

Prévention et sanction du harcèlement sexuel – Les difficultés liées à la mise en œuvre de mesures au sein des entreprises



KARINE LEMPEN, dr en droit,
Université de Genève,
Bureau fédéral de l'égalité,
Berne

Plan:

- A. Introduction
- B. La motivation des responsables d'entreprise
- C. Les mesures de prévention
 - I. Les séances de sensibilisation
 - 1. De la "tolérance zéro" à la "sensibilité culturelle"
 - 2. Sensibilisation au harcèlement sexuel en tant que discrimination fondée sur le sexe
 - II. Les groupes de confiance internes
 - 1. Des personnes de confiance dérangeantes...
 - 2. ...ou comment le groupe anti-harcèlement devient mobbé
- D. Les procédures de sanction
 - I. Les personnes chargées de mener l'enquête
 - II. Le droit des parties de consulter le dossier
 - III. La décision de licencier la personne mise en cause avec effet immédiat
- E. Conclusion

A. Introduction

A en croire les sondages effectués dans le cadre de l'évaluation de la loi sur l'égalité, deux tiers des entreprises de Suisse n'auraient pris aucune mesure de prévention du harcèlement sexuel¹. Mais que se passe-t-il du côté de celles qui ont prévu une sensibilisation au harcèlement sexuel, qui ont désigné une ou des personnes de confiance et/ou qui ont institué une procédure de plainte interne? L'adoption de ces mesures contribue-t-elle toujours à réduire le nombre de cas de harcèlement sexuel et à promouvoir une plus grande égalité des chances entre femmes et hommes? Quels sont les problèmes concrets qui risquent de se poser lorsque de telles mesures sont mises en œuvre? Le présent article met en évidence un certain nombre de difficultés rencontrées lors de la mise en place de mesures de prévention et de sanction au sein d'entreprises de tailles diverses, situées dans les can-

tons de Vaud, Genève et Neuchâtel. Une anticipation de ces difficultés pourrait en effet permettre d'améliorer l'efficacité des dispositifs instaurés.

Une partie des observations qui viennent illustrer cet article ont été réalisées dans le cadre d'un mandat du Bureau fédéral de l'égalité qui s'inscrivait dans le programme d'impulsion "Application de la loi sur l'égalité dans le domaine du harcèlement sexuel"². Une première étape du projet consistait à entrer en contact avec diverses petites ou moyennes entreprises, afin de comprendre quelles mesures pourraient être appropriées pour prévenir le harcèlement sexuel au sein des PME. Dans un second temps, il s'agissait de tester l'efficacité d'une partie de ces mesures dans deux des entreprises contactées. Les deux entreprises pilotes choisies employaient respectivement quarante et cent-vingt personnes³. Mon activité de juriste au DEUXIÈME OBSERVATOIRE⁴ m'a également permis de participer à la mise en place de divers dispositifs de prévention et de sanction du harcèlement sexuel⁵.

B. La motivation des responsables d'entreprise

Selon une étude réalisée dans le cadre de l'évaluation de la loi sur l'égalité, les entreprises qui emploient entre cinquante et cinq cents personnes sont davantage convaincues par la nécessité de prendre des mesures de prévention et de sanction du harcèlement sexuel que les entreprises de grande taille, plus nombreuses à avoir déjà agi dans ce domaine⁶. Pourtant, la tâche consistant à trouver des petites et moyennes entreprises qui estiment utile de sensibiliser

1 HEIDI STUTZ, MARIANNE SCHÄR MOSER, ELISABETH FREIVOGEL, Evaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité. Rapport de synthèse, Berne 2005, 30.

2 Au sujet de ce programme, voir la contribution d'ELISABETH RYTER dans le présent numéro.

3 Dans la première, spécialisée dans la production de micro-mécanismes de précision, la proportion de femmes était de 20%, directrice incluse, alors que dans la seconde, établissement médico-social dirigé par un homme, elle s'élevait à 80%.

4 Association de recherche et formation sur les rapports de genre, Carouge.

5 J'aimerais remercier VÉRONIQUE DUCRET, sans laquelle plusieurs expériences qui ont inspiré cet article n'auraient pu être faites. Mes remerciements vont aussi à LUCIA GERMANI, juriste au Tribunal de première instance de Genève, pour ses commentaires sur cet article.

6 JÜRIG GUGGISBERG, HEIDI STUTZ, Betriebliche Massnahmen gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, Berne 2005, 1, 14.

leur personnel au harcèlement sexuel s'avère plus difficile qu'il n'y paraît. Les personnes à la tête d'une petite entreprise considèrent souvent cette problématique comme un "non-sujet". S'il y avait des cas, elles le sauraient, vu leur présence sur le terrain et le rapport de confiance qui les lie à leur personnel. Un préalable nécessaire à toute démarche de sensibilisation à l'intérieur d'une entreprise – plus particulièrement si elle est petite – consiste donc à faire prendre conscience à sa direction que le harcèlement sexuel existe et que la hiérarchie est rarement alertée⁷. Face à ce constat, les instances dirigeantes peuvent souhaiter agir pour diverses raisons. Les directions des deux entreprises pilotes susmentionnées ont par exemple accepté de collaborer pour des motifs très différents. Si la première semble avant tout avoir été motivée par le souhait de favoriser l'égalité entre femmes et hommes sur le lieu de travail et à l'extérieur⁸, la seconde paraît avoir essentiellement souhaité se prémunir contre les conséquences d'une éventuelle action en justice intentée par un-e employé-e⁹.

L'employeur en mesure de prouver qu'il a pris les mesures appropriées pour prévenir un harcèlement sexuel ou y mettre fin ne peut en effet pas être condamné au versement de l'indemnité punitive prévue par l'art. 5 al. 3 LEg. Afin de déterminer si cette preuve a pu être apportée, les tribunaux se demandent toutefois, dans chaque cas d'espèce, si les mesures invoquées étaient efficaces, compte tenu de la situation particulière de l'entreprise¹⁰. Or, précisément, l'efficacité des mesures dépend en grande partie de la motivation réelle de la direction à créer un climat de travail exempt de harcèlement sexuel. Il est en effet inutile de mettre en place des mesures de prévention du harcèlement sexuel au sein d'une entreprise si le personnel sent qu'il n'existe au sommet de la hiérarchie aucune volonté véritable de faire changer l'atmosphère de travail.

Tel était le cas dans la seconde entreprise pilote où le directeur, bien qu'ayant introduit deux séances d'information sur le harcèlement sexuel en rappelant l'existence de la loi sur l'égalité, n'en était pas moins le premier à rire des plaisanteries déplacées lancées par certains membres de son personnel – dont des cadres – en cours de réunion. Le directeur a conclu les séances en annonçant la mise sur pied d'un "groupe harcèlement sexuel", tout en ajoutant que "le but n'est pas de juger". A aucun moment, il n'a été fait mention du fait que le harcèlement sexuel ne serait à l'avenir plus toléré. L'attitude ambiguë de la direction n'a pas manqué d'être perçue par le personnel qui, selon certaines employées, aurait "pris l'information à la rigolade". Un employé connu de la hiérarchie pour avoir montré à ses collègues une photographie de son pénis enregistrée sur son téléphone portable s'est même senti autorisé à poser sa candidature pour faire partie du nouveau groupe d'écoute et de prévention du harcèlement sexuel.

Faute d'avoir pris clairement position contre le harcèlement sexuel, la direction de la seconde entreprise pilote risque bien d'avoir consacré du temps et de l'argent à mettre en place des mesures qui, non seulement n'empêcheront pas la survenance de ce comportement sur le lieu de travail, mais

ne lui permettront probablement même pas de se disculper en cas d'action judiciaire.

C. Les mesures de prévention

I. Les séances de sensibilisation

1. De la "tolérance zéro" à la "sensibilité culturelle"

L'efficacité d'une séance de sensibilisation sur le thème du harcèlement sexuel dépend de plusieurs variables, telles que la façon dont elle est présentée par la direction, le moment où elle intervient¹¹ ou la manière dont est traité le sujet. A cet égard, deux approches principales peuvent être distinguées. La première, que l'on nomme parfois "tolérance zéro", consiste à faire passer le message selon lequel les comportements de nature sexuelle n'ont pas leur place sur le lieu de travail, quelles que soient les circonstances dans lesquelles ils se produisent. Peu fréquente en Suisse, pareille conception implique généralement une interdiction de parler de sa vie privée sur son lieu de travail et – *a fortiori* – d'y nouer des relations amoureuses¹². La seconde approche,

7 Comme l'ont notamment montré diverses enquêtes qualitatives réalisées au sein de l'Union européenne: COMMISSION EUROPÉENNE, Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail dans l'Union européenne, Emploi et affaires sociales, Unité V / D. 5, Luxembourg 1999, 21–23.

8 La directrice est membre d'une association souhaitant favoriser l'égalité des chances au sein de l'entreprise et s'exprime volontiers en public sur ce sujet. De façon générale, plus une direction accorde de l'importance à la réalisation de l'égalité entre femmes et hommes, plus elle verra la nécessité de prendre des mesures en matière de harcèlement sexuel: GUGGISBERG, STUTZ (n. 6), 1, 13.

9 Le directeur raconte avoir pris conscience de la nécessité de prendre des mesures suite à un cas de contrainte sexuelle survenu dans son établissement. L'employée concernée n'avait pas souhaité tenter action devant les tribunaux, mais le directeur a néanmoins dû répondre devant ceux-ci du licenciement avec effet immédiat qu'il avait signifié au collègue mis en cause.

10 Au sujet de l'étendue de la diligence de l'employeur en matière de harcèlement sexuel et de l'indemnité prévue par l'art. 5 al. 3 LEg: KARINE LEMPEN, Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur. Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne, Genève 2006, 205–229, 256–263.

11 Suite à une plainte pour harcèlement sexuel, par exemple, le personnel verra davantage l'intérêt d'une sensibilisation sur ce sujet.

12 Au sujet de l'approche "tolérance zéro", voir VICKI SCHULTZ, The Sanitized Workplace, The Yale Law Journal, vol. 112, 2003, 2099–2101.

dite de la "sensibilité culturelle"¹³, insiste en revanche sur la nécessité de se demander, conformément à l'art. 4 LEg, si le comportement en question était ou non importun dans le cas particulier. Selon cette disposition, le critère déterminant pour savoir si on se trouve en présence d'un harcèlement sexuel n'est en effet pas l'intention de l'auteur, mais la façon dont le comportement a été ressenti¹⁴. Le personnel est dès lors encouragé à détecter les signes d'un malaise souvent difficile à exprimer, puis à s'abstenir de tout comportement susceptible de blesser une personne présente sur son lieu de travail¹⁵.

Les séances de sensibilisation organisées dans les deux entreprises pilotes susmentionnées suivaient cette seconde approche, moins moralisatrice que la première. Le but était de montrer que, si certains comportements ne sont pas perçus comme dérangeants par les un·e·s, ils peuvent être ressentis comme harcelants par d'autres, selon les circonstances dans lesquelles ils se produisent. Le personnel était invité à donner son avis sur des images sujettes à diverses interprétations. L'une d'entre elles, par exemple, montrait une employée assise à son poste de travail qui, d'une main, tapait sur son clavier d'ordinateur et, de l'autre, maniait la souris. Un homme en cravate se tenait debout derrière elle. L'une de ses mains était posée sur la main de l'employée qui maniait la souris de l'ordinateur. L'autre reposait sur une des épaules de l'employée. La question de savoir si cette scène pouvait ou non être qualifiée de harcèlement sexuel a suscité de vifs débats au sein du personnel. Les discussions qui ont eu lieu autour de cette image et d'autres photographies similaires ont permis aux employé·e·s de parler entre eux de harcèlement sexuel. Dans une des entreprises, un jeune apprenti a osé exprimer son malaise par rapport à un calendrier pornographique suspendu dans les vestiaires. Interrogé suite à la séance de sensibilisation, son supérieur hiérarchique a déclaré avoir pris conscience, au cours de la séance, que chaque personne a des limites différentes qu'il s'agit d'apprendre à connaître. Toutefois, ce dernier a ajouté ne pas "se sentir" de faire décrocher un calendrier qui ne dérange qu'une personne.

Le message selon lequel la perception de chaque individu est différente, s'il a permis d'éviter que certain·e·s employé·e·s ne rejettent la démarche de sensibilisation, semble n'avoir pas suffi à entraîner un changement d'attitude de la part de certains cadres, pourtant censés intervenir pour mettre un terme au harcèlement sexuel. Il paraît même avoir favorisé une attitude de déni chez quelques employés, retenant que leur comportement n'est pas en soi harcelant, "tout dépend de la personne à laquelle il s'adresse". Le fait qu'aucune règle du type "une main sur l'épaule n'est jamais constitutive de harcèlement sexuel, une main sur le genou l'est en revanche toujours" n'ait été énoncée lors des séances de sensibilisation, semble par ailleurs avoir déstabilisé plusieurs participants. "Après la séance, je me suis demandé ce que je pouvais faire ou pas", confie un responsable d'atelier. "Le risque est qu'on aide moins une apprentie de peur d'être trop proche". Pareille réaction illustre les effets indésirables que peut avoir une approche du harcèlement sexuel qui en-

seigne uniquement aux employé·e·s à adopter une conduite respectueuse de la sensibilité particulière de leurs collègues. Outre le fait qu'il renforce le stéréotype selon lequel les femmes seraient "différentes", puisque plus facilement choquées par un comportement à connotation sexuelle – stéréotype contre lequel certains hommes s'empressent de lutter en racontant leur embarras face aux décollés que leur imposent leurs collègues¹⁶ – ce type de message risque d'entraîner une prise de distance vis-à-vis de certaines travailleuses susceptible de nuire à leur avancement professionnel¹⁷.

2. Sensibilisation au harcèlement sexuel en tant que discrimination fondée sur le sexe

Aux deux approches mentionnées (l'interdiction de tout comportement sexuel et l'injonction de prendre en considération le ressenti de chaque personne), il convient donc d'en préférer une troisième, qui fasse davantage le lien entre le harcèlement sexuel et le contexte d'inégalités entre femmes et hommes dans lequel il s'inscrit. Si l'on reprend l'image décrite plus haut, la question n'est pas tellement de savoir si l'attitude corporelle du monsieur est susceptible de heurter la sensibilité particulière de l'employée, mais plutôt de comprendre ce qu'exprime cette attitude. S'agit-il d'un indice permettant de conclure à l'existence d'une inégalité de pouvoir entre les deux protagonistes? La scène représentée serait-elle envisageable s'ils se trouvaient sur un pied d'égalité?

Le message selon lequel il s'agit avant tout d'éviter les comportements qui contribuent à créer ou à renforcer les

13 SCHULTZ (n. 12), 2101, utilise l'expression "The Cultural Sensitivity Approach".

14 Comme le rappelle notamment CLAUDIA KAUFMANN, Commentaire de la loi sur l'égalité, Lausanne 2000, art. 4 n. 55, 58.

15 Selon SCHULTZ (n. 12), 2102–2103, l'approche dite de la "sensibilité culturelle" aboutit dès lors parfois à un résultat similaire à celui obtenu avec celle de la "tolérance zéro". Etant donné qu'il y aura toujours une personne susceptible d'être dérangée par un comportement à connotation sexuelle sur le lieu de travail, les supérieur·e·s hiérarchiques sont encouragé·e·s à interdire systématiquement ce type de comportements.

16 SCHULTZ (n. 12), 2185 observe que les hommes auxquels on recommande de surveiller leur comportement en présence de personnes tierces ont tendance à résister en déclarant que ce sont eux qui sont victimes.

17 Un constat similaire a été fait aux Etats-Unis: CYNTHIA FUCHS EPSTEIN, ROBERT SAUTÉ, BONNIE OGLENSKY, MARTHA GEVER, Glass Ceilings and Open Doors: Women's Advancement in the Legal Profession, Fordham Law Review, vol 64, 1995, 291, 376–377; SUSAN BISOM RAPP, Fixing Watches With Sledgehammers: The Questionable Embrace of Employee Sexual Harassment Training By the Legal Profession, University of Arkansas at Little Rock Law Review, vol. 24, 2001, 147, 163; SCHULTZ (n. 12), 2185.

inégalités entre les sexes, qu'ils soient ou non de nature sexuelle, peut certes s'avérer plus difficile à faire passer, les actes sexistes sur le lieu de travail étant souvent plus difficilement repérables que les actes à connotation sexuelle (sexistes ou non). Toutefois, le fait de souligner qu'un comportement n'est considéré comme du harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg qu'à condition d'être discriminatoire, permet de donner au personnel un critère de délimitation plus clair que celui du caractère sexuel. En effet, si des plaisanteries à connotation sexuelle peuvent être les bienvenues dans certains milieux de travail – par exemple ceux où femmes et hommes sont considérés comme des travailleurs de valeur égale et se voient dès lors confier des responsabilités similaires¹⁸ – les remarques sexistes sont rarement opportunes, quelles que soient les circonstances.

II. Les groupes de confiance¹⁹ internes

Aussi riche que puisse avoir été une séance de sensibilisation, il est difficile d'éviter que les discussions qu'elle aura provoquées ne tombent rapidement dans l'oubli. En pratique, cette mesure s'accompagne souvent de la désignation d'une personne ou d'un groupe de confiance externe ou interne à l'entreprise²⁰. Leur mission se limite fréquemment à de l'écoute, de l'information et du conseil²¹. Afin de rendre leur action plus efficace, les personnes de confiance se voient parfois attribuer la compétence d'intervenir auprès d'une personne mise en cause ou de la hiérarchie²².

La formule du groupe de confiance interne semble être peu indiquée pour les entreprises de petite taille, en raison de sa complexité et de son coût. Le processus de sélection et de formation des membres peut en effet facilement s'étendre sur plusieurs mois et requérir l'aide de spécialistes²³. Même dans une petite structure, le groupe pourra ensuite difficilement éviter de se doter d'une charte interne réglant son fonctionnement, l'intérêt à ne pas adopter de procédure lourde devant être mis en balance avec celui d'avoir un dispositif qui tienne la route en cas de litige²⁴. Par ailleurs, la proximité des membres du groupe avec le reste du personnel, si elle peut être perçue comme un avantage propre aux PME, pose néanmoins problème.

1. Des personnes de confiance dérangementes ...

Les inévitables conflits de personnalité existant entre un ou plusieurs membres du groupe et certain·e·s employé·e·s peuvent pousser ces dernier·ère·s à boycotter le groupe ou à le discréditer. Dans une des entreprises pilotes mentionnées en introduction, par exemple, la présence dans le groupe d'une employée qualifiée de "vieux jeu" par ses collègues, semble avoir nui à la réputation du groupe dans son ensemble. De même, la présence dans le groupe d'un homme connu pour son tempérament "charmeur", si elle avait été tolérée par la direction, aurait certainement discrédité le groupe. Il se peut aussi que les membres du groupe se trouvent pris dans un conflit de compétences avec le personnel d'encadrement, qui ne verra pas forcément d'un bon oeil que des

employé·e·s sans fonction dirigeante s'approprient son rôle de conciliateur. Dans l'entreprise susmentionnée, plusieurs cadres ont souligné avec véhémence que les personnes de confiance ne disposaient pas des compétences nécessaires en matière de résolution des conflits pour intervenir auprès d'une personne mise en cause et que leur mission devrait dès lors strictement se limiter à de l'écoute. Les personnes de confiance qui se voient confier une situation de harcèlement sexuel sous le sceau du secret se trouvent également dans une position délicate vis-à-vis de la direction. C'est à elles qu'il appartiendra d'apprécier le degré de gravité de la situation et, si nécessaire, de persuader la personne concernée de signaler son cas à la direction.

2. ... ou comment le groupe anti-harcèlement devient mobbé

Le rôle de "whistleblower" dont seront investi·e·s les membres du groupe risque d'entraîner leur mise à l'écart, voir de les exposer à des mesures de représailles de la part de leurs collègues. Dans l'établissement mentionné plus haut, par exemple, les photographies de deux membres ont été lacérées à la hauteur des yeux au moyen d'un objet tranchant. Suite à cet événement, les photographies ont été remplacées et recouvertes par une protection en plastique.

18 Dans ce sens, SCHULTZ (n. 12), 2139.

19 Une tendance actuelle suisse-allemanique consiste à ne plus parler de "personne de confiance" mais seulement de "personne de contact", la première expression impliquant une confidentialité des échanges qui n'est pas toujours garantie. A ce propos: SUSANNE STERN, JUDITH TRAGESER, THOMAS VON STOKAR, KATIA HORBER PAPAIZIAN, NICOLAS SCHMIDT, Evaluation der Wirksamkeit von Ansprechpersonen zur Bekämpfung sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, Zurich 2006, 16. En Suisse romande, l'appellation "personne de confiance" demeure usuelle.

20 A ce sujet: VÉRONIQUE DUCRET, Mesures prises par les entreprises pour prévenir le harcèlement sexuel. Résultats d'une enquête menée en Suisse romande, Genève 2003, 5; STERN et al. (n. 19), 20–21.

21 STERN et al. (n. 19), 26.

22 Limiter le rôle de ces personnes à la seule écoute – sans possibilité de discuter avec la personne mise en cause ou avec la hiérarchie – reviendrait à en faire des personnes alibis. Dans ce sens: VÉRONIQUE DUCRET, Pour une entreprise sans harcèlement sexuel. Un guide pratique, Genève 2001, 93–96.

23 Au sujet des qualités et compétences nécessaires pour être "personne de confiance": DUCRET (n. 22), 89–93.

24 Une charte interne devrait notamment répondre aux questions suivantes: est-il nécessaire de constituer un dossier pour chaque situation confiée au groupe? La confidentialité doit-elle être garantie aussi vis-à-vis des autres membres du groupe? Dans quelles situations la personne contactée devrait-elle transmettre le dossier à un·e collègue? Dans quels cas une intervention à plusieurs est-elle nécessaire? Les entretiens avec les personnes qui font appel au groupe doivent-ils de préférence avoir lieu à l'extérieur de l'entreprise?

Quelques jours plus tard, les portraits des membres ont été tracés puis gribouillés avec stylo indélébile rouge. Ces incidents montrent à quel point il est important que la direction, tenue de protéger la personnalité de ses employé·e·s au sens de l'art. 328 CO, veille non seulement à que les employé·e·s qui font appel au groupe ne subissent aucun préjudice du fait de leur démarche, mais prenne également les mesures de protection nécessaires pour éviter que ses membres ne soient stigmatisé·e·s en raison de leur engagement. Il montre aussi que les groupes mis en place au sein de PME pour lutter contre le harcèlement sexuel devraient sans doute être davantage des groupes de sensibilisation, chargés de diffuser de l'information et d'organiser des débats sur le harcèlement sexuel que des groupes chargés de résoudre des situations particulières. Afin que le groupe ne soit pas considéré comme une instance policière, ses membres auront intérêt à susciter la discussion autour d'une affiche sexiste plutôt qu'à arracher cette dernière. Toutefois, même lorsque le groupe a pour mission principale d'ouvrir le débat autour du harcèlement sexuel, le risque que ses membres deviennent la cible de comportements hostiles ne pourra être écarté dans certains milieux particulièrement réfractaires.

D. Les procédures de sanction

Plusieurs entreprises suisses se sont dotées de règlements spécifiques en matière de harcèlement sexuel²⁵. Les plus exhaustifs instaurent une procédure comportant deux phases autonomes, l'une "informelle" (conseil, soutien, conciliation), impliquant une ou des personnes de confiance, et l'autre "formelle" (plainte, enquête, rapport, décision, recours), impliquant une ou des personnes chargées de mener l'enquête, la direction et une instance interne de recours²⁶. Le volet "formel" de ces procédures appelle divers commentaires.

I. Les personnes chargées de mener l'enquête

A l'heure actuelle, il n'existe en Suisse aucun service spécialisé dans les questions d'égalité qui soit habilité à enquêter sur la présence de harcèlement sexuel au sein d'entreprises privées²⁷. Les enquêtes internes visant à établir l'existence ou non d'un harcèlement sexuel sont donc généralement confiées à des consultant·e·s externes choisi·e·s et rétribué·e·s par la direction. Leur fonction consiste à entendre les parties à la procédure, ainsi que les éventuel·le·s témoins, puis à rédiger un rapport à l'intention de la direction. Leur rapport devrait idéalement contenir une appréciation sur l'existence d'un harcèlement sexuel, le nom des personnes concernées, des propositions de mesures de réparation et de sanction, ainsi que des recommandations en vue de créer un climat de travail exempt de harcèlement sexuel au niveau de l'entreprise²⁸. Il s'agit d'éviter que des sanctions soient prises à l'égard d'un individu sans que rien ne change au niveau de l'atmosphère de travail. Notons que le rapport

pourra difficilement mettre en évidence une part de reponsabilité institutionnelle dans la survenance du harcèlement sexuel, son auteur·e étant mandaté·e par la dite institution.

II. Le droit des parties de consulter le dossier

Les règlements instaurant une procédure d'enquête garantissent en principe expressément le droit des parties à avoir accès au dossier²⁹. Si l'accès aux procès-verbaux d'audition permet aux parties de s'assurer que la personne mandatée par la direction a rédigé son rapport de la manière la plus objective possible, ce droit risque toutefois de rendre inutile l'audition des témoins. Il est en effet illusoire de penser que les employé·e·s interrogé·e·s au sujet du climat de travail régnant dans une équipe accepteront de parler si la confidentialité de leur témoignage ne peut leur être garantie. Certains règlements précisent que la direction s'engage à ce que les personnes entendues dans le cadre de la procédure d'enquête ne subissent aucun préjudice du fait de leur déposition. Mais comment éviter que les parties ayant accès aux procès-verbaux ne rendent publiques les déclara-

25 4.4% des entreprises ayant répondu au sondage réalisé dans le cadre de l'évaluation de la loi sur l'égalité ont déclaré posséder un règlement spécial relatif au harcèlement sexuel: STUTZ, SCHÄR MOSER, FREIVOGEL (n. 1), 72. En pratique, on constate que plusieurs entreprises adoptent un règlement qui traite à la fois du harcèlement sexuel et du harcèlement psychologique.

26 A titre d'illustration, on peut citer la procédure adoptée par l'École d'études sociales et pédagogiques (EESP), Haute école de travail social et de la santé à Lausanne: règlement concernant la prévention et la sanction du harcèlement sexuel et psychologique dans les relations de travail et d'études au sein de l'école du 10 juin 2004.

27 Aux points 8.2.4 et 8.3 de son rapport du 15 février 2006 relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (FF 2006 3061), le Conseil fédéral s'est déclaré disposé à étudier attentivement les avantages et les inconvénients de différents modèles d'autorités dotées de compétences d'investigation et d'intervention. L'étude prendra également en considération les expériences faites par d'autres pays et par la Suisse avec des mécanismes de contrôle de ce type ou analogues (comme le rappelle le Conseil fédéral dans une prise de position du 17 mai 2006 proposant de rejeter le postulat 06.3033 "Egalité des sexes. Instituer une autorité dotée de compétences d'investigation et d'intervention", déposé le 8 mars 2006 au Conseil national).

28 A ce sujet: DUCRET (n. 22), 101–107.

29 A titre d'exemple, on peut citer le règlement-type proposé par le SYNDICAT SUISSE DES SERVICES PUBLICS, Contre le harcèlement sexuel et sexiste au travail, Zurich 1995, Art. 3.3; ainsi que les procédures adoptées par les cantons de Bâle-Campagne (ordonnance sur la protection de l'intégrité sexuelle sur le lieu de travail du 3 novembre 1998, § 20) et de Genève (règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 24 février 1999, Art. 3 al. 3).

tions d'employé·e·s révélant, par exemple, le rôle joué par le sous-directeur dans la création d'une atmosphère de travail sexiste? En pareille hypothèse, la directrice ou le directeur tiendront-ils leur promesse en se séparant de leur bras-droit pour protéger les employé·e·s en question contre d'éventuelles mesures de représailles? Il est permis d'en douter.

Une solution susceptible de ménager à la fois le droit des témoins à être protégé·e·s et celui des parties à être informées, pourrait consister à autoriser ces dernières à consulter uniquement le rapport d'enquête – anonymisé – servant de base à la décision de la direction. Amené à se pencher sur la conformité de cette solution avec la garantie d'être entendu·e figurant notamment à l'article 29 al. 2 Cst., le Tribunal fédéral a cependant jugé – à propos d'une décision du groupe IMPACT, chargé d'enquêter sur les cas de harcèlement au sein de l'administration vaudoise³⁰ – que le refus d'autoriser une partie à consulter les procès-verbaux des témoins auditionnés constitue une limitation injustifiée de son droit à pouvoir se déterminer en toute connaissance sur le rapport d'enquête. Selon le Tribunal, en effet, "il est certes vraisemblable que des investigations concernant le soupçon de harcèlement soient plus aisées si les personnes appelées à témoigner peuvent bénéficier de la confidentialité (...). Toutefois, cette confidentialité ne saurait être invoquée, sauf circonstances exceptionnelles (...), à l'encontre du droit d'être entendu d'un fonctionnaire menacé de renvoi"³¹.

Au vu de cette jurisprudence, il semble qu'une stricte confidentialité des témoignages recueillis dans le cadre d'une procédure d'enquête interne ne puisse être garantie. La promesse dans un règlement que les employé·e·s entendu·e·s ne subiront aucun préjudice du fait de leur témoignage, suffira-t-elle à les convaincre de briser le silence qui entoure habituellement le harcèlement sexuel?

III. La décision de licencier la personne mise en cause avec effet immédiat

La question de savoir si – et surtout à quel moment – une direction saisie d'une plainte pour harcèlement sexuel a le droit de licencier avec effet immédiat la personne mise en cause se pose souvent en pratique.

L'employée d'un hôpital psychiatrique accuse son supérieur hiérarchique de s'être masturbé devant elle et en présence de patient·e·s incapables de discernement. Ebranlée par cet évènement, elle dépose plainte pour harcèlement sexuel auprès de la direction. Entendu par cette dernière, le supérieur nie avoir eu un tel comportement. La direction se trouve donc face à deux versions contradictoires. S'ils étaient prouvés, les faits seraient constitutifs d'une grave violation du devoir de diligence du travailleur (art. 321a CO), susceptible de justifier un licenciement avec effet immédiat³². Selon la jurisprudence, l'employeur doit notifier le licenciement immédiat dès qu'il a connu le juste motif dont il entend se prévaloir ou, au plus tard après un bref délai de réflexion³³; s'il tarde à agir, il est présumé avoir renoncé au licenciement immédiat; à tout le moins, il donne à penser que la continuation des rapports de travail est possible

jusqu'à la fin du délai de congé³⁴. Un délai général de deux à trois jours ouvrables de réflexion est présumé approprié; un délai supplémentaire est toutefois accordé lorsque les circonstances particulières du cas l'exigent³⁵, par exemple lorsque le déroulement des faits nécessite des éclaircissements³⁶. Le délai de réflexion ne commence en effet à courir que lorsque l'employeur a une connaissance certaine du juste motif³⁷.

L'employeur qui, comme dans l'exemple susmentionné, est saisi d'une plainte pour harcèlement sexuel, se doit d'éclaircir les faits rapidement³⁸. La direction qui tarde à mettre en route une enquête en espérant, par exemple, que la personne plaignante finira par retirer sa plainte, viole son obligation de diligence au sens de l'art. 328 CO. Le déclen-

30 L'arrêté du 23 juin 1999 relatif à la lutte contre le harcèlement au travail dans l'administration cantonale vaudoise prévoyait que le groupe chargé d'investiguer rédige un *rapport* qui peut être consulté par les parties (art. 10). Cet arrêté a été abrogé suite à l'entrée en vigueur du règlement du 9 décembre 2002 relatif à la gestion des conflits au travail et à la lutte contre le harcèlement sexuel, qui prévoit le droit des parties de consulter le *dossier* (art. 24).

31 Tribunal fédéral, 9 juillet 2003, 2P.77/2003, cons. 2.3. Une enseignante vaudoise, qui avait sollicité l'intervention du groupe IMPACT, s'était vu refuser la consultation de son dossier au motif que la plus stricte confidentialité avait été assurée aux témoins. A la suite de l'arrêt du 9 juillet 2003, l'enseignante a eu accès à l'ensemble du dossier constitué par le groupe, en particulier à tous les procès-verbaux des personnes entendues par lui (comme l'explique le Tribunal fédéral dans un arrêt du 2 février 2006 relatif à cette même affaire, 2P.177/2005).

32 Voir, par exemple, CHRISTIANE BRUNNER, JEAN-MICHEL BÜHLER, JEAN-BERNARD WAEBER, CHRISTIAN BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2004, art. 337 n. 7; ULLIN STREIFF, ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, Zurich 2006, art. 337 n. 5; ainsi que la jurisprudence citée.

33 A ce sujet, voir GABRIEL AUBERT, Le pouvoir d'appréciation du juge en droit du travail (observations sur l'art. 4 CC), in: JEAN KELLERHALS, DOMINIQUE MANAI, ROBERT ROTH, Pour un droit pluriel, Etudes offertes au professeur Jean-François Perin, Genève 2002, 125, 128–131, selon lequel "fixer, même approximativement, la durée maximum du délai de réflexion demeure une entreprise risquée et, à ce jour, peu réussie".

34 ATF 127 III 310, 315 (qui renvoie aux ATF 99 II 308; 97 II 142; 93 II 18).

35 ATF 130 III 28, 34.

36 Tribunal fédéral, 16 mai 2002, 4C.354/2001, cons. 3; 24 août 2004, 4C.348/2003, cons. 3.2.

37 Tribunal fédéral, 19 juillet 2002, 4C.364/2001. Voir aussi: WERNER GLOOR, Le congé-soupçon, ARV 2003, 133, 142–143; DENIS G. HUMBERT, ALFONS VOLKEN, Fristlose Entlassung (Art. 337 OR) unter besonderer Berücksichtigung der Verdachtskündigung und der Erklärung der fristlosen Entlassung, PJA 2004, 564, 574; STREIFF, VON KAENEL (n. 32), art. 337 n. 17.

38 Dans ce sens: GABRIEL AUBERT, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève 2003, art. 328 n. 6.

chement d'une enquête entraînant souvent une détérioration de l'atmosphère de travail (spéculation sur la teneur de certains témoignages, inquiétudes concernant la nature des sanctions qui vont être prises, etc.), il est important que la procédure aboutisse le plus rapidement possible. Les règlements internes relatifs au traitement des plaintes pour harcèlement sexuel prévoient souvent une durée maximale d'un ou deux mois³⁹. Il peut en effet se révéler impossible de trouver un·e consultant·e indépendante qui soit disponible pour procéder en l'espace de quelques jours à l'audition de tout un service, comme cela est souvent nécessaire pour trouver des indices permettant de vérifier la véracité des allégations de harcèlement sexuel.

Plusieurs semaines pourront donc s'écouler entre le moment où la plainte a été déposée auprès de la direction et le moment où celle-ci notifie sa décision aux parties. Afin de ne pas risquer de se voir reprocher d'avoir trop attendu, une direction peut être tentée de prononcer le licenciement avec effet immédiat de la personne mise en cause avant même que l'enquête n'ait abouti. L'employeur qui prononce un licenciement immédiat uniquement sur la base de soupçons risque cependant d'être condamné en justice à verser le salaire jusqu'à l'échéance normale du contrat (art. 337c al. 1 CO), ainsi qu'une indemnité pour licenciement injustifié (art. 337c al. 3 CO), dans l'hypothèse où ses soupçons s'avèreraient par la suite mal fondés⁴⁰. Il a donc intérêt à privilégier des solutions alternatives, comme la mutation provisoire de la personne mise en cause dans l'attente des résultats de l'enquête (accompagnée d'une communication au personnel qui permette d'éviter les bruits de couloir) ou le congé ordinaire avec libération immédiate de la place de travail⁴¹.

Lorsqu'un rapport d'enquête concluant à l'existence d'un harcèlement sexuel a été remis à la direction, la question se pose de savoir si celle-ci bénéficie encore d'un délai de deux ou trois jours pour prononcer un licenciement avec effet immédiat. "Le Tribunal fédéral a jugé qu'il fallait distinguer la situation dans laquelle les soupçons, clairs en eux-mêmes, doivent être simplement confirmés ou infirmés, de la situation dans laquelle les faits sont obscurs et doivent donner lieu à des vérifications plus compliquées ou si les manquements viennent au jour peu à peu; s'il s'agit simplement pour celui qui donne le congé d'établir l'exactitude d'un reproche clair en soi, on peut attendre de lui qu'il réfléchisse déjà, pendant qu'il réunit les renseignements utiles, aux suites qu'il donnera si ces craintes s'avèrent réelles, avec la conséquence que le congé devra être, le cas échéant, signifié immédiatement dès la confirmation des soupçons"⁴².

La situation exposée plus haut semble tomber sous le coup de la seconde hypothèse. L'acte d'exhibitionnisme reproché étant clair en soi, on pourrait donc attendre de la direction de l'hôpital qu'elle réfléchisse pendant l'enquête aux suites qu'elle donnera à ce comportement "si ces craintes s'avèrent réelles". Parler de "craintes" ne colle toutefois pas toujours avec la réalité. A l'heure où les directions se demandent comment elles vont réussir à procéder à une nécessaire réduction de leurs effectifs, certaines d'entre elles sont fort

soulagées de pouvoir se séparer de quelques "petits chefs" en toute légalité et même, parfois, au nom de l'égalité...

E. Conclusion

Lors de la première étape de la mise en place d'un dispositif de protection contre le harcèlement sexuel au sein d'une entreprise, soit la sensibilisation de la direction au problème et à la nécessité de prendre des mesures pour le prévenir, il semble judicieux d'attirer l'attention de cette dernière sur l'inefficacité de mesures purement formelles, tant en ce qui concerne la réduction des pratiques de harcèlement sexuel qu'au regard de l'exonération de la responsabilité de l'entreprise.

Lorsque la mise sur pied d'un groupe de confiance interne est envisagée, il est important que les directions, tenues de protéger la personnalité de leurs employé·e·s au sens de l'art. 328 CO, non seulement veillent à ce que les employé·e·s qui font appel au groupe ne subissent aucun préjudice du fait de leur démarche, mais prennent également les mesures de protection nécessaires pour éviter que ses membres ne soient stigmatisé·e·s en raison de leur engagement. Les employé·e·s interrogé·e·s dans le cadre d'une enquête interne devront également avoir l'assurance qu'ils et elles ne subiront aucun préjudice du fait de leur témoignage. Une stricte confidentialité des procès-verbaux d'audition ne pouvant être garantie, le succès de l'enquête interne sera largement tributaire du sentiment qu'auront les employé·e·s d'être véritablement protégés contre d'éventuelles mesures de représailles.

39 Voir par exemple le modèle de règlement proposé par EDI CLASS, RAINER MOSSINGER, *Die Rechte der Frau im Arbeitsverhältnis*, Zurich 1996, 86–89, qui prévoit que l'enquête doit être menée le plus vite possible et au plus tard dans un délai de quatre semaines.

40 AUBERT (n. 38), Art. 337 N 10, 11. Au sujet des controverses doctrinales relatives à la licéité du congé-soupçon immédiat et à ses conséquences financières: GLOOR (n. 37); HUMBERT, VOLKEN (n. 37); STREIFF, VON KAENEL (n. 32), art. 337 n. 10. Le Tribunal fédéral n'a pas encore eu l'occasion de trancher la question de savoir si un soupçon peut justifier un licenciement immédiat: arrêt du 29 juin 2004, 4C.109/2004, cons. 4.1; arrêt du 3 janvier 2006, 4C.317/2005, cons. 5.3, 5.4 (un juste motif de licenciement existait indépendamment du soupçon d'infraction pénale).

41 A ce sujet, GLOOR (n. 37), 144–145. Lorsque le contrat continue en présence du salarié soupçonné, on considérera plus volontiers que l'employeur admet de poursuivre les rapports de travail: AUBERT (n. 38), art. 337 n. 11.

42 Tribunal fédéral, 13 décembre 2005, 4C.291/2005, cons. 3.2; 24 août 2004, 4C.348/2003, cons. 3.2.; 16 mai 2002, 4C.345/2001, cons. 3.2. HUMBERT, VOLKEN (n. 37), 574–575 considèrent qu'un délai de réflexion de trois jours devrait dans chaque cas être encore accordé à l'employeur.

La direction qui tarde à faire démarrer une enquête permettant de vérifier le bien-fondé d'une plainte pour harcèlement sexuel dont elle a été saisie viole son obligation de diligence au sens de l'art. 328 CO. Si elle décide par la suite de licencier la personne mise en cause avec effet immédiat, le caractère tardif de sa réaction pourra lui être reproché. La direction ne devrait en revanche pas être présumée avoir renoncé au licenciement avec effet immédiat, si elle met en route une enquête tout de suite après avoir été mise au courant de la plainte, puis notifie sa décision de licenciement dès la remise du rapport concluant à l'existence d'un harcèlement sexuel. Le fait d'avoir pris des sanctions contre l'auteur d'un harcèlement sexuel avéré ne devrait pas dispenser les directions de prendre des mesures susceptibles de créer un climat de travail exempt de harcèlement sexuel au niveau de toute l'entreprise.

De façon générale, il convient de ne pas réduire le harcèlement sexuel à un problème lié à la sensibilité particulière de certain·e·s employé·e·s, majoritairement de sexe féminin, susceptibles d'être choqué·e·s par un comportement à connotation sexuelle sur leur lieu de travail. Cette approche risque en effet d'entraîner une mise à distance des travailleuses, peu favorable à leur avancement professionnel. Il s'agit bien plutôt de souligner que le harcèlement sexuel est un comportement discriminatoire qui, comme son nom ne l'indique pas, n'a souvent aucun rapport avec la sexualité. Les dispositifs de prévention et de sanction du harcèlement sexuel ne devraient dès lors pas interdire les comportements sexuels sur le lieu de travail, mais les comportements harcelants, sexuels ou non, qui contribuent à tenir les femmes – ainsi que certains hommes s'écartant du modèle traditionnel de masculinité – à l'écart des postes de travail les plus valorisés. Les programmes de prévention contre le harcèlement sexuel devraient contribuer à briser le plafond de verre dans les entreprises et non encourager la construction de bureaux en verre.

Immer mehr Unternehmen organisieren Sitzungen, an denen die Betriebsangehörigen auf das Thema der sexuellen Belästigung sensibilisiert werden; sie bezeichnen Ansprechpersonen, an welche Betroffene gelangen können, und/oder führen ein internes Beschwerdeverfahren ein. Der vorliegende Aufsatz befasst sich mit der Frage nach der Effizienz solcher Massnahmen unter dem Gesichtspunkt der Gleichstellung von Frau und Mann am Arbeitsplatz. Welche kontraproduktiven Folgen können diese Massnahmen möglicherweise haben? Mit dem vorliegenden Aufsatz werden mehrere konkrete Schwierigkeiten aufgezeigt, mit denen solche Präventions- und Sanktionsmittel in Unternehmungen verschiedener Grössen in den Kantonen Waadt, Genf und Neuenburg konfrontiert worden sind. Ein frühzeitiges Einbeziehen solcher Schwierigkeiten in die Konzeption kann die Effizienz solcher Massnahmen verbessern.