	4
1.6. La Convention de 2009	4
2. LES CHOIX FAITS PAR LES AUTEURS DU PROJET	5
2.1. Décision d'intervenir par voie législative.....	5
2.2. La position dans le Code du travail.....	5
2.3. Un copier-coller partiel.....	6
2.4. Le champ d'application personnel des nouvelles règles	6
3. LA DÉFINITION DU HARCÈLEMENT MORAL	7
4. LE VOLET CIVIL DU PROJET DE LOI	7
4.1. Interdiction du harcèlement.....	7
4.2. Mesures de protection.....	7
4.3. Procédure en cas de détection d'un harcèlement.....	8
4.4. Obligation d'intervention.....	9
4.5. Mesures à prendre en cas de harcèlement.....	9
4.6. Apprendre de ses erreurs.....	10
4.7. Protection contre les représailles	10
4.8. Fin du contrat et dommages-intérêts.....	11
4.8.1. Licenciement.....	12
4.8.2. Démission	12
4.8.3. Dommages-intérêts réclamés seuls	13
5. LE VOLET ADMINISTRATIF DU PROJET DE LOI : LA PROCÉDURE DEVANT L'INSPECTION DU TRAVAIL.....	13
5.1. Initiation de la procédure	13
5.2. L'enquête menée par l'Inspection	13
5.3. Obligation de suivre les injonctions.....	14
6. LE VOLET PÉNAL DU PROJET DE LOI.....	15
7. LE VOLET DE DROIT DU TRAVAIL COLLECTIF : IMPLICATION DE LA DÉLÉGATION DU PERSONNEL	16
7.1. Les compétences prévues par la Convention de 2009.....	16
7.2. Les compétences introduites par le projet de loi	16

7.3. Les compétences pouvant découler des textes existants.....	17
7.3.1. Compétences consultatives	17
7.3.2. Compétences de co-décision.....	17
8. LE VOLET PROCÉDURAL.....	17
8.1. Jurisdiction compétente	17
8.2. Les droits de la défense	18
8.3. La charge de la preuve.....	18

Notre contribution jette un premier regard critique sur le récent projet de loi en matière de harcèlement moral au travail, projet qui est largement inspiré des règles existantes encadrant le harcèlement sexuel. Si les auteurs du projet estiment devoir combler un « vide juridique », le droit luxembourgeois offre cependant d'ores et déjà plusieurs solutions pour appréhender le fléau du harcèlement ; ainsi, le nouveau texte devra cohabiter avec un cadre juridique existant, ce qui peut être source de conflits et incertitudes.

Sur de nombreux points, le projet n'apporte pas de réel changement. Quelques aspects par contre sont innovateurs, notamment la pénalisation du harcèlement moral et la possibilité pour le salarié-plaignant de saisir l'Inspection du travail, qui devra mener l'enquête avant d'imposer à l'employeur les mesures à prendre.

C'est le numéro 7864 qui a été attribué à un projet de loi élaboré par le ministre du Travail et qui se propose d'introduire un dispositif relatif à la protection contre le harcèlement moral au travail.

Pour justifier cette initiative, les travaux parlementaires rappellent que le Luxembourg occupe, après la France, la seconde place quant au pourcentage de salariés se déclarant victimes de harcèlement. Le harcèlement moral serait devenu « un véritable fléau du XXI^e siècle, tant dans le monde du travail que dans la société en général ».

Sur le plan des statistiques, les auteurs du projet se réfèrent à une publication de la Chambre des salariés de 2020¹ pour affirmer – avec une dose d'exagération – que « deux salariés sur dix disent être victimes d'harcèlement moral au travail ». L'étude visée conclut pour les années 2014 à 2018 à un taux oscillant entre 12,4 % et 17,9 %, sans laisser apparaître une évolution croissante. Selon ces données, ce sont avant tout les jeunes (16-24 ans) qui

se disent affectés. Les résidents français sont les plus fréquents à se plaindre, suivis par les résidents luxembourgeois, tandis que les résidents allemands clôturent la liste vers le bas.

Il faut rappeler que ces chiffres se basent sur une auto-évaluation par les salariés interrogés lors de l'enquête². Si le ressenti subjectif des salariés est un problème réel dont il faut tenir compte, on ne peut cependant pas admettre que, dans chacune de ces situations, il y ait un véritable problème de harcèlement imputable à l'employeur ou aux collègues de travail. Tout en soulignant les différentes approches méthodologiques, la Chambre des salariés se réfère également à une étude européenne de 2015³, qui évalue la prévalence du harcèlement au Luxembourg à 9,6 %.

L'étude de la Chambre des salariés conclut qu'il faut mettre en œuvre des mesures de prévention et de réduction du stress au travail et examiner si la prévalence du harcèlement moral au travail ne peut pas aussi être réduite à long terme par des mesures légales. C'est à cette dernière recommandation que le projet de loi fait écho.

Selon les travaux parlementaires, il existerait un « vide juridique » au Luxembourg qu'il faudrait combler. Mais est-ce qu'il y avait réellement un tel vide, alors qu'un certain nombre de règles sont en place (titre1) ?

En optant pour ce projet de loi, le gouvernement a fait un certain nombre de choix de principe (titre2). Dans les détails, le texte en projet mérite d'être analysé sous différents angles, dont le volet civil (titre4), le volet administratif (titre5), le volet pénal (titre6), les aspects de droit du travail collectif (titre7) et le volet procédural (titre8). Tous ces volets s'articulent autour d'une même définition du harcèlement (titre3).

Notre analyse a pour simple but de donner une première vue d'ensemble et d'adopter un point de vue critique sur

1. Chambre des salariés, « Actualités du "quality of work index", n° 14 », *Better Work Newsletter*, n° 5, 20 juin 2019 ([Lien](#)).

2. En outre, la question posée était la suivante : « De votre point de vue, à quelle fréquence des situations difficiles avec des collègues ou un supérieur

surviennent-elles ? ». Or une situation difficile n'équivaut pas nécessairement à un harcèlement.

3. European Working Conditions Survey 2015 ([Lien](#)).

certain aspects. Pour y procéder, nous n'avons pu nous baser que sur le texte du projet de loi. Bien qu'il s'agisse d'une pratique qui tend à se généraliser, nous avons rarement vu un projet dont le commentaire des articles se limite autant à paraphraser le texte de loi ; seul un travail d'orfèvre permet, ici et là, de trouver quelques précisions complémentaires.

1. LES MESURES EN PLACE

À notre avis, les auteurs du projet de loi versent dans l'excès en parlant d'un « vide juridique » en matière de harcèlement au Luxembourg. Concernant le harcèlement *sexuel*, un cadre est en place depuis plus de vingt ans⁴ (art. L.245-1s.). Pour le harcèlement moral, le cadre juridique est plus disparate, mais néanmoins pas inexistant. Rappelons par ailleurs que des initiatives législatives antérieures s'étaient soldées par un échec⁵.

1.1. La santé au travail

Tout d'abord, il existe un cadre général sur la sécurité et la santé au travail. Il n'est pas contesté que le harcèlement doit être interdit en raison des effets néfastes qu'il a sur la santé des salariés. En général, il affecte d'abord la santé mentale et se répercute ensuite sur la santé physique. En pratique par ailleurs, de nombreuses victimes d'un harcèlement moral finissent par être en incapacité de travail, leur médecin certifiant ainsi que leur état de santé est incompatible avec une activité professionnelle. De même, les médecins du travail interviennent occasionnellement lors de problèmes de harcèlement. Tant en France qu'au Luxembourg⁶, le traumatisme psychologique découlant d'une situation de harcèlement a pu être reconnu comme maladie professionnelle par la sécurité sociale.

Or les règles sur la sécurité et la santé obligent l'employeur à protéger « la santé des salariés dans tous les aspects liés au travail » (L.312-1 C.trav.). Cette obligation couvre tant la protection de la santé physique que de la santé psychique (L.312-2 (3) C.trav.). Ce cadre légal paraît dès lors adapté pour appréhender les problèmes de harcèlement moral sur le lieu de travail. Dans une interprétation adaptée aux nouvelles réalités économiques, la sécurité et la santé du travail doivent dépasser leur cadre historique ciblant les accidents physiques dans l'industrie.

1.2. Le principe de bonne foi contractuelle

Malgré tout, les juridictions du travail ont jusqu'ici refusé de considérer que le harcèlement moral relève de la santé au travail. Elles se basent au contraire sur le principe de bonne foi (art. 1134 C.civ.) inhérent à tout contrat pour en déduire d'un côté une interdiction de se livrer à un harcèlement, et d'un autre côté une obligation de l'employeur d'intervenir dès qu'il obtient connaissance d'un cas de harcèlement moral.

Une jurisprudence nombreuse s'est développée, qu'il serait impossible d'analyser en détail dans ces lignes. Les juges recourent à des définitions diverses de la notion de harcèlement, insistant sur le caractère répété que le comportement doit avoir. En pratique, les affaires dans lesquelles le salarié obtient gain de cause sont très rares. Dans la plupart des cas, les demandes sont rejetées, soit par manque de preuves, soit parce que les magistrats considèrent que les faits dénoncés relèvent de l'exercice légitime par l'employeur de son autorité patronale ou font partie des désagréments et du stress inhérents à toute activité professionnelle, et que le salarié doit dès lors subir. Par ailleurs, les « pures » affaires de harcèlement, donc celles dans lesquelles le salarié attaque son employeur en justice parce qu'il s'estime victime, sont rares. Le plus souvent, le harcèlement moral est invoqué à titre de défense, par exemple pour contester un licenciement pour insuffisance professionnelle ou pour absentéisme chronique.

1.3. Les conventions collectives

Toute convention collective doit obligatoirement prévoir « l'inscription des modalités concernant la lutte contre le harcèlement sexuel et moral, dont le *mobbing*, dans le champ d'application de la convention collective et des sanctions notamment disciplinaires qui peuvent être prises dans ce cadre ».

Cette mention avait été introduite en 2004 en vue de créer un « terrain d'expérimentation » : « le gouvernement entend dans une première phase observer la situation... avant de légiférer ; comme les partenaires sociaux, sur le terrain, peuvent cependant proposer des approches innovatrices et efficaces dans la lutte contre ce nouveau fléau, le Gouvernement estime qu'il est normal de leur

4. Loi du 26 mai 2000 concernant la protection contre le harcèlement sexuel à l'occasion des relations de travail et portant modification de différentes autres lois, *Mém.* A-50, 30 juin 2000, disponible sur <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2000/05/26/n1/jo>.
5. Projet de loi n° 5241 modifiant la loi modifiée du 17 juin 1994 concernant la sécurité et la santé des travailleurs au travail ; Proposition de loi n° 4979

relative à la protection contre le harcèlement moral à l'occasion des relations de travail.
6. Voy. C.S.S.S., 9 mai 2016, n°2016/0102, https://anon.public.lu/Juridictions%20de%20la%20s%C3%A9curit%C3%A9%20sociale%20anonymis%C3%A9/2016/20160509_UMP20150055-accessible.pdf.

demander de consacrer une partie de leurs négociations collectives à la lutte contre le *mobbing* »⁷.

Cette disposition était déjà devenue du moins en partie obsolète par l'adoption par les partenaires sociaux en 2009 d'une Convention sur le harcèlement (voy. ci-après). En outre, elle n'a pas été suivie de résultats concrets ; de nombreuses conventions collectives restent muettes sur le sujet, tandis que d'autres se limitent à des déclarations de principe⁸.

Puisque l'idée était de laisser les partenaires sociaux agir avant de légiférer, la question se pose de savoir pourquoi le projet de loi n'abroge pas cette disposition. Quel est l'intérêt d'obliger les partenaires sociaux à négocier sur un sujet sur lequel il existe dorénavant une loi ?

1.4. Le harcèlement discriminatoire

Sur la base de directives européennes⁹, les articles L.241-1 (2) et L.251-1 (3) définissent le cas spécifique du harcèlement discriminatoire comme suit : « un comportement non désiré lié » à un des motifs de non-discrimination 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 ».

Cette forme de discrimination est assimilée à une discrimination et bénéficie dès lors de l'ensemble des règles protectrices afférentes, notamment de l'allègement de la charge de la preuve. En pratique, elle ne joue cependant presque aucun rôle, puisque souvent il n'est pas établi ni même allégué que le harcèlement serait dû au sexe, aux convictions religieuses, à l'ethnie ou à l'un des autres critères de discrimination.

1.5. Le droit pénal

Sur le plan pénal, le harcèlement moral est susceptible d'être qualifié de « harcèlement obsessionnel » au sens de l'article 442-2 du Code pénal, lequel incrimine « quiconque aura harcelé de façon répétée une personne alors qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il affecterait gravement par ce comportement la tranquillité de la personne visée »¹⁰. A par exemple été condamné de ce chef un supérieur de l'armée qui a harcelé deux recrues, notamment par des

gestes obscènes¹¹. Si le harcèlement était volontaire et laisse une blessure psychique, une qualification en tant que coups et blessures volontaires est envisageable.

Une loi de 1982 protégeant la vie privée¹² incrimine par ailleurs celui qui a sciemment inquiété ou importuné une personne par des appels téléphoniques répétés et intempestifs ou qui l'a harcelée par des messages écrits ou autres.

1.6. La Convention de 2009

En 2009, les partenaires sociaux ont signé une « convention relative au harcèlement et à la violence au travail » qui a été déclarée d'obligation générale¹³. Cette convention fixe un cadre général mais n'énonce pas de règles ni d'obligations très précises. Elle se réfère elle-même à de simples « pistes que les entreprises peuvent mettre en œuvre » ; l'employeur est censé mettre en place les diverses mesures en concertation avec la délégation du personnel. La Convention définit le harcèlement moral comme suit :

« Le harcèlement moral se produit lorsqu'une personne relevant de l'entreprise commet envers un travailleur ou un dirigeant des agissements fautifs, répétés et délibérés qui ont pour objet ou pour effet : – soit de porter atteinte à ses droits ou à sa dignité ; – soit d'altérer ses conditions de travail ou de compromettre son avenir professionnel en créant un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ; – soit d'altérer sa santé physique ou psychique. »

Elle prévoit ensuite des obligations en matière de sensibilisation, de prévention et de gestion des actes de harcèlement.

Au vu de l'ensemble de ces développements, il paraît excessif de parler d'un « vide juridique » en matière de harcèlement moral. L'initiative a cependant été prise de compléter le dispositif existant par une loi ciblant le harcèlement moral.

7. Projet de loi n°5045, Exposé des motifs, p.23.

8. V. ECKER, *L'égalité entre les femmes et les hommes dans les conventions collectives*, Luxembourg, Ministère de l'Égalité des chances, 2007, p.14.

9. Art. 2, § 3, de la 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, J.O., L. 180, 19 juillet 2000, p. 0022-0026 ; Art. 2, § 3, 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, J.O., L. 303, 2 décembre 2000, p. 16-22 ; 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, J.O., L. 204, 26 juillet 2006, p. 23-36.

10. Pour une application en droit du travail, voy. CSJ corr., 20 février 2013, 102/13X.

11. CSJ corr., 30 mai 2017, n°211/17 V.

12. Art.6 de la loi du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée.

13. Règlement grand-ducal du 15 décembre 2009 portant déclaration d'obligation générale de la convention relative au harcèlement et à la violence au travail conclue entre les syndicats OGB-L et LCGB, d'une part, et l'UEL, d'autre part, *Mém.* A-3, 13 janvier 2010.

2. LES CHOIX FAITS PAR LES AUTEURS DU PROJET

2.1. *Décision d'intervenir par voie législative*

La question se pose de savoir pourquoi le ministre du Travail a jugé nécessaire d'intervenir par voie législative, alors qu'il existe déjà un cadre national, notamment dans la Convention de 2009. Il aurait été possible de considérer ce cadre comme suffisant ou d'inciter les partenaires sociaux à négocier une nouvelle convention.

L'idée des accords nationaux (accords en matière de dialogue social interprofessionnel) était en effet d'accorder de l'autonomie aux partenaires sociaux pour que le législateur ne doive pas intervenir dans certains domaines et que des solutions pratiques soient négociées sur le terrain. Le harcèlement moral était précisément un sujet pour lequel le législateur souhaitait que des accords nationaux soient conclus (L.165-1(1)). Les partenaires sociaux ont trouvé un tel accord, mais manifestement, les autorités n'en sont pas satisfaites. Les travaux parlementaires se réfèrent explicitement à cet accord pour dire qu'il s'agirait du « seul dispositif couvrant le harcèlement » et que, malgré tout, « le phénomène du harcèlement moral n'épargne pas le Grand-Duché » et qu'il y aurait un « vide juridique ». Autant dire que le ministère du Travail considère que cette Convention de 2009 n'a pas fait ses preuves, au point qu'elle est quasiment inexistante.

Il faut reconnaître que la Convention est conçue avant tout comme un ensemble de recommandations que les entreprises devaient concrètement mettre en œuvre en interne. Si dans les grandes entreprises des politiques de bien-être au travail et de prévention du harcèlement sont généralement en place, il se peut que, dans les entreprises moins grandes, la Convention soit restée lettre morte et que, au lieu de veiller à ce qu'elle soit appliquée partout, la voie d'une intervention législative a été privilégiée.

Nous ignorons s'il est prévu que la Convention de 2009 soit maintenue ou révoquée¹⁴. Aucune des deux solutions n'est bonne.

(a) Si la Convention de 2009 est abrogée, ce qui semble peu probable¹⁵, il en résulterait une régression pour les salariés. Certaines obligations qu'elle contient (p.ex. les détails de la procédure de gestion des plaintes) n'ont pas leur équivalent dans la future loi.

(b) Si la Convention de 2009 est maintenue, elle coexistera avec les nouvelles règles introduites par le projet de loi. Cette situation n'est pas très heureuse, tout d'abord parce que l'encadrement du harcèlement sur le plan national sera gouverné par deux entités, à savoir d'un côté le législateur et d'un autre côté les partenaires sociaux (syndicats et organisations patronales). Supérieure en rang hiérarchique, la loi prévaudra sur la convention, mais uniquement pour les dispositions qui y dérogeraient dans un sens défavorable.

Rien que pour la définition du harcèlement, il faudrait donc se demander laquelle des définitions, légale ou conventionnelle, est plus large et donc plus favorable. Celle-ci prévaudrait. Le même raisonnement devrait être tenu pour chacune des clauses de la convention. Autant dire que, dans une telle situation hybride, la réglementation du harcèlement devient confuse et difficilement lisible pour les employeurs et les salariés.

2.2. *La position dans le Code du travail*

Le projet de loi envisage d'introduire un nouveau chapitre VI intitulé « Harcèlement moral » dans le titre IV du livre II du Code du travail.

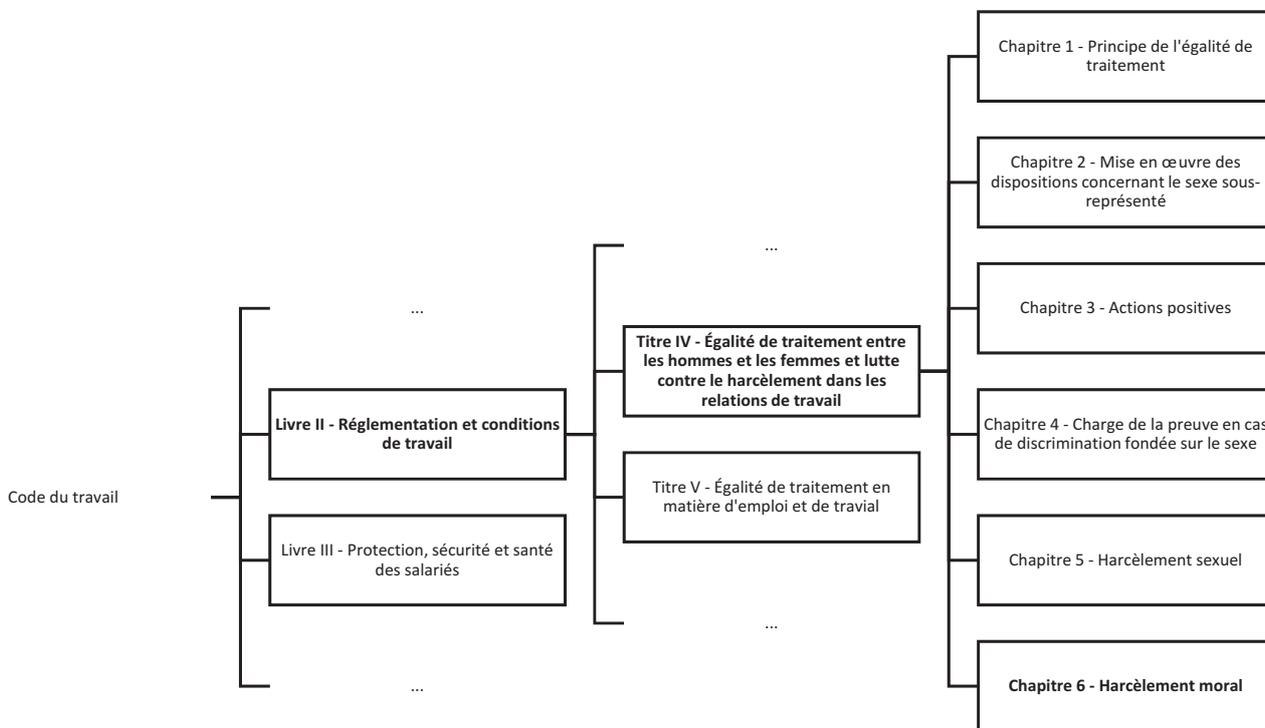
Le livre II du Code du travail est intitulé « Réglementation et conditions de travail ». En faisant ce choix, le législateur confirme explicitement qu'il ne considère pas le harcèlement comme un problème de santé au travail, cette matière figurant dans le livre III, « Protection, sécurité et santé des salariés ».

Le titre IV s'appelle « Égalité de traitement entre les hommes et les femmes ».

14. Elle pourrait l'être soit d'un commun accord entre les partenaires sociaux signataires, soit par une décision du ministre qui revient sur la déclaration d'obligation générale.

15. La Convention comporte aussi un volet intéressant la violence sur le lieu de travail, sujet non abordé par le projet de loi.

La structure de ce titre se présentera dès lors come suit :



Cette classification ne paraît pas très heureuse. S'il peut être compréhensible de vouloir traiter le harcèlement moral à la suite du harcèlement sexuel, ce dernier y trouve cependant sa place parce qu'il est assimilé à une discrimination fondée sur le sexe. Les données de la Chambre des salariés sur lesquelles se basent les auteurs du projet de loi ne laissent pas apparaître de prévalence significative entre victimes de sexe masculin ou féminin (15,8 % contre 16 %). Le titre IV, entièrement dédié à l'égalité des sexes, est ainsi artificiellement complété par un dernier chapitre sur le harcèlement moral.

2.3. Un copier-coller partiel

Le lecteur averti du projet de loi aura une impression de déjà-vu. En effet, un grand nombre de ses dispositions sont copiées des règles sur le harcèlement sexuel¹⁶. Certains textes se recourent par ailleurs avec les règles sur la discrimination. Au lieu de multiplier des textes identiques dans le Code du travail, il aurait été préférable

de systématiser le sujet et de traiter certains points en commun.

Pour pimenter le tout, les auteurs du projet de loi ne sont cependant pas contentés de copier-coller simplement, car par endroits de petites différences de texte s'observent¹⁷. Or chaque différence de texte fait présumer que le législateur a voulu régler différemment la question et fera donc la joie des plaideurs et le malheur des justiciables.

En tout cas, le Code du travail ne gagnera pas en cohérence, mais poursuit sa tradition d'être un *patchwork* de textes successivement empilés.

2.4. Le champ d'application personnel des nouvelles règles

La future loi couvrira non seulement les salariés au sens classique, mais également les stagiaires, les apprentis et

16. Par exemple : (a) art. L.245-1 et L.246-1 sur le champ d'application personnel ; (b) art. L.245-4 (1) et (2) et L.246-3 (1) et (2) sur l'obligation de s'abstenir de tout harcèlement et l'obligation patronale d'intervenir ; (c) art. L.235-5 et L.246-4 sur la protection contre les représailles et la nullité du licenciement ; (d) art. L.235-6 et L.246-5 sur le rôle de la délégation du personnel ; (e) art. L.245-7 et L.246-6 sur le droit de démissionner avec effet immédiat.

17. Par exemple, en matière de harcèlement sexuel, « l'employeur est obligé de veiller à ce que tout harcèlement sexuel dont il a connaissance cesse immédiatement », tandis qu'en matière de harcèlement moral, « l'employeur

veille à ce que tout harcèlement moral à l'encontre de ses salariés » cesse. N'est-il dès lors pas obligé d'intervenir lorsqu'un de ses salariés harcèle des salariés d'une autre entreprise, cette responsabilité reposant exclusivement sur les épaules de l'autre employeur ? Un autre exemple de différence est le fait qu'un salarié est protégé en matière de harcèlement moral s'il a « témoigné » des faits, et en matière de harcèlement sexuel tant lorsqu'il en a « témoigné » (acte officiel) que lorsqu'il les a « relatés » (dénonciation informelle). De même, l'article L.245-5 parle de la protection en cas de « résiliation du contrat » et le futur article L.246-4 de la protection en cas de « licenciement ».

les élèves et étudiants occupés pendant les vacances scolaires (futur article L.246-1). Le texte ne le précise pas, mais semble définir le cercle des potentielles **victimes** couvertes par la future loi.

Ce champ d'application est identique à celui des règles sur le harcèlement sexuel (L.245-1)¹⁸. Certaines catégories de travailleurs ne seront pas englobées, notamment les personnes travaillant dans le cadre de contrats aidés de (ré)insertion au travail. Le projet ne semble pas non plus couvrir le cas dans lequel un salarié (auteur) harcèle des victimes non salariées (p.ex. des clients).

En ce qui concerne les **salariés détachés**, les règles sur le harcèlement sexuel semblent leur bénéficier¹⁹. Le harcèlement moral par contre ne figure pas dans l'énumération des dispositions d'ordre public (L.010-1 et L.141-1(1)) qui leur sont applicables. Dans cette optique, le salarié détaché qui est victime d'un harcèlement ne pourrait se prévaloir que des règles protectrices de son pays d'origine.

3. LA DÉFINITION DU HARCÈLEMENT MORAL

Le futur article L.246-2 définira le harcèlement moral comme suit :

« Constitue un harcèlement moral à l'occasion des relations de travail au sens du présent chapitre, tout comportement ou acte, ainsi que toute conduite qui, par sa répétition ou sa systématisation, porte atteinte à la dignité ou à l'intégrité psychique et physique d'une personne²⁰ en créant un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant, ainsi que des agissements répétés qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail, susceptible de porter atteinte aux droits et à la dignité du salarié, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.

Au sens de l'alinéa qui précède, les voyages professionnels, les formations professionnelles, les communications en lien ou du fait du travail par quelque moyen que ce soit et même en dehors du temps de travail normal font partie intégrante de l'exécution du travail. »

Le premier paragraphe est plutôt classique, et l'imbrication des « ou » et des « et » témoigne de la difficulté de définir clairement la notion. Cette définition ne semble pas apporter de grande innovation par rapport à celle contenue dans la Convention de 2009.

Le second paragraphe paraît être une innovation luxembourgeoise. Il s'agit de préciser que le harcèlement peut également avoir lieu en dehors d'un contexte strictement professionnel²¹.

4. LE VOLET CIVIL DU PROJET DE LOI

4.1. Interdiction du harcèlement

Le futur article L.246-3(1) précisera que l'employeur et le salarié s'abstiennent de tout harcèlement moral à l'occasion des relations de travail. Il en est de même pour tout client ou fournisseur de l'entreprise.

L'interdiction vise dès lors en premier lieu l'employeur et en second lieu tous les salariés, notion qui inclut notamment les stagiaires et les apprentis, mais non certaines catégories spécifiques de travailleurs. L'interdiction s'étend cependant également à des personnes tierces, mais on peut se demander pourquoi le texte ne vise que les clients et les fournisseurs de l'entreprise et non tous les tiers avec lesquels un salarié peut être en contact par son travail.

4.2. Mesures de protection

L'employeur sera obligé par l'article L.246-3(3) de déterminer les mesures à prendre pour protéger les salariés contre le harcèlement moral au travail. La délégation du personnel est impliquée dans cette démarche (voy. ci-après).

Ces mesures doivent être adaptées à la nature des activités et à la taille de l'entreprise. Le projet n'explique pas quelle influence la taille de l'entreprise peut avoir. S'agit-il de soumettre les petites entreprises à des exigences moindres pour limiter leurs charges administratives, dans l'optique « *think small first* », principe ancré dans la procédure législative luxembourgeoise et européenne ? La référence à la nature et à la taille de l'entreprise figure

18. Mais éventuellement moins large que celui de la Convention de 2009 qui semble également inclure les dirigeants non-salariés en tant que potentielles victimes, même si cette situation se présentera rarement.

19. L'article L.010-1, pt.10, inclut les règles relatives « à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes », donc le chapitre qui inclut également le harcèlement sexuel. Le harcèlement sexuel est en effet présumé être une discrimination fondée sur le sexe, même si en pratique ce n'est pas forcément

ment le cas (un supérieur pouvant harceler sexuellement tant des femmes que des hommes).

20. Il faut supposer que cette personne doit être un salarié.

21. Commentaire des articles, p.7 : « En effet, les comportements ou actes de harcèlement moral peuvent se manifester également en dehors du lieu de travail habituel du salarié. »

déjà dans la Convention de 2009, elle-même étroitement inspirée d'un texte européen. Les grandes entreprises auraient-elles davantage d'obligations que les petites ?

Un des points innovateurs du projet est de prescrire un contenu minimal à ces mesures de protection, cette liste n'étant pas limitative²² :

1. la définition des moyens mis à la disposition des victimes d'un harcèlement moral pour obtenir de l'aide et la manière de s'adresser à la délégation du personnel qui est compétente en matière de prévention et de protection contre les faits de harcèlement moral au travail ;
2. l'investigation rapide et en toute impartialité des faits de harcèlement moral au travail ;
3. l'accueil, l'aide et l'appui requis aux victimes d'un harcèlement moral ;
4. la sensibilisation des salariés et des dirigeants sur la définition du harcèlement moral, ses modes de gestion au sein de l'entreprise et les sanctions contre le ou les auteurs des actes de harcèlement moral ;
5. les mesures de prise en charge et de remise au travail des victimes d'un harcèlement moral ;
6. les obligations de l'employeur dans la prévention des faits de harcèlement moral au travail ;
7. l'information et la formation des salariés.

Il s'agit ainsi d'un mélange entre les mesures de sensibilisation préventive et la procédure pour gérer les plaintes qui se présentent. La liste doit être complétée par les différentes autres mesures prescrites par la Convention de 2009, par exemple :

- la signalisation qu'aucune forme de harcèlement n'est tolérée ;
- la sensibilisation des travailleurs et des dirigeants, notamment sur la définition du harcèlement, les modes de gestion et les sanctions contre les auteurs ;
- la politique de prévention déterminant les mesures à prendre pour protéger les travailleurs contre le harcèlement, telles que :
 - l'information et la formation des travailleurs et des dirigeants sur la politique de prévention et de protection contre le harcèlement au travail ;
 - l'identification d'un interlocuteur compétent en matière de prévention et de protection contre le harcèlement au travail ;

- la définition des moyens et procédures mis à disposition des victimes pour obtenir de l'aide.

Il n'est pas précisé sous quelle forme l'employeur doit déterminer ces mesures. Il pourra à notre avis notamment le faire sous forme de règlement intérieur ou, pour utiliser des termes plus à la mode pour désigner la même chose, par une « charte » ou des « guidelines ». La Convention de 2009 suggère le recours au règlement interne.

4.3. Procédure en cas de détection d'un harcèlement

Non seulement lorsqu'une plainte lui parvient, mais dès que l'employeur obtient connaissance d'un éventuel problème de harcèlement, il est obligé d'ouvrir une enquête. Le projet de loi se contente d'indiquer qu'il doit s'agir d'une « investigation rapide et en toute impartialité ».

- Si la procédure doit être « rapide », aucun délai concret n'est cependant imposé à l'employeur. Le délai imposé à l'ITM (45 jours) pourrait servir de référence. Tout dépendra de la complexité de la plainte.
- Une procédure « impartiale » doit être menée à charge et à décharge. S'il faut écouter la victime, ainsi que les témoins qu'elle désigne, il est tout aussi important de tenir compte des explications de la personne accusée et des témoins qu'elle propose. L'employeur est en mesure de respecter cet équilibre lorsque la personne accusée est un de ses salariés ; lorsqu'il s'agit d'un client, d'un fournisseur ou d'un salarié d'une entreprise tierce, la situation sera plus difficile à gérer. L'impartialité implique en outre que la personne qui mène l'enquête soit (objectivement et subjectivement) neutre. On peut admettre que le chef d'entreprise ou les services des ressources humaines satisfont à l'exigence de neutralité, sauf preuve contraire. Certaines entreprises préfèrent cependant externaliser les enquêtes en matière de harcèlement à des experts externes pour garantir davantage de neutralité, d'objectivité et de discrétion. À notre avis, rien n'interdit en effet à l'employeur d'avoir recours à des compétences extérieures pour satisfaire à ses obligations.

La Convention de 2009 énonce quelques règles complémentaires auxquelles la procédure d'enquête et d'investigation doit satisfaire :

- les parties agiront avec toute la discrétion nécessaire pour protéger la dignité et la vie privée de chacun ;
- aucune information ne sera divulguée aux parties non impliquées dans l'affaire ;

22. Commentaire des articles, p.8.

- les plaintes seront examinées sans délai et traitées dans un délai raisonnable ;
- chaque partie devra être entendue dans les plus brefs délais en ses moyens et aura le droit de se faire assister par un représentant du personnel lors de l'entrevue ;
- chaque plainte sera traitée de manière impartiale ;
- chaque plainte devra être appuyée par des informations détaillées ;
- les fausses accusations ne seront pas tolérées et pourront entraîner une action disciplinaire voire des sanctions qui pourront aller jusqu'au licenciement ;
- une assistance externe pour l'analyse et le traitement des plaintes pourra être prévue ;
- les victimes bénéficieront d'un soutien dont la nature sera précisée au sein de l'entreprise à défaut d'accord suffisamment précis à ce sujet entre partenaires sociaux applicable à l'entreprise.

À la fin de l'enquête, l'employeur doit décider s'il y a ou non harcèlement. Si la plainte s'avère justifiée, il est obligé d'intervenir et prononcera en général une sanction contre l'auteur. Le projet de loi reste muet sur l'attitude à adopter si l'enquête conclut que la plainte n'était pas fondée. L'employeur informera le salarié-plaignant de ses conclusions et du fait qu'il n'interviendra pas en sa faveur. Le salarié devra ensuite décider s'il accepte ce résultat ou s'il saisit les autorités de sa plainte. Il semble qu'il a désormais trois alternatives : il peut porter plainte au pénal, saisir l'Inspection du travail ou entamer une procédure civile devant le Tribunal du travail.

4.4. Obligation d'intervention

Lorsqu'à l'issue de son enquête l'employeur arrive à la conclusion qu'il y a un harcèlement, il doit intervenir.

Selon l'alinéa 2 du futur article 246-3, l'employeur veille à ce que tout harcèlement moral à l'encontre de ses salariés, dont il a connaissance, cesse immédiatement. D'après l'alinéa 5, lorsqu'un comportement de harcèlement moral au travail est porté à la connaissance de l'employeur, celui-ci doit prendre les mesures appropriées, pour faire cesser immédiatement les actes de harcèlement moral.

La différence entre ces deux obligations nous échappe.

En bref, l'employeur a une obligation d'intervenir dès qu'il en prend connaissance, donc dès que les faits lui ont été

dénoncés et que, suite à l'enquête interne, les reproches ont été confirmés. Lorsqu'il omet de réagir, les conséquences seront multiples :

- il engage sa responsabilité civile envers la victime ;
- la victime peut démissionner avec effet immédiat ;
- la procédure devant l'ITM peut être entamée (voy. ci-après), qui peut se solder par une amende administrative lorsque l'employeur reste inerte ;
- il commet une infraction pénale et s'expose à une amende délictuelle (voy. ci-après).

4.5. Mesures à prendre en cas de harcèlement

Surtout lorsque le harcèlement émane d'une personne hautement placée dans la hiérarchie, voire de clients ou de fournisseurs, une solution de facilité pour l'employeur – que l'on observe malheureusement en pratique – est d'écarter la victime en la changeant de poste. Le texte précise toutefois qu'en aucun cas les mesures destinées à mettre fin au harcèlement moral ne peuvent être prises au détriment de la victime du harcèlement. À notre sens, ce texte ne proscrie pas les mesures provisoires urgentes prises par l'employeur pour protéger la victime contre la dégradation de sa santé, par exemple en suspendant l'exécution du contrat de travail. Une autre question est de savoir si une mesure, telle qu'un changement de poste, reste interdite si la victime donne son accord. Une telle solution trouvée d'un commun accord pourrait résoudre le dossier. D'un autre côté, la victime se trouve fragilisée et ne peut être en mesure de donner un accord libre et éclairé ; de même, cette solution risque de donner raison à l'auteur du harcèlement qui a réussi à écarter la personne indésirable et qui risque de recommencer aussitôt ses pratiques.

Ce texte risque de mettre fin à une tendance jurisprudentielle considérant qu'une décision de mutation de la victime d'un harcèlement peut se justifier dans le but de faire cesser les faits de harcèlement à son égard²³.

De même, il faut dénoncer la pratique consistant à utiliser la procédure du reclassement externe du salarié pour se défaire des salariés ayant été victimes d'un harcèlement moral, et qui, après une période prolongée d'arrêt de maladie, sont déclarés incapables de retourner à leur ancien poste²⁴.

En principe, dès lors, la mesure doit viser l'auteur du harcèlement.

23. CSJ, 3^e, 28 avril 2016, 41470, Répertoire VI.3.1. ; CSJ, 3^e, 2 octobre 2014, 38726, Répertoire VI.3.1.

24. K. SOREL, « Le reclassement externe au Luxembourg comme instrument de harcèlement moral », *Les Cahiers du droit luxembourgeois*, avril 2014, n° 2.

S'il s'agit d'un client ou d'un fournisseur, l'employeur ne dispose d'aucun pouvoir disciplinaire à leur égard. S'il s'agit de salariés d'une autre entreprise, il devrait se mettre en contact avec l'employeur en question pour signaler les faits. Si une telle démarche n'est pas possible, il devra le cas échéant se résoudre à couper les relations commerciales avec le client ou le fournisseur en question, sanction qui nous paraît cependant assez théorique.

Lorsque l'auteur du harcèlement est un salarié de l'entreprise, l'employeur dispose de nombreux moyens pour intervenir. Le projet de loi reste cependant muet sur l'attitude qu'il doit adopter, sauf à obliger l'employeur à faire cesser le harcèlement. La Convention de 2009 est plus précise à cet égard : « Seront pareillement déterminées de façon claire et transparente, après consultation des représentants du personnel, les sanctions que l'employeur pourra prendre en cas de harcèlement. S'il est établi qu'il y a eu harcèlement, des mesures appropriées seront prises à l'encontre du ou des auteurs. Elles peuvent comprendre des actions disciplinaires et des sanctions qui peuvent aller jusqu'au licenciement. »

Le texte n'exige pas de sanctionner l'auteur, mais de mettre fin au harcèlement. Une simple mutation géographique relevant du pouvoir décisionnel de l'employeur peut dès lors être suffisante. Il peut cependant aussi prononcer une sanction disciplinaire, qui doit être proportionnée à la gravité du manquement. Dans de nombreux cas, un licenciement est envisageable.

L'employeur est d'un côté (quasiment) contraint de prendre une sanction, mais en même temps, il prend également un risque en la prononçant. En effet, l'auteur sanctionné peut intenter un recours contre sa décision, notamment contre un licenciement. Il appartient dans ce cas à l'employeur de prouver qu'il y avait réellement un harcèlement ; s'il n'y parvient pas, la sanction sera déclarée abusive et, selon les cas, elle sera annulée ou donnera lieu à des dommages-intérêts. Pour cette raison, l'employeur est bien conseillé d'établir un dossier solide, notamment en en s'assurant le concours écrit de la victime (au mieux sous forme d'attestation de témoignage) et en menant une enquête sérieuse. Mais il ne sera pas à l'abri de mauvaises surprises ; a par exemple été condamné pour licenciement abusif l'employeur qui avait prononcé un licenciement contre une personne accusée d'être un harceleur, mais la prétendue victime a par la suite été condamnée pour faux témoignage²⁵. Dans une telle hypothèse, la victime était manifestement fautive, et l'employeur pourrait se retourner contre

elle pour être tenu quitte et indemne. Mais dans d'autres situations, il se peut que l'employeur ne parvienne ni à établir qu'il y a eu harcèlement ni que la victime a dénoncé des faits inexacts. Il supportera donc au final les conséquences.

Les sanctions que l'employeur devra prendre pourront aussi lui être dictées par l'Inspection du travail, suivant une procédure nouvellement introduite par le projet de loi (voy. ci-après).

4.6. Apprendre de ses erreurs

L'article L.246-3(4) posera le principe qu'il faut apprendre de ses erreurs. Il précise qu'en cas de survenance d'un comportement de harcèlement moral envers un salarié, l'employeur doit procéder à une évaluation interne qui porte sur l'efficacité des mesures de prévention ainsi que sur la mise en œuvre éventuelle de nouvelles mesures de prévention à prendre notamment par rapport à l'organisation de l'entreprise, à la révision des procédures appliquées en cas de harcèlement moral ainsi qu'à l'information des salariés.

Ce texte est repris de façon presque textuelle de la Convention de 2009. Il n'apporte donc pas de changements par rapport à la situation actuelle.

4.7. Protection contre les représailles

Le futur article L.246-4 mettra en place une protection contre les représailles, qui est inspirée de celle qui existe d'ores et déjà dans d'autres domaines, notamment en matière de harcèlement sexuel (art.L.245-5) et de discrimination (art.L.241-8), mais aussi en cas de dénonciation de faits de corruption (art.L.271-1) et dans d'autres domaines. Il faut regretter l'accumulation de textes plus ou moins similaires ayant pour objet d'éviter que l'employeur n'abuse de son pouvoir disciplinaire lorsque le salarié exerce des droits légitimes. Un régime commun et cohérent aurait été préférable.

Signalons d'emblée qu'en pratique les affaires portées en justice, basées sur une protection contre les représailles, sont rarissimes. L'employeur malveillant trouvera le moyen d'obnubiler le lien entre la sanction et les faits de harcèlement. Il appartient au salarié de prouver le lien entre la décision patronale et le dossier de harcèlement ; le simple fait qu'un licenciement intervient peu après la dénonciation ne suffit pas pour prouver qu'un tel lien existe²⁶.

25. CSJ, 3^e, 12 mai 2015, 41340, Répertoire VI.4.2.

26. CSJ, 8^e, 18 juin 2015, 41027, Répertoire VI.3.1. : si la proximité du licenciement par rapport à la dénonciation des faits de harcèlement est peut-être de

nature à rendre le licenciement suspect, il n'en est pas pour autant d'office abusif de ce chef, les juridictions du travail, tenues de rechercher le motif réel du licenciement, devant examiner l'ensemble des faits de l'espèce.

Une première question que le projet de loi ne clarifie pas est celle de savoir si la protection joue uniquement si le salarié est effectivement victime d'un harcèlement moral ou si elle joue aussi lorsque, de bonne foi²⁷, il s'estimait victime d'un harcèlement. Dans la première hypothèse, le Tribunal devra à chaque fois vérifier en détail s'il y avait harcèlement ou non pour décider si la sanction-représailles se heurte à l'article L.246-4 ; cela sera particulièrement difficile dans le cadre de la procédure accélérée pour faire annuler un licenciement (voy. ci-après). Dans la seconde hypothèse, il sera difficile de faire une distinction entre la « bonne foi » et le ressenti subjectif du salarié. La pratique montre que, dans de nombreux cas, il n'est pas contestable que le salarié s'estimait effectivement harcelé et souffrait moralement et physiquement sur le lieu de travail ; toutefois, les juges concluent au final qu'il n'y avait pas de harcèlement au sens juridique du terme, mais que le salarié avait une réaction excessive face à des conditions de travail stressantes ou à l'exercice légitime par l'employeur de son pouvoir de direction et de contrôle. Cette seconde solution reviendrait quasiment à protéger tous les salariés qui se disent victimes d'un harcèlement moral.

Le texte précisera que le salarié ne peut faire l'objet de représailles en raison de ses protestations ou refus opposés à un comportement de harcèlement moral de la part de l'employeur, de tout autre supérieur hiérarchique, de collègues de travail ou de personnes extérieures en relation avec l'employeur.

L'interdiction ne vaut donc pas pour des personnes sans lien avec l'entreprise. Néanmoins, dans de telles situations, la jurisprudence s'est montrée clémente par le passé. Ainsi, dans deux affaires dans lesquelles l'employeur avait licencié des salariées parce qu'un ex-compagnon venait les harceler sur leur lieu de travail et perturbait ainsi l'entreprise, le licenciement a été déclaré abusif²⁸.

La protection s'étend aussi aux personnes qui ont témoigné des faits relatifs au harcèlement moral. Ici, à notre sens, la bonne foi devra jouer en tout état de cause. Un témoin devrait être protégé si, de bonne foi, il a dénoncé des faits même si l'enquête ne permet pas au final d'établir le harcèlement moral. En effet, en général, le témoin n'a pas une vue d'ensemble du dossier mais ne peut que

rapporter certains faits. La loi ne précise pas dans quelle situation un tel témoignage peut avoir lieu. À notre avis, toutes les hypothèses sont à englober et le terme de « témoignage » doit être interprété de façon large comme incluant non seulement le témoignage formel (en justice ou devant une autorité), mais également toute dénonciation de faits de harcèlement. Serait ainsi protégée la personne qui relate des faits qu'elle croit légitimement être constitutifs de harcèlement au supérieur hiérarchique, à l'employeur, à la délégation du personnel, à l'Inspection du travail, à la police, etc.

Le 3^e paragraphe du futur article L.246-4 précise que toute « disposition ou tout acte » contraire à cette protection contre les représailles, et notamment tout licenciement est « nul de plein droit ».

Par conséquent, toute mesure disciplinaire que l'employeur déciderait à l'encontre du salarié-victime ou du témoin, et dont il est démontré qu'elle intervient à titre de représailles, est à annuler. Comme nous venons de le voir, l'employeur n'est pas en droit de prendre des mesures à l'égard de la victime ; une telle mesure pourrait donc être d'office considérée comme représailles.

Mais pour faire valoir cette nullité, encore faut-il qu'il existe une procédure judiciaire pour faire valoir cette nullité²⁹. Une telle procédure n'est explicitement prévue que pour le licenciement.

Pour ce dernier, il est prévu que le salarié peut demander, dans les 15 jours qui suivent la notification de la résiliation, de constater la nullité du licenciement et d'ordonner le maintien ou la réintégration du salarié « conformément aux dispositions de l'article L.124-12, paragraphe 4 »³⁰. Les modalités procédurales de cette procédure d'urgence ne méritent pas d'être détaillées dans ces lignes. Signalons cependant qu'un juge statuant d'urgence aura des difficultés pour décider s'il y a effectivement eu harcèlement moral ou non ; doit-il se contenter d'une appréciation sommaire et se baser sur la situation apparente ?

4.8. Fin du contrat et dommages-intérêts

Le projet de loi envisage deux hypothèses dans lesquelles des dommages-intérêts sont dus, à savoir à la suite d'un

27. La bonne foi est par exemple prise en compte en matière de dénonciation de faits de corruption (art. L.271-1, § 1).

28. CSJ, 8^e, 5 décembre 2013, 38564, Répertoire XIII.3.3.1. ; CSJ, 3^e, 30 mars 2017, 43156, Répertoire XIII.3.3.1.

29. CSJ, 3^e, 29 avril 2021, n^oCAL-2020-00347 : « C'est à bon droit que les juges du premier degré ont retenu "qu'il n'existe pas de base légale lui permettant de décider d'une annulation d'une sanction qui de plus n'est pas prévue par le Code du travail, de sorte que cette demande est à rejeter comme non fondée". En effet, le droit du travail luxembourgeois ne connaît pas de droit

disciplinaire structuré et formalisé. Le pouvoir de sanction est l'expression de l'autorité disciplinaire. Le Code du travail ne prévoit pas de mécanisme pour contester un blâme, qui ne peut ainsi pas non plus être annulé, ni donner lieu à une indemnisation quelconque, a fortiori pour un préjudice moral non établi. » En matière de modification unilatérale des conditions de travail à titre de représailles, la nullité pourrait probablement également être demandée en justice.

30. Cette disposition renvoie à son tour à l'article L.124-11 qui pourtant prévoit un délai de recours de 3 mois.

licenciement ou à la suite d'une démission. Il n'envisage pas la simple action en dommages-intérêts indépendante de la résiliation du contrat de travail.

4.8.1. Licenciement

Le premier cas envisagé est celui dans lequel l'employeur a prononcé un licenciement à l'égard du salarié. Il est prévu qu'en cas d'action judiciaire en licenciement abusif, lorsque la juridiction constate qu'il y a usage abusif du droit de résilier le contrat de travail, « elle condamne l'employeur à verser au salarié des dommages et intérêts non seulement compte tenu du dommage subi par lui du fait de son licenciement mais également, le cas échéant, de celui subi du fait du harcèlement dont il a été victime à l'occasion des relations de travail ». Ce texte est aussi inutile que problématique :

- Il est inutile parce que le Tribunal est de toute manière compétent pour connaître d'une telle demande de dommages-intérêts et que ces demandes peuvent se cumuler³¹.
- Il est problématique :
 - Tout d'abord parce qu'il donne l'impression que le Tribunal devait d'office condamner l'employeur à payer ces dommages-intérêts s'il est saisi d'une action en licenciement abusif dans le contexte d'un harcèlement³².
 - Il donne ensuite l'impression qu'une action en dommages-intérêts pour les faits de harcèlement devrait être liée à un licenciement abusif. Le texte relatif à la démission avec effet immédiat (voy. ci-après) ne reprend pas la même précision. En outre, les dommages-intérêts pour harcèlement peuvent être fondés même si le licenciement est justifié.
 - Il risque encore d'exclure qu'un harcèlement moral puisse être qualifié de maladie professionnelle et reconnu comme tel par l'AAA. En effet, la prise en charge par l'AAA d'un problème de santé lié au travail exclut – sauf exceptions – la responsabilité de droit commun (art.135 CSS).

4.8.2. Démission

Le deuxième cas est celui dans lequel le salarié donne sa démission en raison des faits de harcèlement. Il peut décider de démissionner avec préavis pour quitter l'entreprise et prendre un nouveau départ. L'employeur ne peut

pas remettre en question une telle démission. Celui qui démissionne avec préavis ne peut cependant pas non plus demander de dommages-intérêts en raison de la perte de son emploi ; il peut cependant réclamer indemnisation en raison du harcèlement dont il a été victime pendant la relation de travail.

Le projet n'envisage que l'hypothèse d'une démission avec effet immédiat. Selon le futur article L.246-6, « le salarié victime de harcèlement moral peut refuser de poursuivre l'exécution du contrat de travail et résilier le contrat sans préavis pour motif grave avec dommages et intérêts à charge de l'employeur dont la faute a occasionné la résiliation immédiate conformément à l'article L.124-10 ». Puisque le texte exige, logiquement, une faute patronale, il faut interpréter ce texte que la démission avec effet immédiat n'est pas ouverte au salarié du simple fait qu'il a été victime d'un harcèlement, mais il faut encore que soit l'employeur soit l'auteur du harcèlement, soit qu'il en ait été informé et n'ait pas satisfait à ses obligations d'intervention pour y mettre un terme. Interprété ainsi, ce texte n'apporte rien de nouveau par rapport à ce qu'une jurisprudence constante a décidé jusqu'ici, et ce qui découle par ailleurs du droit commun de la démission. Si, contrairement au licenciement, le texte ne prévoit pas la possibilité de demander en outre des dommages-intérêts pour le préjudice subi du fait du harcèlement, cette possibilité est cependant en tout état de cause donnée.

L'employeur est en droit de réclamer une indemnité compensatoire de préavis, soit – en fonction de l'ancienneté du salarié – un forfait d'un, deux ou trois mois de salaire, si la démission s'avère injustifiée, donc si le salarié ne parvient pas à établir le harcèlement moral.

Rappelons aussi que pour que la démission soit valable, il faut que le salarié démontre un fait de harcèlement qui remonte à moins d'un mois.

Le salarié qui démissionne avec effet immédiat a pris l'initiative de quitter son emploi et n'est donc à la base pas un chômeur involontaire et ne peut prétendre aux indemnités de chômage. Il se peut cependant que la démission soit effectivement justifiée et donc imputable à une faute patronale ayant contraint le salarié d'abandonner son emploi. Pour cette raison, l'article L.521-4(2) ouvre la possibilité de demander au juge l'admission provisoire et temporaire aux indemnités de chômage. En résumé, si le tribunal décide que la démission était justifiée, l'employeur devra rembourser les indemnités de chômage

31. Commentaire des articles, p.9 : « Il ressort donc clairement de cette disposition que ces deux catégories de dommages et intérêts sont, le cas échéant, cumulables. »

32. Or, un principe fondamental de la procédure civile veut que le Tribunal du travail ne peut statuer que sur les demandes dont il est explicitement saisi.

à l'État ; dans le cas contraire, le salarié devra les rembourser puisqu'il a démissionné à tort. Au vu du fait qu'en pratique le salarié ne parvient pas, dans une majorité de cas, à prouver le harcèlement moral, il faut user de cette possibilité avec parcimonie, puisqu'elle risque d'aggraver la situation financière du salarié.

Cette possibilité est actuellement ouverte en cas de « démission motivée par un acte de harcèlement sexuel ou par des motifs graves procédant du fait ou de la faute de l'employeur ». Cette formulation malencontreuse s'explique pour des raisons historiques³³, et n'est à notre sens pas à interpréter en ce sens que la démission pour harcèlement serait justifiée même en l'absence de faute de l'employeur. La référence au harcèlement sexuel est dès lors superflue. Le projet de loi qui la complète en incluant le harcèlement moral est donc tout aussi superflu et ne fait qu'enfoncer des portes ouvertes.

Rappelons que ces règles relatives aux indemnités de chômage ne concernent que les résidents luxembourgeois, les frontaliers étant régis en ce qui concerne les prestations de chômage par le droit de leur pays.

4.8.3. Dommages-intérêts réclamés seuls

La troisième situation n'est pas explicitement prévue par le projet de loi, à savoir celle d'une demande de dommages-intérêts pour harcèlement en dehors de tout contexte de démission ou de licenciement. Si dans l'exposé des motifs les auteurs se sont plaints du fait que les victimes « sont actuellement obligé(e)s de baser leur action en dommages et intérêts sur l'article 1134 du Code civil », ils n'offrent pas de nouvelle base légale concrète pour les dommages-intérêts³⁴.

Les nouveaux textes relatifs aux dommages-intérêts et à la résiliation ne sont finalement qu'un coup d'épée dans l'eau.

5. LE VOLET ADMINISTRATIF DU PROJET DE LOI : LA PROCÉDURE DEVANT L'INSPECTION DU TRAVAIL

La partie la plus innovante du projet de loi consiste dans la mise en place d'une procédure devant l'Inspection du travail et des Mines (ITM) par l'article L.246-3(6).

5.1. Initiation de la procédure

Cette procédure pourra être déclenchée dans deux cas, à savoir :

- lorsque le harcèlement subsiste malgré la mise en œuvre de mesures,
- lorsque l'employeur s'abstient de prendre les mesures adéquates.

En fait, le premier cas est nécessairement inclus dans le second, puisque si le harcèlement subsiste, c'est que l'employeur n'a pas pris de mesures adéquates.

La demande peut être présentée par le salarié concerné ou par la délégation du personnel, après accord du salarié concerné. S'il peut être compréhensible que la délégation puisse saisir l'Inspection pour éviter que le salarié ne s'expose à des représailles, toujours est-il que cette protection paraît hypothétique puisque l'employeur saura que le salarié a donné son accord.

Il semble que la saisine de l'ITM est purement facultative et qu'il ne s'agit pas d'un préalable imposé avant que le salarié ne puisse agir au civil ou au pénal.

5.2. L'enquête menée par l'Inspection

L'ITM procède à une enquête lors de laquelle elle entend le salarié plaignant et éventuellement d'autres salariés, ainsi que l'employeur et son représentant. Il n'est pas prévu que la personne accusée soit entendue³⁵. Sous le regard du principe du contradictoire, l'absence d'audition obligatoire de l'accusé peut surprendre dans la mesure où l'Inspection pourra ensuite enjoindre à l'employeur de prendre des mesures qui le préjudicieront.

Pour la suite de la procédure, le projet de loi prévoit deux étapes :

- Suite à l'instruction du dossier et aux auditions, l'Inspection dresse un rapport contenant, le cas échéant (donc si elle conclut à l'existence d'un harcèlement), des recommandations et propositions de mesures pour faire cesser les actes de harcèlement.
- Au plus tard 45 jours après réception du dossier, le directeur de l'ITM ou son représentant transmet le rap-

33. Cette possibilité n'était initialement prévue qu'en matière de harcèlement sexuel. La Cour constitutionnelle (arrêt n°00140 du 7 décembre 2018) a censuré cette restriction au regard du principe d'égalité devant la loi : « que le salarié dont la démission est motivée par un acte de harcèlement sexuel et le salarié dont la démission est motivée par une autre faute grave de l'employeur et dont les démissions sont par la suite jugées justifiées par la juridiction du travail se trouvent dans des situations comparables en ce que, dans les deux hypothèses, la rupture de la relation de travail est imputable

à l'employeur ». On aurait pu se limiter par la suite à ne mentionner que la démission pour faute, mais pour des raisons politiques, la référence au harcèlement sexuel a été maintenue.

34. Sauf, tel que précisé avant, dans le cas de dommages-intérêts réclamés dans le cadre d'une action en licenciement abusif.

35. S'il s'agit d'un salarié, la personne accusée peut être entendue en tant qu'« autre salarié », mais l'audition n'est pas obligatoire.

port complet à l'employeur concerné et lui enjoint de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser immédiatement³⁶ les actes de harcèlement dans un délai fixé en fonction des éléments du rapport.

Aucune sanction concrète n'est prévue pour le cas où l'ITM ne respecterait pas le délai de 45 jours. Sur le plan administratif, il a été décidé par le passé que le délai de 15 jours imposé au directeur de l'ITM pour trancher les litiges en matière d'élections sociales n'est assorti d'aucune sanction³⁷ ; en particulier, la décision administrative n'est pas nulle. Cette jurisprudence pourrait être transposée au délai de 45 jours. En outre, le silence au bout de 45 jours n'équivaut pas à une décision de rejet ouvrant un recours devant le tribunal administratif. Par contre, dans une interprétation large du projet de loi, l'inspecteur du travail en charge du dossier et qui ne respecte pas ce délai, encourt une sanction pénale (voy. ci-après).

En somme, c'est l'Inspection du travail dans son ensemble qui doit être saisie et qui instruit le dossier. C'est cependant ensuite son directeur qui prend la décision.

En tout état de cause, l'inspecteur du travail ou le directeur de l'ITM qui arrive à la conclusion qu'il y a eu harcèlement, respectivement que l'employeur n'a pas pris les mesures obligatoires, est obligé d'en informer le Parquet, puisqu'il s'agit désormais d'un délit³⁸.

Il semble donc que l'ITM doit dresser avant les 45 jours un rapport concernant des recommandations et des propositions (par nature non obligatoires). Ensuite, le directeur de l'ITM prend une décision dans laquelle soit il décide de ne rien enjoindre à l'employeur, soit lui enjoint de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser les actes de harcèlement.

Il restera à savoir comment, en pratique, l'ITM gèrera ce type de dossiers. D'expérience, les enquêtes dans ce domaine sont très longues et fastidieuses. La plainte et la prise de position de la personne accusée peuvent prendre des dizaines de pages et être accompagnées de nombreuses pièces. L'élucidation des faits peut requérir l'audition de nombreux témoins. Il est également prévisible qu'un grand nombre de plaignants et d'accusés se feront assister dès ce stade par des avocats qui ne manqueront pas de défendre avec ardeur les intérêts de leur client. Le rapport devra tenir compte de l'ensemble des éléments

de l'enquête et peut dès lors à son tour être un document volumineux.

Il reste aussi à voir si la saisine de l'ITM par le salarié (ou les délégués) constitue une demande de décision administrative rendant applicables les règles de la procédure administrative non contentieuse (PANC). En tout cas, il y aura toujours trois administrés intéressés par l'issue de la procédure, à savoir le plaignant, l'accusé et l'employeur.

L'avenir dira si cette nouvelle procédure restera lettre morte et ne sera que sporadiquement utilisée ou si l'Inspection du travail sera submergée de demandes. Les auteurs du projet de loi sont partis du postulat que 20 % des salariés s'estiment victimes de harcèlement. Si seulement 1 % de ces salariés saisissent l'ITM, il s'agirait de près de 1.000 dossiers à traiter.

5.3. Obligation de suivre les injonctions

En cas de non-respect de l'injonction dûment notifiée en-dehors le délai imparti, le directeur de l'Inspection du travail et des mines est en droit d'infliger à l'employeur une amende administrative. Le texte renvoie à ce titre à l'article L.614-13 ; il n'est cependant pas clairement indiqué quelle catégorie d'amende peut être prononcée³⁹.

Selon l'article L.614-13, une opposition écrite et motivée peut être introduite devant le directeur pour que celui-ci prenne une nouvelle décision contradictoire⁴⁰.

Il restera à attendre quelle forme ces injonctions prendront. Nous envisageons deux possibilités.

- Le directeur pourrait enjoindre des mesures très concrètes (« enjoint à l'employeur de licencier X ; enjoint à l'employeur de muter Y vers l'agence de Luxembourg »). Dans ce cas, des conflits sont préprogrammés lorsque le salarié affecté conteste la décision devant le Tribunal du travail (voy. ci-après).
- Le directeur pourrait prononcer une injonction très générale (« enjoint à l'employeur de faire cesser les actes de harcèlement dans les quinze jours »). Or, ce faisant, il entérine probablement les recommandations et propositions dans le rapport de l'ITM, qui deviendraient ainsi quasiment contraignantes. À défaut, il serait difficile de fonder une amende administrative contre l'employeur⁴¹.

36. La formulation « immédiatement... dans un délai fixé » paraît donner peu de sens.

37. Il s'agit d'un délai d'ordre et non un délai de rigueur. Cour adm., 1er juillet 2010, n° 26747 du rôle ; Cour adm., 28 octobre 2010, n° 26877C du rôle ; pour la jurisprudence antérieure voy. p. ex. Trib. adm., 26 avril 2006, n° 20769 du rôle ; Trib. adm., 24 mars 2010, n° 25268 du rôle.

38. Art. 23, § 2, du Code de procédure pénale.

39. L'article L.614-13 distingue entre trois types de non-respect des injonctions, dont aucun ne vise cependant les nouvelles injonctions en matière de harcèlement moral.

40. Dans de nombreux cas, l'employeur aura cependant déjà été entendu dans le cadre de la procédure amenant à la rédaction du rapport.

41. Il nous semble difficile de prononcer une amende si l'employeur ne respecte pas une injonction de « faire cesser le harcèlement » s'il ne lui a pas été indiqué concrètement ce qu'il doit faire.

Aucune des deux solutions n'est vraiment bonne. La première solution a l'avantage pour l'employeur qu'il se décharge de toute responsabilité sur l'ITM : il n'a qu'à faire ce qu'on lui a enjoint de faire. Mais l'Inspection peut-elle vraiment se glisser dans le rôle d'un entrepreneur et décider ainsi de sanctions, mutations et réorganisations internes ? La seconde solution risque de ne pas réellement apporter de plus-value.

6. LE VOLET PÉNAL DU PROJET DE LOI

Une autre réelle innovation du projet de loi consiste à pénaliser un grand nombre de faits, dont le harcèlement moral en soi. Le futur article L.246-7 envisage en effet de punir d'une amende les personnes qui ne respectent pas les obligations inscrites à l'article L.246-3 et à l'article L.246-4, paragraphes 1^{er} et 2. La liste des faits punissables est longue et inclut notamment :

- 1) Le fait pour l'employeur, un salarié, un client ou un fournisseur de commettre⁴² un harcèlement moral à l'occasion des relations de travail (L.246-3(1)). Le harcèlement moral en soi est ainsi érigé en infraction pénale. L'élément moral exigé n'est pas clair. Nous avons vu que, dans certains cas, le harcèlement moral peut être qualifié de « harcèlement obsessionnel » au sens de l'article 442-2 du Code pénal, dont les peines plus sévères l'emporteront. Mais désormais, tout comportement qui tombe sous la définition légale du harcèlement moral constituera un délit.
- 2) L'employeur qui ne veille pas à ce qu'un harcèlement moral à l'encontre de ses salariés, et dont il a connaissance, cesse immédiatement (L.246-3(2), al.1^{er}, et (5)). Puisque le texte présuppose une connaissance, le dol général est requis.
- 3) L'employeur qui cherche à mettre fin au harcèlement en prenant une mesure au détriment de la victime (L.246-3(2), al.2).
- 4) L'employeur qui omet de déterminer les mesures à prendre pour protéger les salariés contre le harcèlement moral au travail, respectivement qui prend des mesures incomplètes au regard de la liste des mesures minimales à mettre en place (L.246-3(3)).
- 5) L'employeur qui omet d'informer et de consulter la délégation du personnel (respectivement tout le personnel) lors de la détermination de ces mesures (L.246-3(3)). Cette infraction sera en concours idéal avec le délit d'entrave commis envers la délégation.

Les peines plus sévères de l'article L.417-5 l'emporteront dès lors.

- 6) L'employeur qui, en cas de survenance d'un harcèlement moral, ne procède pas à une (ré)évaluation des mesures de prévention (L.246-3(4), al.1^{er}).
- 7) L'employeur qui omet d'informer et de consulter la délégation du personnel (respectivement tout le personnel) lors de cette réévaluation (L.246-3(4), al.2) ; ici encore le délit d'entrave l'emportera.
- 8) Le délégué du personnel qui saisit l'Inspection du travail sans avoir obtenu l'accord du salarié (L.246-3(6), al.1^{er}).
- 9) Dans une interprétation textuelle, l'amende est aussi encourue par l'Inspecteur du travail qui n'entend pas le salarié ou qui ne dresse pas de rapport, ainsi que par le directeur de l'ITM qui ne prend pas de décision dans les 45 jours.
- 10) L'employeur, le supérieur hiérarchique, le collègue de travail ou toute personne extérieure qui commet des représailles à l'égard du salarié-victime en raison de ses protestations ou de son refus opposé à un comportement de harcèlement moral (L.246-4(1)) ou pour avoir témoigné des faits relatifs au harcèlement moral (L.246-4(2)). À notre sens, le fait pour l'employeur de licencier le salarié est également couvert par la sanction pénale⁴³.

De manière générale, le droit pénal n'est pas fortement sollicité dans les relations de travail ; le Parquet poursuit rarement d'office sauf dans les cas les plus flagrants de violations du Code du travail, et les parties préfèrent en général la voie civile à la voie pénale. Il est dès lors possible que ce texte soit rarement sollicité.

Malgré tout, la pénalisation de la matière du harcèlement moral constitue un véritable changement de paradigme, puisqu'elle permet de porter ces dossiers sur un autre niveau. Le salarié qui s'estime victime d'un harcèlement et/ou d'une inaction de la part de son employeur pourra désormais s'adresser aux autorités de poursuite. Il peut porter plainte auprès de la police ou du parquet, qui resteront libres d'ouvrir un dossier ou non ; il peut cependant également se constituer partie civile entre les mains du juge d'instruction, qui sera obligé d'ouvrir une instruction judiciaire. L'ouverture d'une procédure pénale changera la manière dont les preuves peuvent être rassemblées. Le juge d'instruction pourra recourir à des moyens de

42. Plus précisément, « qui ne s'abstiennent pas de ne pas harceler »

43. L'article 246-7 ne renvoie pas au paragraphe (3) de l'article L.246-4, qui parle plus spécifiquement du licenciement, mais un licenciement est aussi une forme de représailles.

contrainte (p.ex. saisie de documents auprès de l'employeur). Les témoins seront certainement plus impressionnés lorsqu'ils sont entendus auprès de la police ou dans un cabinet d'instruction que lorsque la victime leur demande de rédiger une attestation de témoignage.

Au niveau des peines encourues, celles-ci ne sont cependant pas particulièrement fortes ni dissuasives :

	Personne physique	Personne morale
Première infraction	251 à 2.500 €	500 à 5.000 €
Récidive dans les 2 ans	251 à 5.000 €	500 à 10.000 €

À titre de comparaison, le fait pour un employeur de refuser sans justes motifs une demande de congé du salarié est puni d'un emprisonnement jusqu'à un an (L.233-20). Le harcèlement par appels téléphoniques ou messages est puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et/ou d'une amende de 251 à 5.000 euros⁴⁴. Le harcèlement obsessionnel au sens du Code pénal fait encourir une peine d'emprisonnement de 15 jours à 2 ans et/ou une amende de 251 à 3.000 euros. On se demande parfois sur la base de quels critères les auteurs de projets de loi fixent la peine encourue, alors qu'il est difficile d'y voir une quelconque cohérence. Le commentaire des articles, comme il fallait s'y attendre, reste muet sur le sujet.

7. LE VOLET DE DROIT DU TRAVAIL COLLECTIF : IMPLICATION DE LA DÉLÉGATION DU PERSONNEL

Les compétences en matière de harcèlement moral reviennent essentiellement à la délégation du personnel dans son ensemble. Le délégué à la sécurité et à la santé n'est pas compétent dans la mesure où on admet que le harcèlement ne relève pas de ce domaine. Si le délégué à l'égalité joue un rôle central en matière de harcèlement sexuel, le harcèlement moral ne relève de sa compétence que lorsqu'il s'agit d'un harcèlement discriminatoire fondé sur le sexe, l'état familial ou l'état matrimonial.

7.1. Les compétences prévues par la Convention de 2009

L'employeur doit mettre en place diverses mesures, et ce, à chaque fois « en consultant les représentants du personnel ». Il s'agit notamment des points suivants :

- l'obligation pour l'employeur de signaler qu'il ne tolère aucune forme de harcèlement au sein de l'entreprise ; logiquement, la consultation qui devra avoir lieu à ce titre ne pourra porter sur le principe, qui est acquis, mais devra porter sur les modalités de cette signalisation ;
- la sensibilisation des travailleurs et des dirigeants ;
- la mise en place d'une politique de prévention ;
- l'élaboration et la mise en place d'une procédure de gestion des problèmes de harcèlement ;
- la détermination claire et transparente des sanctions que l'employeur pourra prendre en cas de harcèlement.

Chaque partie à une enquête (donc le salarié accusé d'être harceleur ainsi que celui qui se clame victime) a le droit de se faire assister par un délégué du personnel lors de l'entrevue avec l'employeur.

7.2. Les compétences introduites par le projet de loi

Selon le projet de loi, la délégation du personnel doit être

- informée et consultée pour la mise en place des mesures de protection (futur art. L.246-3(3)) ;
- consultée⁴⁵ en cas d'évaluation et de réévaluation des procédures internes à la suite d'un cas de harcèlement qui s'est présenté (futur art. L.246-3(4)).

Dans les entreprises dans lesquelles il n'existe pas de délégation du personnel, donc essentiellement celles qui occupent moins de quinze salariés, cette information et consultation est censée se faire avec l'« ensemble du personnel ». Nous doutons que, dans ces petites entreprises, une telle consultation de tous les salariés aura effectivement lieu sur le terrain⁴⁶.

Par ailleurs, selon le futur article L.246-5(1), la délégation du personnel est chargée de veiller à la protection du personnel contre le harcèlement moral à l'occasion des relations de travail. La loi ne définit pas ce qu'il faut entendre par « veiller »⁴⁷. Bien que les auteurs du projet estiment que la délégation joue dans ce cadre un « rôle important »⁴⁸, le projet de loi ne lui donne pas de moyens spécifiques à cet égard, sauf à proposer à l'employeur toute action de prévention qu'elle juge nécessaire. Ce droit de proposition n'apporte rien de nouveau, puisque la délégation

44. Art. 2 et 6 de la loi du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée.

45. Le texte ne le précise pas, mais il semble évident qu'avant d'être consultée, elle doit également être informée.

46. Cette idée de la consultation de l'ensemble du personnel à défaut de délégués du personnel est très présente en matière de sécurité et de santé au travail (voy. notamment L.312-7 et suivants C.trav.), et trouve son origine dans les directives européennes afférentes.

47. Le terme de « veiller » se retrouve aussi en matière de harcèlement sexuel, le délégué à l'égalité étant censé veiller à la protection du personnel salarié (L.245-6, § 1). Ce dernier doit aussi « veiller » à la formation à l'égalité des apprentis dans l'entreprise (L.414-15, § 2, pt.8). La délégation du personnel doit de son côté « surveiller » l'application du règlement interne (L.414-3, § 1, pt.2) et les comptes épargne-temps (L.414-3, § 1, pt.15).

48. Commentaire des articles, p.9.

tion peut de toute manière faire des propositions dans tout domaine intéressant les conditions de travail et que, par ailleurs, comme nous venons de le voir, elle est informée et consultée pour les mesures de protection, incluant les actions de prévention.

Il est précisé ensuite que la délégation du personnel est habilitée à assister et à conseiller le salarié qui fait l'objet d'un harcèlement moral. Un délégué peut en particulier assister et accompagner le salarié-victime dans les entrevues avec l'employeur qui ont lieu dans le cadre de l'enquête. Dans les petites entreprises n'ayant pas de délégation du personnel, la victime peut se faire accompagner par une personne de son choix choisie parmi les membres du personnel.

Ce texte n'est pas non plus porteur d'une quelconque innovation, puisque ces missions font partie des attributions générales de la délégation. En outre, le principe que les délégués du personnel peuvent assister la victime est également garanti par la Convention de 2009.

La délégation est tenue de respecter la confidentialité des faits dont elle a connaissance dans ce cadre, sauf à en être dispensée par le salarié concerné.

7.3. Les compétences pouvant découler des textes existants

Pour cerner la portée réelle des compétences de la délégation, il ne faut pas se limiter aux seuls textes prémentionnés.

7.3.1. Compétences consultatives

Tout d'abord, la délégation du personnel a une compétence très générale pour sauvegarder et défendre les intérêts du personnel salarié de l'entreprise en matière de conditions de travail (L.414-2(1)). Elle est également compétente pour prévenir et régler les litiges individuels et présenter à l'employeur toute réclamation individuelle (L.414-2(2)). Ces notions sont suffisamment larges pour inclure le harcèlement.

Depuis la Réforme du dialogue social dans les entreprises (2016), la délégation du personnel est appelée à « participer à la mise en œuvre de la politique de prévention du harcèlement et de la violence au travail » (art. L.414-3(1), pt.8).

7.3.2. Compétences de co-décision

Dans les entreprises de 150 salariés ou plus, le harcèlement moral pourrait également tomber sous la compétence de co-décision de la délégation du personnel au regard de l'article L.414-9. On pourrait tout d'abord considérer qu'il s'agit de « mesures concernant la santé des salariés », mais comme nous l'avons relevé plus haut, le rattachement du harcèlement à la santé au travail est discutable.

Une compétence de co-décision existe cependant également pour l'établissement ou la modification du règlement intérieur. La jurisprudence interprète cette notion de façon large ; le règlement intérieur, qui tombe sous la compétence de co-décision sert à « déterminer le comportement des partenaires sociaux dans l'exécution de leurs obligations respectives, découlant du contrat d'emploi »⁴⁹. « La qualification de règlement intérieur présuppose la mise en place d'obligations positives à charge des partenaires sociaux dans l'exécution de leurs obligations découlant du contrat d'emploi »⁵⁰. Or l'interdiction du harcèlement et le comportement à adopter dans une telle situation relèvent du « comportement » des salariés au sein de l'entreprise. De même, tout ce qui concerne la discipline relève du règlement intérieur. La procédure d'enquête pour instruire les accusations de harcèlement, ainsi que les sanctions à prendre contre les auteurs identifiés doivent dès lors être fixées d'un commun accord entre employeur et salarié. À défaut d'accord avec la délégation, le salarié sanctionné disposerait d'un angle d'attaque prometteur pour contester la validité des mesures prises à son encontre.

8. LE VOLET PROCÉDURAL

8.1. Juridiction compétente

La juridiction compétente pour connaître des litiges de harcèlement en matière de droit du travail est en principe la **juridiction du travail**. Celle-ci pourra être saisie de divers types de litiges :

- des dommages-intérêts pour cause de harcèlement,
- des dommages-intérêts sollicités par un salarié qui a démissionné avec effet immédiat en raison du harcèlement,

49. CE, 18 décembre 1991, n°8376, LJUS n°99115274 ; Trib. adm., 22 octobre 1997, n°9665 ; Trib. adm., 9 mai 2012, n°27927 confirmé sur ce point par Cour. adm., 22 janvier 2013, n°30698C et 30711C.

50. Trib. adm., 9 mai 2012, n°27927.

- des recours de la personne sanctionnée contre les mesures disciplinaires prises à son encontre, notamment un licenciement.

La pratique montre cependant que c'est avant tout de manière incidente que les problèmes de harcèlement sont soulevés. Sont particulièrement fréquents les cas dans lesquels un salarié se fait licencier soit pour insuffisance professionnelle, soit pour absentéisme chronique, et qu'il cherche à se disculper en affirmant avoir été victime d'un harcèlement. Ce type d'argument n'est quasiment jamais accueilli favorablement. En outre, tout le dispositif du projet de loi devient moutarde après dîner, puisque le harcèlement n'est dénoncé qu'une fois que la relation de travail a pris fin.

Rappelons que ce ne sont pas les juridictions du travail, mais les **juridictions civiles** ordinaires qui seraient compétentes lorsque le salarié voudrait agir en dommages-intérêts directement contre un collègue de travail, un client ou un fournisseur qui l'a harcelé.

Le projet de loi, en instaurant une procédure devant l'Inspection du travail, fait cependant probablement en sorte que, dans certaines hypothèses, les **juridictions administratives** seront compétentes. Si on peut discuter si le rapport dressé par l'ITM est un acte administratif susceptible de recours, tel est cependant certainement le cas de la décision enjoignant à l'employeur de prendre des mesures et, probablement aussi, de la décision négative de ne pas enjoindre de telles mesures. Selon les cas, salarié ou employeur pourraient remettre en cause cette décision du directeur de l'ITM devant le tribunal administratif. En l'absence de précision en ce sens, aucun recours en réformation n'est ouvert. Dans le cadre d'un recours en annulation, les tribunaux administratifs ne seront dans la majorité des cas pas contraints d'instruire à nouveau en détail les faits de harcèlement, instruction pour laquelle ils sont moins bien outillés qu'une juridiction du travail.

Le recours devant le tribunal administratif pourra aussi se diriger le cas échéant contre l'amende infligée par le directeur de l'ITM à un employeur ne respectant pas les injonctions.

Cette dualité des compétences administratives et civiles est susceptible de générer des conflits. On peut imaginer par exemple le cas dans lequel le rapport de l'ITM conclut à un grave cas de harcèlement et enjoint à l'employeur de licencier le salarié qui en est l'auteur. Ce dernier attaquera son licenciement devant le Tribunal du travail. Mais l'employeur, s'exposant à des amendes administratives, avait-il réellement le choix de licencier ou de ne pas licencier ? Un tel licenciement pourrait-il malgré tout être déclaré abusif ? L'employeur condamné à payer des

dommages-intérêts peut-il prendre recours contre l'administration ?

Enfin, en raison du volet pénal introduit par le texte, les **juridictions pénales**, plus précisément les chambres correctionnelles du Tribunal d'arrondissement risquent également d'être sollicitées dans les affaires de harcèlement moral. La primauté du pénal sur le civil aura notamment pour conséquences que les autres juridictions devront surseoir à statuer dans l'attente de la décision pénale qui, en résumé, s'imposera au juge civil.

8.2. Les droits de la défense

Si on ne peut contester la nécessité de protéger les victimes de harcèlement moral, il ne faut cependant pas non plus oublier la position des personnes accusées, éventuellement à tort. Une procédure juste et respectueuse des droits de la défense doit également tenir compte de la position de cette personne. Le projet de loi n'en tient compte que de manière très vague en exigeant une procédure d'investigation « impartiale ». Pour le surplus, le point de vue de l'accusé ne semble pas avoir préoccupé les auteurs. Ainsi par exemple, le droit de se faire assister par la délégation du personnel n'est prévu que pour la victime présumée et non pour la personne accusée. L'Inspection du travail doit obligatoirement entendre la victime plaignante, mais non le responsable désigné.

La Convention de 2009 est nettement plus équilibrée à cet égard. Elle prévoit notamment l'obligation d'entendre la personne accusée et son droit de se faire assister par un délégué du personnel. La procédure interne doit rappeler que les fausses accusations ne seront pas tolérées et pourront entraîner une action disciplinaire, voire des sanctions qui pourront aller jusqu'au licenciement. De même, l'auteur du harcèlement doit avoir été informé par avance de façon claire et transparente des sanctions qu'il est susceptible d'encourir.

8.3. La charge de la preuve

La grande majorité des dossiers de harcèlement introduits par les salariés se soldent par un échec parce que le salarié se heurte à la charge de la preuve. Cette situation s'explique par plusieurs obstacles :

- Tout d'abord, le salarié n'a pas accès à toutes les preuves internes à l'entreprise, surtout lorsqu'il l'aura quittée.
- Le harcèlement se définissant par une répétition d'actes, c'est nécessairement une pluralité d'actes qu'il doit établir.
- La composante subjective (atteinte à la dignité, impact psychologique) est difficile à établir. Des certificats dres-

sés par des médecins sont souvent écartés par les tribunaux au motif que le médecin ne peut que relater les dires de son patient. Dans quelques cas, des certificats détaillés de psychologues ont été admis en tant que preuve.

- Les faits se déroulent souvent de façon orale ou implicite, en dehors de la présence de témoins. Même s'il y a des collègues qui ont observé les faits, ils peuvent par la suite se montrer hésitants lorsqu'il s'agit de témoigner en justice.

En raison de ces difficultés de preuves auxquelles les victimes sont confrontées, le législateur⁵¹ a mis en place un allègement de la charge de la preuve en matière de discrimination et de harcèlement sexuel. L'article L.244-3 prévoit ainsi que dès que la victime s'estime lésée et établir des faits faisant présumer l'existence d'une discrimination (dont un harcèlement sexuel), il incombe à la partie défenderesse de prouver que tel n'est pas le cas.

Le projet de loi n'a pas repris cette solution pour le harcèlement moral. À en croire les récentes déclarations du Ministre du travail, il s'agit d'un choix politique volontaire. Mais le projet de loi n'a ainsi pas mis fin au principal problème auquel se heurteront aujourd'hui comme demain les victimes de harcèlement pour se défendre et faire valoir leur droit.

S'il n'intervient pas sur le plan de la procédure civile pour assister la victime qui porte le fardeau de la preuve, le projet de loi lui vient cependant en aide de deux autres façons, à savoir :

- sur le plan administratif, en ouvrant la possibilité de saisir l'ITM pour faire mener une enquête ;
- sur le plan pénal, en ouvrant la possibilité de déposer plainte pour harcèlement moral, les autorités pénales devant dans ce cas instruire le dossier. ■

51. Sous la contrainte du droit européen.