

I WORKING PAPERS DI

OLYMPUS

14/2012

G.G. Balandi, L. Calafà, L. Lerouge,
C. Molina Navarrete, M. Peruzzi, M. Steinberg,
C.E. Triomphe, V. van der Plancke

Organisational and
Psychosocial Risks
in Labour Law.
A Comparative Analysis

I WORKING PAPERS DI OLYMPUS

Registrato presso il Tribunale di Urbino al n. 230 del 12 maggio 2011

“I Working Papers di Olympus” costituiscono una raccolta seriale e progressiva, pubblicata *on line*, di saggi dedicati specificamente al Diritto della salute e sicurezza sul lavoro e si collocano fra le iniziative dell’Osservatorio “Olympus” dell’Università di Urbino “Carlo Bo” (<http://olympus.uniurb.it>) mirando a valorizzare, mediante contributi scientifici originali, l’attività di monitoraggio della legislazione e della giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro svolta dall’Osservatorio. I saggi inseriti ne “I Working Papers di Olympus” valgono a tutti gli effetti di legge quali pubblicazioni.

Direttore Responsabile

Paolo Pascucci

Comitato Scientifico

Edoardo Ales, Joaquin Aparicio Tovar, Gian Guido Balandi, Maria Vittoria Ballestrero, Mark Bell, Lauralba Bellardi, Antonio Bergamaschi, Franca Borgogelli, Piera Campanella, Umberto Carabelli, Franco Carinci, Bruno Caruso, Carlo Cester, Maurizio Cinelli, Beniamino Deidda, Olaf Deinert, Riccardo Del Punta, Raffaele De Luca Tamajo, Gisella De Simone, Giuseppe Ferraro, Lorenzo Gaeta, Enrico Gragnoli, Teun Jaspers, Pietro Lambertucci, Vito Leccese, Bruno Maggi, Sandro Mainardi, Arturo Maresca, Franz Marhold, Lucio Monaco, Luigi Montuschi, Mario Napoli, Luca Nogler, Alessandra Pioggia, Giampiero Proia, Maurizio Ricci, Roberto Romei, Mario Rusciano, Corinne Sachs-Durand, Rosario Santucci, Franco Scarpelli, Silvana Sciarra, Alfonso Stile, Patrizia Tullini, Antonio Vallebona, Antonio Viscomi, Carlo Zoli, Lorenzo Zoppoli

Comitato di Direzione

Alberto Andreani, Olivia Bonardi, Alessandro Bondi, Laura Calafà, Stefano Giubboni, Michela Marchiori, Gabriele Marra, Gaetano Natullo, Paolo Polidori

Comitato di Redazione

Luciano Angelini e Chiara Lazzari (coordinatori di redazione), Romina Allegrezza, Arianna Arganese, Michela Bramucci Andreani, Stefano Costantini, Silvano Costanzi, Lucia Isolani, Laura Martufi, Natalia Paci

Pubblicazione grafica

Sebastiano Miccoli

Sede

OLYMPUS – Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro

Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi “Carlo Bo” di Urbino

Via Matteotti, 1

I - 61029 Urbino (PU) Tel. 0722 303250 – Fax 0722 2955

<http://olympus.uniurb.it>; olympus@uniurb.it

PROCEDURA PER LA PUBBLICAZIONE

I saggi destinati alla pubblicazione su “I Working Papers di Olympus” debbono riguardare prevalentemente tematiche attinenti al Diritto della salute e della sicurezza dei lavoratori analizzate da una o più delle seguenti prospettive: Diritto del lavoro, Diritto penale, Diritto costituzionale, Diritto civile, Diritto processuale civile, Diritto processuale penale, Diritto comunitario, Diritto internazionale, Diritto comparato, Diritto amministrativo, Storia del diritto.

Dato il necessario carattere interdisciplinare della materia, oltre a saggi giuridici possono essere pubblicati anche saggi che si occupino della salute e della sicurezza dei lavoratori da altri punti di vista scientifici – quali, ad esempio, quello economico, statistico, sociologico, medico, psicologico, dell’organizzazione, ingegneristico ecc. – purché tali saggi siano riferibili ad aspetti considerati nella legislazione o nella giurisprudenza.

I saggi debbono essere redatti in formato elettronico e la loro lunghezza, di norma, non deve eccedere complessivamente il numero di 150.000 caratteri spazi inclusi, comprensivi di note e bibliografia.

Gli apparati di note e bibliografici possono essere redatti in una delle seguenti forme:

1) tradizionali note ordinate progressivamente a piè di pagina con il riferimento numerico di ogni nota in esponente nel testo. In tal caso non è necessario un elenco bibliografico finale;

2) riferimenti bibliografici inseriti direttamente nel testo tra parentesi, con l’indicazione del cognome dell’autore, dell’anno di pubblicazione e della pagina citata (es.: Giugni, 1960, 122) – e con un elenco finale in ordine alfabetico di tutti i riferimenti bibliografici effettuati (es.: Giugni G., 1960: *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano). Nel caso di più opere di uno stesso autore, dopo l’anno va indicata una lettera dell’alfabeto in ordine crescente in relazione alla data di pubblicazione (es.: Giugni, 1960a, 122). Nel caso di cognomi uguali, dopo il cognome va indicata la lettera maiuscola iniziale del nome di battesimo (es.: Zoppoli L., 1984, 111).

I saggi debbono essere inviati al Direttore, esclusivamente per posta elettronica, al seguente indirizzo: paolo.pascucci@uniurb.it.

Tutti i saggi ricevuti, commissionati dalla Direzione o proposti dagli autori, saranno sottoposti alla preventiva lettura di due componenti del Comitato scientifico. La pubblicazione dei saggi proposti dagli autori sarà condizionata al giudizio espresso dai due componenti del Comitato scientifico che li leggeranno in forma anonima. La stessa procedura vale per i saggi in lingua inglese, francese, spagnola e tedesca, i quali, ove ottengano giudizio favorevole, saranno pubblicati nella lingua d’origine.

I saggi pubblicati su “I Working Papers di Olympus” potranno essere successivamente destinati anche a libri o riviste in formato cartaceo purché se ne dia adeguatamente conto in sede di pubblicazione elettronica.

Ogni saggio deve essere accompagnato da un breve *abstract* in italiano e in inglese, dall’indicazione di 6 parole chiave in italiano e in inglese, dall’indirizzo di posta elettronica dell’autore e dalla qualifica accademica o professionale di quest’ultimo.

Organisational and Psychosocial Risks in Labour Law. A Comparative Analysis

I WORKING PAPERS DI OLYMPUS – 14/2012 – <http://olympus.uniurb.it>

I contenuti di questa opera sono rilasciati sotto Licenza Creative Commons Attribuzione - Non opere derivate 2.5 Italia License

Summary of Contents *

| | |
|--|-----|
| <i>Introduction: The Work-Related Risk Today</i> by Gian Guido Balandi (Full Professor of Labour Law, Ferrara University) and Laura Calafà (Associate Professor of Labour Law, Verona University) | 1 |
| <i>Les RPS, révélateurs des ambiguïtés et de l'essoufflement de l'édifice social européens</i> de Claude-Emmanuel Triomphe (Association Travail, Emploi, Europe, Société ASTREES) | 3 |
| <i>The Prevention of Psychosocial Risks in European Union Law</i> by Marco Peruzzi (Research Fellow, Law Department, Verona University) | 17 |
| <i>Les risques psychosociaux, une analyse juridique comparée entre le Nord et le Sud de l'Europe</i> de Loïc Lerouge (Université Montesquieu, Bordeaux IV, responsable du programme de recherche "Approche juridique comparée des risques psychosociaux au travail. Démarche française et systèmes étrangers") | 37 |
| National Focuses | |
| Spain | |
| <i>Organización del trabajo, salud laboral y prevención de riesgos psicosociales en España: entre resistencias y avances</i> de Cristóbal Molina Navarrete (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén, Director Académico del Laboratorio-Observatorio de Riesgos Psicosociales. Gobierno Autónomo de Andalucía) | 65 |
| Sweden | |
| <i>The Prevention of Psychosocial Risks in the Workplace: Swedish Law</i> by Maria Steinberg (Senior Lecturer, Doctor of Law, Örebro University) | 83 |
| Belgium | |
| <i>La Belgique face aux risques psychosociaux au travail. Focus sur la lutte contre le harcèlement</i> de Véronique van der Plancke (Professeur de droit de travail, Université Notre-Dame de la Paix de Namur) | 117 |

*** Tutti i contributi inseriti in questo numero de "I Working Papers di Olympus" sono pubblicati, con traduzione in lingua italiana, in *Lavoro e diritto*, n. 2/2012, edito da "il Mulino" di Bologna.**

ISSN 2239-8066

OLYMPUS

Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro

Facoltà di Giurisprudenza – Università di Urbino “Carlo Bo”

Via Matteotti, 1 – 61029 Urbino (Italy)

Tel. 0722 303250 – Fax 0722 2955 – olympus@uniurb.it

<http://olympus.uniurb.it>

Introduction: The work-related risk today

by Gian Guido Balandi and Laura Calafà

2012 is the year of the European Campaign aimed at the sensitisation towards the topic of psychosocial risks at work, launched by SLIC (Committee of Senior Labour Inspectors) and supported by the European Commission together with Sweden, which is the promoting Member State ¹.

The increasing visibility of the topic at every level – from the national level to the EU, comparative and international ones – is one of the reasons that led the Reviews *Lavoro e Diritto* and *Olympus* to dedicate a monograph issue to the topic of psychosocial risks or, rather, in a broader and deeper sense, to the current significance of the risk at work through the comparative-legal analysis of psychosocial risks.

The fact that the topic is given increasing scientific attention is also proved by the collaborations that have made this project possible. The volume of *Lavoro e Diritto* and the *Working Paper*, the latter to be issued at the same time with the essays in the original language and/or translated for their network dissemination, originate from the collaboration with the Comptrasec Department of the Bordeaux IV Montesquieu University, which coordinates a research programme funded by CNRS, entitled COMPARISK, supervised by Loïc Lerouge ², joined by several researchers from the interested areas (Europe, Quebec, Japan).

The solid base of scientific research on which the chosen topic relies, makes it clear that the initiative cannot be ascribed to mere reasons of scientific opportunism related to a topic that is objectively à la page. In fact, this monograph section was inspired by the need for a national-level systematising of a subject such the PSR, which is no longer an emerging issue, but rather a widely emerged one in other national contexts and among the most various operators, including not only legal scholars, but also medical surveillance designated doctors, experts in company organisation and work psychologists. In the current evolution stage of the research in the field of Labour Law, it appeared of key

¹ The website of the Campaign is www.av.se/SLIC2012/.

² Programme ANR Approche juridique comparée des risques psychosociaux au travail. Démarche française et systèmes étrangers (Europe du Sud et du Nord, Québec, Japon), COMPARISK, http://comptrasec.u-bProgrammeordeaux4.fr/index.php?option=com_content&view=article&id=25&phpMyAdmin=OX0A7iNXTlvUWIoqCEfrA5Tv8QD0&Itemid=5. For Italy, the collaboration is established with the research team of the Law Department of Verona University, in particular with Laura Calafà and Marco Peruzzi.

importance to offer a systematising contribution of strictly legal nature, and enhanced with a comparative perspective. These are the three patterns through which the topic at hand is analysed: the systematic approach, the focus on its relevance to legal subjects, and comparison as a method at the base of research.

Les RPS, révélateurs des ambiguïtés et de l'essoufflement de l'édifice social européens

de Claude-Emmanuel Triomphe

SOMMAIRE: 1. La construction communautaire en matière de santé-sécurité: un moment particulier de l'agenda social européen. 1.1. Retour sur la construction communautaire en matière de santé et sécurité au travail. 1.2. Retour sur la construction communautaire en matière de santé et sécurité au travail. 1.2.1. Dans l'ensemble normatif. 1.2.2. Dans le dialogue social européen. 1.2.3. Dans la stratégie communautaire. – 2. Les RPS dans la dimension sociale: bilan critique. 2.1. La prégnance de la sécurité au travail. 2.2. Une approche peu systémique et peu intégrée. 2.3. Les limites de la soft law. 2.4. Des notions dépassées? – 3. Conclusions.

Les risques psycho sociaux au travail (RPS) ont fait une entrée à la fois récente et parfois fracassante dans nombre de pays européens. La dimension psychologique du travail, le psychisme des travailleurs est désormais objet de toutes les attentions, souvent pour le meilleur, parfois pour le pire. Emblématique d'une époque marquée par un mal travail et par un mal être au travail certains, les RPS ont acquis dans la l'édifice communautaire une place qui reflète à la fois les avancées de celle-ci mais aussi ses faiblesses, ses ambiguïtés pour ne pas parler de la panne actuelle du projet européen et, partant, de son ambition sociale. Miroir d'une époque, les RPS reflètent aussi les problèmes croissants d'une construction sociale communautaire à bout de souffle. C'est pourquoi il nous a paru utile de revenir sur la manière dont tout l'ensemble sécurité-santé au travail a pu se développer dans l'Union, sur la façon dont cet ensemble a pu accueillir les RPS avant d'identifier la place précise de celles-ci dans le cadre politique et normatif européen actuel. Dans un second temps nous voudrions montrer combien sont importantes tensions que génèrent la prise en compte de ces nouveaux risques avec des catégories habitées par des concepts devenus trop étroits et à l'efficacité de plus en plus contestée et contestable. Et combien donc les RPS représentent tout à la fois un point culminant et un révélateur des limites d'un projet européen, largement mis à mal par ailleurs.

1. *La construction communautaire en matière de santé-sécurité: un moment particulier de l'agenda social européen*

Traiter des RPS dans la construction européenne nécessite d'abord de revenir sur ce que constitue l'œuvre communautaire en matière de santé-sécurité au travail et ce depuis la CECA, avant d'examiner la manière dont ils ont pénétré – ou pas – les divers instruments européens.

1.1. *Retour sur la construction communautaire en matière de santé et sécurité au travail*

Nombre de spécialistes s'accordent à dire que pour l'Union Européenne, la sécurité et la santé au travail constituent désormais l'un des domaines les plus affirmés et les plus importants des politiques sociales. Cette «réussite» n'avait rien d'une évidence au départ. Certes dès 1951 les dispositifs de la CECA portaient en germe nombre de dispositifs qui, outre la création d'une Cour Européenne de Justice, allaient prospérer plus tard:

- La mise en route d'un dialogue social, impliquant syndicats et Etats membres au niveau national comme au niveau sectoriel et ce notamment grâce au Comité consultatif
- Des fonds spéciaux destinés à compenser les conséquences sociales des restructurations, indemnités pour les salariés licenciés et programme massif de relogement.
- Enfin, des mesures spécifiques en matière d'hygiène et de sécurité, préoccupation que le Traité de Rome a étendue à l'ensemble des salariés.

Pour autant, la période qui va du Traité de Rome au milieu des années 70 n'a pas de véritable priorité sociale. Et si dimension sociale il y a, elle est essentiellement présente à travers la question de la libre circulation et la création d'un marché du travail européen.

Marquée notamment par l'adoption d'un programme d'action et de politique sociale allant de pair avec le bon fonctionnement du marché commun, la période qui démarre en 1974 pour se terminer au début des années 90 est très riche et ce malgré l'opposition du Royaume Uni de Mme Thatcher. Elle voit l'adoption de nombreuses directives dans un souci de convergence et d'harmonisation sociale. Ceci est particulièrement vrai dans le domaine des restructurations d'entreprises. Ceci l'est encore plus dans celui de la santé-sécurité au travail où les directives adoptées, spécialement depuis l'adoption de l'Acte Unique Européen en 1987, résultent de la conjugaison entre d'une part une volonté des Etats-membres et des acteurs sociaux d'harmoniser par le haut les conditions de travail et d'autre part, les contraintes liées au développement du marché intérieur génératrices d'une unification des caractéristiques des machines et produits utilisés sur les lieux de travail. Il en est ressorti un cadre législatif imposant ayant pour objectif

d'élever les normes en termes de santé et de sécurité. Et ce, soit au travers d'approches générales (principales obligations des employeurs, prescription pour les lieux de travail etc.), soit au travers d'approches spécifiques liées à la nature des risques (agents chimiques, cancérogènes, biologiques, rayonnements ionisants etc.), à des secteurs d'activité (construction, industries extractives, pêche..) ou des catégories de travailleurs jugées plus vulnérables (femmes enceintes, jeunes travailleurs, travailleurs intérimaires ...). Au final, nous avons là un édifice quasi constitutionnel:

- le droit à la santé-sécurité est un droit fondamental et universel, doté d'un périmètre presque illimité puisqu'il englobe tous les aspects de la santé liés au travail et toutes les formes d'emploi
- Une méthode d'élaboration et de surveillance équilibrée avec des processus tripartites en amont et en aval de l'élaboration des normes et stratégies, une place pour la négociation et le dialogue social
- Une force contraignante considérable liée aux rôles de la Commission, de la Cour de Justice mais aussi aux citoyens et aux acteurs sociaux

Il est vraisemblable que sans ces réalisations préalables les RPS n'auraient pas acquis droit de cité dans l'UE et ses politiques.

Et ce d'autant que lors de la période qui lui succède – du milieu des années 90 jusqu'au déclenchement de la crise – les préoccupations d'emploi prennent progressivement le dessus et influent fortement ¹ les politiques sociales communautaires avec l'avènement d'un concept central, celui de flexicurité, qui vise à relever un défi politique principal «un marché du travail flexible et favorable à l'intégration». Quant à la période actuelle, non seulement elle semble être marquée par le renoncement à tout progrès en matière sociale mais les signes de régression tendent à se multiplier (cf. débats au Parlement européen ², instructions de la troïka à la Grèce, ...)

Aujourd'hui et en l'état, le cadre actuel en matière de santé-sécurité au travail se structure autour de cinq grandes composantes

- Une composante normative structurée autour d'une directive-cadre (89/391) et de 19 directives particulières ³
- Une composante relative au dialogue social soit tripartite, au travers du Comité consultatif pour la santé et la sécurité au travail, soit bipartite au

¹ Il est significatif qu'en 2005, le document politique de révision à mi-parcours de la Stratégie de Lisbonne se soit intitulé «L'emploi, l'emploi, l'emploi».

² Débats sur l'influence de la crise économique sur les droits fondamentaux tels qu'établis et reconnus en Europe et notamment la possibilité donner aux instances communautaires de déroger *in pejus* aux droits fondamentaux et donc au Traité communautaire comme condition à l'obtention de crédits ou supports financiers (voir Art. 122.2 TFUE).

³ Nous avons laissé volontairement de côté les directives sur le temps de travail.

travers du dialogue social européen interprofessionnel ou sectoriel générateur de certains accords-cadres mais aussi de guides de bonnes pratiques

- Une composante instrumentale développée par notamment l'agence européenne de santé sécurité (OSHA) qui effectue tout un travail de sensibilisation, diffusion de bonnes pratiques et de méthodologies mais aussi de travaux scientifiques
- Une composante financière via l'intervention de certains fonds (FSE, fonds pour la recherche, programme Progress etc.) en faveur d'actions innovantes
- Une composante politique développée au travers de documents dits de stratégie communautaire élaborés par la Commission depuis 2002⁴.

Comment celles-ci ont-elles accueilli les RPS? Comment ont-elles évolué – ou pas – sous leur influence?

1.2. *L'arrivée des RPS dans les politiques communautaires*

En dépit de nombreux travaux d'experts en Europe sur ce sujet, la question n'a été prise officiellement en compte que depuis les années 2000. En 2003, l'Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail (OSHA) publie un rapport qui aborde les RPS en Europe, de leur définition à leur prévention⁵. Le concept est aussi repris dès 2001 par les documents stratégiques communautaires (cf. ci après). Ce caractère récent se double d'une géométrie variable lorsque l'on observe les états-membres: si certains pays nordiques – et dans une certaine mesure les Pays Bas – jouissent d'ores et déjà d'acquis non négligeables en la matière, il est loin d'en être de même au Sud et à l'Est du continent.

1.2.1. *Dans l'ensemble normatif*

Identifier les RPS dans le cadre normatif européen ne revient pas à identifier un terme qui ne figure jamais en tant que tel mais plutôt un potentiel inscrit dans des définitions plus larges. Il en va ainsi et d'abord du basculement essentiel, opéré à la faveur de la directive cadre de 1989, de l'hygiène et sécurité vers la santé et sécurité. Pour passer de l'hygiène à la santé, cette directive s'est appuyée sur des définitions de l'OMS et de l'OIT. Pour l'OMS, conformément à la convention internationale 155 (article 3) sur la Sécurité et la Santé au travail, adoptée en 1981, «le terme santé, dans le domaine professionnel, ne consiste pas seulement en une

⁴ Mais dont le futur apparaît très incertain, la Commission ayant pour cause de crise et contrairement à ses promesses renoncé à produire un nouveau document couvrant la période 2013-2018.

⁵ Comment maîtriser les problèmes psychosociaux et réduire le stress d'origine professionnelle, EU-OSHA, www.osha.europa.eu/fr/publications/reports/309.

absence de maladie ou d'infirmité; il englobe également des facteurs tels que le bien-être physique et mental affectant la santé qui sont liés directement à la sécurité et à la santé au travail». S'agissant de la santé au travail, l'OMS et l'OIT en ont donné une définition conjointe en 1950 qui a été révisée en 1995 et selon laquelle «l'objectif de la santé au travail est de: promouvoir et maintenir le plus haut niveau de bien-être physique, mental et social des salariés quelle que soit leur profession; prévenir tout dommage causé à la santé des salariés par les conditions de travail; protéger les salariés dans leur cadre de travail contre les risques liés à la présence d'agents préjudiciables à leur santé; placer et maintenir les salariés à un poste qui convienne à leurs capacités physiologiques et psychologiques; en résumé, adapter le travail à l'homme et de chaque homme à son poste.».

La portée de ce basculement vers la santé est très large, comme en attestent les articles 5 et 6 de la directive-cadre. Selon l'article 5, l'employeur «est tenu d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs dans tous les aspects liés au travail». Cette obligation générale a pour effet d'inclure les RPS. Il en va de même pour l'article 6 selon lequel le travail doit être adapté à celui qui l'exécute et les travailleurs doivent être consultés pour l'introduction et la planification des nouvelles technologies.

Mais la capacité des directives européennes à se saisir des RPS va plus loin et concerne d'autres directives relatives soit à la santé, soit au temps de travail. Il en va ainsi des directives

- sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (2000/78/CE) comme sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes en matière d'emploi et de travail (2006/54/CE). Toutes deux énoncent un cadre général en faveur de l'égalité entre les personnes et de la non discrimination, le harcèlement au travail, y compris sur le plan sexuel, étant ici considéré comme une discrimination
- sur les écrans de visualisation (87/391/CEE), qui précise que les postes de travail doivent être analysés en tenant compte notamment du stress mental
- sur le temps de travail (93/104/CE) qui prescrit d'éviter le travail monotone.

Enfin l'on peut inclure dans le cadre normatif les directives traitant des restructurations si l'on considère que les RPS sont assez étroitement liés aux changements affectant le travail et les travailleurs. C'est notamment le cas de

- la directive de 1975 modifiée en 1998, sur les licenciements collectifs qui vise entre autres à instaurer des obligations spécifiques pour les employeurs (information, consultation et encouragements à mettre sur pied des mesures sociales – rien n'interdisant de viser ici les questions de santé – allant de la prévention à la réparation des préjudices subis);
- la directive de 1994 sur les comités d'entreprise européens qui prévoit, dans ses prescriptions subsidiaires, que la direction de l'entreprise doit informer et

- consulter les membres de ce comité, en cas de circonstances exceptionnelles «affectant considérablement les intérêts des travailleurs, notamment en cas de délocalisation, de fermeture d'entreprises ou d'établissements ou de licenciements collectifs»;
- la directive de 2002 sur l'information consultation au niveau national qui préconise, entre autres, de renforcer le dialogue social notamment pour anticiper les risques.

Bref pour ce qui concerne les RPS le cadre normatif européen est au moins implicitement assez fourni. D'aucuns ont voulu néanmoins promouvoir, à travers un projet de directive sur le stress et l'ergonomie, des mesures plus explicites: la crise semble avoir eu raison d'un projet qui selon la Commission n'est plus prioritaire.

1.2.2. *Dans le dialogue social européen*

Bien que – ou bien parce que? – relativement récent, le dialogue social européen bipartite en matière de conditions de travail a eu à connaître des RPS. Ses réalisations peuvent être globalement divisées en deux catégories:

- Les accords: basés sur l'article 139 du traité, ce sont des accords-cadres européens destinés aux organisations nationales qui comprennent des dispositions précises concernant leur suivi (modalités, dates limites de mise en œuvre). Ils peuvent être repris par des directives ou non, à l'instar de l'accord sur le télétravail.
- Les autres réalisations: le dialogue social européen se traduit aussi par d'autres instruments, nombreux, tels que les recommandations, les positions communes, les outils de formation et d'action, toutes actions essentiellement menées au niveau sectoriel.

Ces réalisations ont certes un caractère juridiquement flou dans la mesure où la notion d'accord collectif, telle qu'elle existe dans les droits nationaux, n'a pour ce qui concerne le niveau européen ou international aucune base juridique: il s'agit ici, sauf pour les textes ayant donné lieu à reprise par une directive, de «*gentlemen's agreements*» qui en tant que tels n'ont pas de force juridiquement contraignante. Ceci ne doit pas faire oublier le rôle pionnier en matière de RPS joués par deux accords-cadres, à savoir l'accord sur le stress et celui sur le harcèlement et la violence ⁶.

⁶ Il faut aussi ajouter quelques accords sectoriels comme celui conclu par les partenaires sociaux du secteur agricole relatif à la réduction de l'exposition des travailleurs aux risques de troubles musculo – squelettiques d'origine professionnelle du 21/11/2005.

Le stress

En 2004, les partenaires sociaux européens (CES, Business Europe, l'Union européenne de l'artisanat et des Petites et Moyennes Entreprises (UEAPME) et le Centre européen des entreprises à participation publique (CEEP) ont signé un accord-cadre autonome sur le stress lié au travail. Cet accord a pour objectifs de sensibiliser les employeurs, les travailleurs et leurs représentants aux problèmes de stress au travail et de fournir un cadre d'action en matière d'identification, de prévention et de gestion des problèmes dans ce domaine. Il complète la législation existante en la matière. L'accord reconnaît l'existence du problème du stress au travail, les bénéfices de la prévention et la responsabilité des employeurs dans ce domaine, à exercer en collaboration avec les salariés. Il donne également des éléments sur les mesures de prévention à mettre en œuvre et les règles d'application et de suivi de l'accord, en coopération avec les États membres.

Le harcèlement et la violence au travail

Envisagé dans l'accord-cadre sur le stress, c'est en 2007 que les mêmes partenaires sociaux concluent celui sur le harcèlement et la violence au travail, dans lequel ils condamnent conjointement le phénomène et reconnaissent ses conséquences néfastes sur les aspects économiques et sociaux. Construit sur le même schéma que son prédécesseur sur le stress, ce nouvel accord-cadre vise à sensibiliser et à fournir un cadre d'action pour l'identification, la prévention et la gestion de ce problème. Une définition en est proposée, ainsi que des lignes directrices pour la mise en œuvre de mesures de prévention, passant notamment par la formation des managers et une procédure à suivre en cas de suspicion de harcèlement ou de violence sur le lieu de travail.

1.2.3. Dans la stratégie communautaire

Pris en compte implicitement par le cadre législatif, et plus explicitement par le dialogue socio européen, les RPS figurent aussi dans les documents stratégiques communautaires en matière de SST. Il en va ainsi du premier document pour la période 2002-2006⁷ qui visait à

- une approche globale du bien-être au travail et l'amélioration de la qualité du travail
- la consolidation d'une culture de prévention des risques et la construction de partenariats entre tous les acteurs de la santé et de la sécurité
- démontrer qu'une politique sociale ambitieuse est un facteur de compétitivité.

⁷ Communication de la Commission – S'adapter aux changements du travail et de la société: une nouvelle stratégie communautaire de santé et de sécurité 2002-2006 COM/2002/0118 final.

Il en va aussi du second pour la période 2007-2012⁸ dans lequel la Commission s'attache tout d'abord à définir le contexte et les défis à venir. Pour elle, la stratégie pour 2002-2006 «a porté ses fruits: les accidents du travail ont nettement diminué». Elle reconnaît néanmoins que l'absentéisme pour maladie reste très important, que la réduction des risques professionnels est tout sauf homogène avec des catégories de travailleurs (jeunes, emplois précaires, travailleurs plus âgés, migrants) ou des secteurs surexposés (bâtiment/génie civil, agriculture, pêche, transports, santé et services sociaux) ou encore que le niveau d'application concrète de la législation communautaire diffère sensiblement d'un État membre à l'autre, notamment pour ce qui est de la qualité, la couverture et l'accessibilité des services de prévention. Elle identifie trois défis majeurs dont on voit immédiatement un lien parfois fort avec les RPS:

- l'évolution démographique, le vieillissement de la population active ainsi que de nouveaux flux migratoires à destination de l'Europe;
- les nouvelles tendances dans l'emploi, y compris le développement du travail indépendant, la sous-traitance et l'augmentation de l'emploi dans les PME ainsi que le changement de la nature des risques professionnels au rythme d'une accélération des innovations et de la transformation du travail;
- le développement de certains types de maladies professionnelles (TMS, infections et maux liés aux pressions psychologiques) ainsi que de nouveaux facteurs de risque (violence au travail, y compris harcèlement sexuel et moral, addictions).

Sur cette base la stratégie 2007-2012 se fixe 6 grandes lignes directrices, articulées autour d'un objectif quantifié central: la réduction du nombre des accidents du travail de 25%. Sont envisagées entre autres:

- des initiatives législatives en matière de troubles musculo-squelettiques
- des actions nationales relatives à la prévention et la surveillance de la santé ou encore à la réhabilitation et la réintégration des travailleurs. La Commission insiste aussi sur la coordination entre politiques de santé et de sécurité au travail, de santé publique, de développement régional, de cohésion sociale, de marchés publics, d'emploi ou encore de restructuration
- une promotion de la santé mentale au travail dans la mesure où la dépression est un facteur croissant d'incapacité au travail ainsi qu'un renforcement de la recherche scientifique afin d'anticiper, d'identifier et de répondre aux risques nouveaux en matière de santé et de sécurité au travail
- une amélioration de la collecte de données statistiques et le développement d'indicateurs qualitatifs.

⁸ Communication de la Commission – Améliorer la qualité et la productivité au travail: stratégie communautaire 2007-2012 pour la santé et la sécurité au travail COM/2007/0062 final.

Au terme de ce parcours l'on serait tenté de croire que les RPS sont solidement ancrées dans la construction sociale communautaire. Or il n'en est rien: leur place dans la construction sociale communautaire actuelle est précaire. Et, bien que saisie par le droit et le dialogue social, elle n'occupe qu'une place relativement modeste dans une stratégie dont les objectifs, les moyens sont moins assurés que jamais.

2. *Les RPS dans la dimension sociale: bilan critique*

Le côté paradoxal de la place des RPS dans la dimension sociale de l'UE peut être analysé sous plusieurs angles. Celui de son lien au domaine de la santé et sécurité, celui de ses synergies avec d'autres composantes telles celles de l'emploi ou de la santé publique, celui enfin de sa composante normative elle-même largement influencée par la soft law. Pour être un peu provoquant, les RPS ne révèlent-elles pas le caractère obsolète de concepts et paradigmes qui ont fondé jusqu'ici la construction communautaire?

2.1. *La prégnance de la sécurité au travail*

Malgré le basculement vers la santé opéré en 1989, force est de constater la prégnance de l'univers de la sécurité. La protection au travail tire ses origines de la révolution industrielle et de l'amputation accidentelle des corps que celle-ci provoquait. Cet univers, bien que de dimension très réduite aujourd'hui – du fait de la part des services dans les activités économiques et d'une très forte réduction de l'exposition des hommes aux risques de machines dangereuses – continue à alimenter massivement nos représentations et, ce faisant, les actions entreprises. Le meilleur exemple en est le document stratégique communautaire pour la période 2007-2012: l'ambition annoncée est de faire face aux risques nouveaux et émergents mais l'indicateur de référence central est la diminution des accidents du travail. Alors qu'un récent rapport du Parlement européen chiffre à 168 000 le nombre de décès annuels liés au travail, la pauvreté ou l'absence d'indicateurs de référence autres que ceux relatifs aux accidents est frappante. Rien par exemple sur les indicateurs liés aux maladies professionnelles mais il est vrai que dans ce domaine l'Union n'est parvenue qu'à dresser une liste de ces maladies et n' pas réussi à formuler autre chose que des recommandations non contraignantes. En d'autres termes la stratégie reconnaît la prégnance de problématiques de santé mais est incapable d'en donner des indicateurs pertinents. Comment expliquer un tel décalage?

Il y a sans doute le rôle joué par la crise de l'emploi: la priorité quasi absolue voire obsessionnelle ⁹ en la matière a non seulement relégué les questions de santé-sécurité au second voire au troisième plan mais a contribué au maintien des routines, à une paresse en matière de saisie et d'analyse des faits. Pendant longtemps les principaux acteurs – autorités publiques mais aussi partenaires sociaux dirigeants d'entreprises, représentants du personnel – ont préféré cultiver les voies connues de la sécurité plutôt que d'emprunter celles plus complexes de la santé. La complexité des sujets liés à la santé a sans doute elle aussi pesé. L'accident est devenu au cours du temps un fait collectif, la santé est longtemps restée une question individuelle. L'accident a un autre avantage: celui de sa définition relativement simple, de son périmètre et de son lien avec la notion de lieu de travail. Les déterminants de la santé et les interrelations entre santé et travail sont elles beaucoup plus complexes. Et cela a de nombreuses répercussions tant sur la notion de responsabilité, en particulier celle de l'employeur, que sur la notion de prévention pour ne rien dire de la réparation et donc du coût jusqu'ici très largement externalisé par les entreprises.

2.2. Une approche peu systémique et peu intégrée

Une des avancées de la construction communautaire en matière de santé-sécurité est d'avoir lié ces questions à celles de l'organisation du travail. Là encore le potentiel du cadre communautaire révèle deux faces: sa puissance d'un côté, son inexploitation de l'autre. La stratégie pour la période 2007-2012 entendait promouvoir une «coordination entre, d'un côté, les politiques de santé et de sécurité au travail et, de l'autre, les politiques de santé publique, de développement régional et de cohésion sociale, de marchés publics, d'emploi, notamment en matière de restructurations. Pour autant l'approche des RPS concrètement développée à ce jour reste très éloignée de ces objectifs. S'il l'on commence à observer dans certains pays un rapprochement entre santé publique et santé au travail – et sur ce point le pacte européen pour la santé mentale et le bien être ¹⁰ a pu jouer un rôle utile – on est encore très loin d'une approche systémique liant par exemple santé et formes d'emploi, santé et restructurations.

Il est à cet égard frappant que les documents des partenaires sociaux relatifs aux RPS fassent aussi peu référence aux réorganisations et restructurations qui affectent, et parfois très violemment du fait de la crise, les entreprises et les travailleurs. Il est tout aussi remarquable de noter l'absence de ces liens dans la

⁹ Il suffit de relire la Stratégie de Lisbonne, les rapports auxquels elle a donné lieu dont celui de 2005 intitulé *Emploi, l'emploi, l'emploi* ainsi que des documents plus récents (UE 2020 par exemple) pour s'en persuader.

¹⁰ Adopté en juin 2008 à Bruxelles.

grande majorité des stratégies nationales en matière de RPS. Et ce alors que le niveau communautaire a favorisé la diffusion de rapports et travaux qui à l'instar du rapport HIRES¹¹, mettent clairement en exergue ces phénomènes et avancent des pistes à divers niveaux. Bref, quand les RPS se saisissent de l'organisation du travail, c'est hors phases de restructurations majeures et donc hors traumatismes majeurs. L'on pourrait mentionner aussi que la promotion de nouvelles formes d'emploi néglige et même ignore la dimension des RPS alors que de nombreux travaux montrent que les travailleurs en formes d'emploi atypiques y sont souvent surexposés. En d'autres termes, nos cadres d'actions continuent à séparer, comme par le passé, emploi et conditions du travail, santé organisations et réorganisations. Dans le meilleur des cas, ils enferment ces questions dans une approche individuelle, médicalisante ou psychologisante qui tend à soigner les hommes plus qu'à soigner le travail¹². Et la période ouverte par la crise de la zone euro comme de la dette publique ne joue pas en faveur de nouvelles audaces; elle risque bien au contraire de favoriser un retour à des approches anciennes, tout à la fois connues et dépassées.

2.3. *Les limites de la soft law*

La place limitée des nouvelles problématiques de santé au travail, dont font partie les RPS, tient aussi en partie au cadre communautaire lui-même. Longtemps le cadre normatif n'a été accompagné d'aucune évaluation digne de ce nom. Le contrôle de l'UE se limitait strictement à un contrôle de la conformité des transpositions effectuées par les Etats-membres, le reste c'est-à-dire la mise en place et les effets concrets, ne relevait pas du niveau communautaire. Ce n'est qu'en 2004 que l'UE s'est lancée dans des processus d'évaluation de la directive cadre et de 11 directives particulières. Cette évaluation répondait à des objectifs assez distincts: celui de mesurer autant que possible les effets des directives et d'en tirer des voies de progrès, mais aussi et au travers de la politique dite de «better regulation» celui de limiter drastiquement toute législation communautaire additionnelle. L'on peut bien entendu discuter les avantages et inconvénients d'une législation communautaire et nous avons montré dans les lignes qui précèdent qu'en matière de RPS, l'on pourrait prétendre à l'existence et à la suffisance d'un cadre normatif au moins implicite. Mais ce caractère implicite est un stimulant faible pour l'action. Plusieurs enquêtes, dont celle menée par l'agence OSHA de Bilbao montrent que l'obligation légale est pour deux tiers des

¹¹ HIRES – *Health and Restructuring* disponible en français sous le titre *Santé et restructurations*.

¹² Selon une belle expression du psychologue français du travail, Y. CLOT dans *Le travail à cœur. Pour en finir avec les risques psychosociaux*, Paris, 2010.

employeurs européens le principal moteur de leur action en matière de RPS! Par ailleurs la soft law très à la mode depuis le début du millénaire a montré elle aussi ses limites notamment en terme de pénétration du tissu des entreprises et donc de couverture des salariés. La diffusion des bonnes pratiques implique des corps intermédiaires puissants tant chez les employeurs que chez mes salariés. Or trop de pays, de régions ou de secteurs d'activité de l'UE en sont aujourd'hui dépourvus sans qu'à ce jour la place ait été prise par d'autres.

Nombre d'arguments relatifs à la soft law valent aussi pour le dialogue social européen. On a vu précédemment que les partenaires sociaux avaient conclu deux accord-cadre importants, l'un sur le stress l'autre sur la violence et le harcèlement au travail. Si le second n'a pas fait l'objet à ce jour d'une véritable évaluation du fait de son caractère relativement récent, le premier a déjà été scruté tant par les partenaires sociaux que par la Commission, les Etats-membres et nombre d'experts indépendants. Et ces travaux aboutissent à trois grandes conclusions: oui, le dialogue social européen a permis dans de nombreux pays une prise en compte du stress au travail qui n'existait pas auparavant, mais d'une part cette prise en compte peut rester très formelle, et de l'autre, lors que l'accord a été surtout transposé par voie conventionnelle ou par des instruments du type guide de bonnes pratiques, le taux de couverture des entreprises et des travailleurs est très inégal.

C'est pourquoi, en dépit de ses limites, on ne peut que regretter le très récent abandon du projet de directive sur l'ergonomie et le stress qui allait donner aux RPS une place explicite et reconnue dans le cadre normatif. Ce projet, pourtant inscrit dans les deux premiers documents stratégiques, vient d'être abandonné au motif que la crise crée de nouvelles priorités. Cet argument pourrait être audible, au moins à titre temporaire, si la Commission n'avait pas annoncé par parallèlement la fin de toute ambition stratégique en la matière: le document qui devait couvrir la période 2013-2017 a été lui aussi retiré ou renvoyé aux calendes grecques!

2.4. *Des notions dépassées?*

Les RPS, expression actuelle du mal-être au travail et véhicule de pathologies aussi nombreuses que diversifiées posent de multiples questions aux cadres d'action communautaires ou nationaux. D'un côté, les travaux menés concluent au caractère multi dimensionnel des risques liés au travail contemporains: et les RPS sont ici au premier plan. De l'autre, les cadres conceptuels qui sous-tendent la plupart des normes restent unidimensionnels. Faut-il par exemple saisir les RPS dans le champ de la santé au travail? La question peut surprendre et pourtant. S'il est clair que les risques psycho sociaux engendrent des altérations non

négligeables de la santé des personnes, les RPS sont-elles d'abord l'affaire de services de santé et de prévention, de comités de santé-sécurité, de médecins et de psychologues du travail, de responsables de la santé-sécurité en entreprises, de prestations de sécurité sociale liées à la santé au travail? Les pratiques européennes semblent pour la plupart tomber dans le même travers: ce sont les acteurs et spécialistes de la santé au travail qui seraient les mieux placés pour traiter des RPS le tout habillé dans une approche sur la priorité devant être donnée à la prévention primaire. Mais en matière de RPS, la prévention primaire ne consiste-telle pas à requalifier et rediriger cette prévention primaire pour aller vers le management du travail et des organisations? De nombreux travaux, à commencer par ceux relatifs aux liens entre restructurations et santé, affirment que la voie «sanitaire» ne peut être que seconde. Traiter sérieusement de la question exige de revenir d'abord sur la question du management, de l'organisation de la communication, de la justice – dans sa triple dimension distributive, procédurale et interactionnelle – sur les lieux de travail et dans l'entreprise.

Une question identique peut être adressée au cadre que constitue le lieu de travail qui s'exprime dans le «au travail» de la santé-sécurité. Tous les experts s'accordent à reconnaître le caractère multifactoriel des RPS, ce qui ne contredit pas par ailleurs le caractère central ou majeur du travail. Pour autant, le constat ne mène pas forcément au développement de stratégies d'actions *ad hoc*. La dimension sociétale du stress est par exemple ramenée à une dimension professionnelle, à la fois légitime et insuffisante. Or nous venons de voir combien cette dimension professionnelle était elle même réduite à une approche sanitaire trop étroite. Sur la dimension extra-professionnelle, l'on ne peut que constater que malgré les préoccupations affichées en matière de conciliation vie professionnelle/vie personnelle, ce dernier pan est très souvent négligé. Quant aux sources de RPS qui trouvent leur origine dans l'organisation de l'habitat et des transports par exemple, il ne se trouve guère d'acteurs ou d'organismes pour s'en saisir. Là encore le potentiel de la directive cadre 89/391 et de la référence de son article 5 à «la santé dans tous ses aspects avec le travail» mériteraient une nouvelle lecture, moins dépendante de l'ancienne approche enfermée dans une représentation du travail passée et dépassée.

3. *Conclusions*

La construction communautaire en matière de santé au travail est sans doute, du point de vue normatif, l'ensemble le plus achevé de ce que certains ont appelé l'Europe sociale. Nous avons là un ensemble complet de directives d'instances de concertation, d'éléments stratégiques qui ensemble font sens. L'impact sur les pays membres et sur l'amélioration des conditions de travail a été significatif et le

reste pour une bonne part. L'arrivée récente des RPS dans cet ensemble est à la fois logique et problématique. Logique car ce mal être lié au travail contemporain avait tout naturellement vocation à être accueilli au sein de l'ensemble normatif reposant sur une directive-cadre au potentiel immense. Problématique parce que les RPS bousculent les frontières, les concepts et les processus hérités de cet ensemble. En d'autres termes si on peut rattacher les RPS aux questions de santé au travail, on ne peut plus se contenter de les traiter comme telles. L'observation vaut pour le niveau communautaire, elle vaut bien entendu pour le niveau national ou local. Ce constat que nous faisons arrive à une période très critique pour l'Union Européenne. La crise de l'euro est quelque part la réalisation de son risque psycho social à elle! Les tensions entre le projet communautaire, les citoyens du continent, l'environnement mondial et les valeurs démocratiques sont parvenues à un niveau très élevé, très risqué pour l'ensemble des nations qui la composent. Les questions posées aux RPS sont le miroir de questions plus globales. Celles du renouvellement, de la refondation d'un modèle aux procès et aux acteurs essoufflés. Celle d'une interrogation sur les valeurs fondatrices. Celles sur notre capacité à nous saisir de la crise non pas pour tomber dans une régression ou une dépression collective mais pour un rebond, une renaissance conjointe et, espérons-le, rayonnante.

The prevention of psychosocial risks in European Union law

by Marco Peruzzi

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Psychosocial Risks in EU Hard Law. 2.1. Psychosocial Risks in the Directives Concerning Safety at Work. – 3. Psychosocial Risks in EU Soft Law. 3.1 The European Strategy 2002-2006. 3.2. The European Agreement on Work-Related Stress. 3.3. The European Agreement on Harassment and Violence at Work. – 4. Psychosocial Risks in the Integration Between Hard and Soft Law Sources in EU Law. Conclusions.

1. *Introduction*

The first European references to the need of including psychosocial risks into the object of the safety requirement date back to the first specific action programme of the European Communities in the field of Health and Safety at Work (1978-1982) adopted by the Council with Resolution of June 29th 1978. In that occasion, it was already held that «Modern technology uses increasingly advanced processes which present new dangers. [...] All chemical, physical, mechanical and biological agents and the psychosocial factors connected with work must be readily recognizable and brought under control or eliminated by suitable means so as to avoid any damage to health or a significant reduction in safety»¹.

The importance of psychosocial risks is confirmed, even if only implicitly, also in the second specific action programme (1984-1988), in due consideration of the need of «maintaining or creating a working environment tailored to the needs of man and his legitimate aspirations»², as well as, explicitly, in the 1990 Resolution on the Commission's action programme relating to the implementation of the Community Charter of fundamental social rights for workers, where the Council calls on the Commission to elaborate a proposal of directive, in force of art. 118 A TEEC, concerning «work-related stress and the prevention of connected diseases» (point 81).

1 Council Resolution of 29 June 1978 on an action programme of the European Communities on safety and health at work (OJ C 165, 11.7.1978, p. 1).

2 Council resolution of 27 February 1984 on the second action programme of the European Communities on safety and health at work, (OJ C 67, 8. 3. 1984, p. 2).

Successively, the Communication on the 1996-2000 programme designs a specific action aimed at dealing with the emerging of new risks for health and safety: in that context the Commission plans to verify, among the others, the impact of new technologies and new methods of production on the health of workers as well as «the influence of excessive stress and personal behaviour on the incidence of work accidents, occupational diseases and work-related diseases» (action no. 3) ³.

Finally, the prevention of psychosocial risks is re-launched as one of the key-priorities of the two most recent Community strategies in this field: the first one, concerning the 2002-2006 period, aiming at promoting «a global approach to well-being at work» ⁴; the second one, covering the 2007-2012 period, oriented towards a better understanding and prevention of new occupational risks, whose nature «is changing in tandem with the acceleration of innovation, the emergence of new risk factors (violence at work, including sexual and psychological harassment, and addictions) and the transformation of work patterns (working life is becoming more fragmented)» ⁵.

From 1978 to 2012 – a date that is emblematically characterised by the European campaign on this topic launched by SLIC (*Committee of Senior Labour Inspectors*) and promoted by Sweden ⁶ – the overview of the above-mentioned documents reveals the continuity of the references to PSRs in European action programmes, as a sort of leitmotiv recurrently confirmed, sometimes implied within macro-targets, sometimes more specifically emphasized in relevant lines of action.

The analysis to be hereby carried out will investigate on how the above mentioned policy references found their roots and were transposed into the European law, by means of both hard law regulatory sources, either of primary or of secondary level, as interpreted by the European Court of Justice, and not-legally binding measures, to be ascribed within the so called *soft law* category.

³ Communication from the Commission on a Community programme concerning safety, hygiene and health at work (1996-2000) COM/95/282 FINAL.

⁴ Communication from the Commission - Adapting to change in work and society: a new Community strategy on health and safety at work 2002-2006, COM/2002/0118 final.

⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Improving quality and productivity at work: Community strategy 2007-2012 on health and safety at work, COM/2007/0062 final.

⁶ See www.av.se/SLIC2012/

2. *Psychosocial Risks in EU Hard Law*

Safety at work represented a fertile ground for the European regulatory intervention by means of legally binding legislative measures, «a prototypical expression of the traditional harmonisation model» (CARUSO 1997, p. 7).

The change and selection of the legal basis meant to confer upon the Council the power to take action in this field were decisive in the evolution of the European approach to the topic and in the definition of the provided standard of protection.

In this regard, the evolutionary process can be divided into five different phases.

1. Until the Single European Act (SEA), which entered into force on the 1st July 1987, the directives concerning Health and Safety at Work were inevitably adopted under Article 100 TEEC (or Article 235), which conferred on the Council the power, «acting unanimously», to issue «directives for the approximation of such laws, regulations or administrative provisions of the Member States as directly affect the establishment or functioning of the common market» (MARESCA 1997, p. 7). As reminded by Advocate General Léger in its Opinion to the famous case *United Kingdom versus Council* (*see infra*), the choice of article 100 as the legal basis was to be explained according to the same principle laid down by the Court of Justice, even if with regard to equal pay, in the *Defrenne II* Judgment, that was: «in the absence of any expressed reference [...] to the possible action to be taken by the Community for the purposes of implementing the social policy it is appropriate to refer to the general scheme of the Treaty and to the courses of action for which it provided such as those laid down in Articles 100, 155 and, where appropriate, 235» (Judgment 8 April 1976, cause 43/75, *Defrenne/Sabena, R.*, p. 455, par. 63).

The functionalistic perspective of Article 100 necessarily affected the characters of the regulatory framework as far as both the *ratio*, given by the protection of the four fundamental economic freedoms, and the legislative decision-making process, which required the unanimous agreement of the Member States, were concerned. As a result, the provisions issued in this phase, significantly represented by directive 80/1107/Eec of 27 November 1980, were designed in order to balance safety requirements with the establishment of the common market. To this purpose, the criterion of reasonable practicability was meant to provide for the parameter against which the required standard of workers' protection was to be measured.

2. With the SEA, «the legal bases that could be invoked to legitimise – and measure the limits of – the harmonisation process in the field of working environment protection were multiplied» (MARESCA 1997, p. 8).

An *ad hoc* legal basis, Article 118 A TEEC, was introduced. It provided that: «Member States shall pay particular attention to encouraging improvements, especially in the working environment, as regards the health and safety of workers, and shall set as their objective the harmonization of conditions in this area, while maintaining the improvements made». The Treaty reform also introduced Article 100 A TEEC, aimed at favouring the establishment of the internal market. Differently from Article 100, from which it represented derogation, it permitted a QMV process within the Council. However, Article 100 and its unanimous vote scheme were still to be applied in the case of directives «relating to the rights and interests of employed persons», according to “the reservation inserted, at the insistence of the then [British] prime minister, Mrs Thatcher” (NEAL 1998, p. 229).

Given the parallel relevance of different possible legal bases conferring powers, their choice for the adoption of secondary regulatory measures was to be carried out, at least theoretically, according to the objectives pursued.

This was a matter significantly addressed by Advocate General Léger in its above-mentioned Opinion: «the delimitation of the respective fields of application of Articles 100 A and 118 A is not based on a distinction between the possibility of adopting measures of general application, in the one case, and specific measures relating to a particular area, in the other; the distinction between those two provisions is based on the fundamental aim pursued. Article 100a constitutes the appropriate legal basis whenever a harmonization measure has as its *fundamental object* the establishment of the *internal market* even though, in order to achieve that goal, the measure must, in accordance with Article 100 A, ensure a high level of protection as regards the safety and health of workers [...]. On the other hand, Article 118 A serves as the legal basis for directives *relating to the safety and health of workers* which do not have as their fundamental object the establishment of the internal market and which accordingly do not relate either to the elimination of barriers to trade or to the introduction of conditions in which competition is free from distortions» (point 73).

In other words, the power conferred by Article 118 A TEEC – differently from the ones deriving from Articles 100 and 100 A TEEC – could be exercised «whenever it is not the case of affecting the regulation of fundamental freedoms, of customs union and competition, as well as of the establishment of the internal market» (MARESCA 1997, p. 9).

For the purpose of our analysis, the shift marked by the SEA reform in the evolution of EU law was crucial in respect to several aspects.

Firstly, Article 118 A TEEC finally provided the “expressed reference” missing in the field of social policy. As a result, the standard of protection shifted from the criterion of reasonable practicability to the principle of total prevention, which

calls for the highest technologically possible level of safety (APARICIO TOVAR 1996; ARRIGO 2007).

This is what can be assumed by reading the framework directive 89/391/EEC.

At the Ninth Recital, it is asserted that “national provisions on the subject, which often include technical specifications and/or self-regulatory standards, may result in different levels of safety and health protection and allow competition at the expense of safety and health”; at the 13th Recital, it is clarified that “the improvement of workers' safety, hygiene and health at work is an objective which should not be subordinated to purely economic considerations”. Finally, the overall principle underlying the safety requirement is defined as the prevention of all risks and the assessment of all risks that cannot be avoided, taking into consideration the technical progress (Article 6.2, let. a), b), e)). As the directive does not make any distinction, in risk assessment, «between the certain risks and the only probable ones», some legal scholars argued that the principle of precaution, «which requires to control, besides the well-known risks, also those that are still hypothetical and not completely known», laid down by Article 191 TFEU (former Article 174 TEC), «is already implied in directive 89/391» (BONARDI 2008, p. 17). Such a principle is meant to strengthen «the concept of “limit” against the absoluteness of economic powers» as well as «the search for a balance and compatibility with other interests (work and environment-related), in order to prevent from arbitrary uses and disruptive social impacts» (TULLINI 2008, p. 1264).

3. The third evolutionary phase of the European action on the topic, which corresponds to the adoption of the Agreement on Social Policy, can be considered, for the purpose of this essay, as a transitory and merely «virtual» phase. In fact, given the need to guarantee the legally binding effect of regulatory acts towards all the (then) twelve Member states, UK included, the Community persists in referring to Article 118 TEC as the legal basis for the enactment of harmonisation measures in the field of safety at work, notwithstanding the novelty of Article 2, ASP.

4. It is only with the Treaty of Amsterdam and the incorporation of the ASP into the EC Treaty, that Article 137 TEC becomes the new *ad hoc* legal basis for European actions in this field. This implies, as a significant consequence, the compulsory involvement of the social partners in the decision-making process, no longer only through the tripartite Consultative Committee for Safety, but through the institutionalised procedure laid down by Articles 138 and 139 TEC (now Articles 154 and 155 TFEU), which includes the possibility for the social partners to initiate a negotiation after being consulted by the Commission.

5. Finally, a fifth evolutionary phase can be described as starting from the entry into force of the Lisbon Treaty. This is not qualified by an amendment of the legal bases conferring power on the topic, but by an integration of the relevant primary sources of the EU legal system. Specifically, Article 31, par. 1, of the Nice Charter, under the title “Fair and just working conditions”, guarantees that «Every worker has the right to working conditions which respect his or her health, safety and dignity». The attribution to the Charter of «the same legal value of the Treaties» under art. 6 TEU raises the question, as well known, about the reassessment of the constitutional order of the Union and, in particular, about the criteria that, in this renewed context, govern the balance between economic freedoms and fundamental social rights. This is particularly noteworthy in the context of H&S given the need to find interpretative criteria to coordinate provisions laid down under different legal bases, provisions that, «aimed at pursuing different objectives», can «affect the same situation» in an uneven or contradictory manner (MARESCA 1997, p. 29). In fact, this explains the recurrence with which the Commission in the strategies 1996-2000, 2002-2006 and 2007-2012 indicates the aim of ensuring “consistency between Community provisions adopted as part of the completion of the internal market (Article 100 A), which lay down the main safety and health requirements to be met during the design, manufacture and marketing of products, and directives adopted on the basis of Article 118 A, which relate to their use at the workplace” (pag. 7, 1996-2000), the aim of “mainstreaming health and safety in other Community policies” (par. 3.3.3, Strategy 2002-2006) and “strengthening policy coherence”, (par. 5.4 Strategy 2007-2012), specifically “improving linkage with the Community rules on the manufacture and marketing of work equipment and chemical products” (par. 3.3.3, Strategy 2002-2006).

2.1. *Psychosocial Risks in the Directives Concerning Safety at Work*

The distinction of the different phases that have characterised the evolution of the Community power to take action in the field of safety at work does not merely aim at providing a historical description.

In fact, the valorisation of psychosocial risks in EU hard law was deeply affected by the evolution and consequent selection of the legal basis under which directives were adopted and by the related impact both on the normative provisions and on their interpretation by the Court of Justice.

A major role was played by Article 118 A TEEC, as introduced by the SEA, in consideration of its expansive potentiality. As it was noted, the use of a «new and unifying concept» such as «working environment» was immediately emphasised by the European institutions (DEL PUNTA 1999, p. 155). The «*Salisch Report*»

issued by the Social and Employment Affairs Committee of the European Parliament ⁷, the third action programme set by the Commission ⁸ and, above all, the draft versions of framework directive 89/391/Eec provide the most relevant examples of this approach. In particular, as far as the framework directive is concerned, although its final version did not keep the initial expressed references to psychosocial risks, nevertheless it marked, thanks to the new legal basis provided by Article 118 A, a significant shift of the evolution of the normative standard towards a logic of «total prevention» (TULLINI 2008).

The standard of protection is freed from economic constraints, the scope of the safety requirement is extended to «every aspect related to the work» (art. 5.1) as well as to «all stages of work in the undertaking». Prevention is meant to cover «technology, organization of work, working conditions, social relationships and the influence of factors related to the working environment» (art. 6.2, let. g). All the provisions are grounded on the basic principle requiring the work to be adapted to the individual, «especially as regards the design of work places, the choice of work equipment and the choice of working and production methods, with a view, in particular, to alleviating monotonous work and work at a predetermined work-rate and to reducing their effect on health» (art. 6.2, let. d). In other words, the absence of explicit references to psychosocial risks did not prevent some legal scholar from detecting in the evolution shift marked by dir. 89/391 the reference to «an “all-embracing” notion of health, inclusive both of physical and psychical wellbeing, with connected fight against stress», «a conception that, originated in Scandinavian countries, spread to the Continental and Mediterranean European countries» (CARUSO 1997, p. 4; PASQUARELLA, RICCI 2008).

The same interpretative perspective was sustained by the Court of Justice in the Judgement *United Kingdom versus Council* and repeatedly reinforced by the Commission ⁹.

One could argue that the hermeneutical solution reached by the ECJ in the mentioned case was aimed at justifying, *a posteriori*, the choice of Article 118 A TEC, instead of Article 2 ASP or Article 100.2 TEC, as the legal basis for the enactment of a directive concerning working time (BARNARD 1997; DASHWOOD 1997; FITZPATRICK 1997). Many scholars ascribed this choice to political, rather

⁷ *The Concept of the Working Environment and the Scope of Article 118 A of the Eec Treaty*, “Salisch Report”, PE Doc A 2-226/88, 21 October 1988. See KENNER (2003) and NEAL (1998).

⁸ Commissione europea, *Communication on its programme concerning safety, hygiene and health at work*, 21 December, 1987 (88/C 28/02), spec. *Summary*; Consiglio, *Resolution on safety, hygiene and health at work*, 21 December 1987, OJ C 028 , 03/02/1988, p. 0001 – 0002. See NEAL 1998, p. 231.

⁹ Absent in the final version of dir. 89/391, nevertheless explicit references to PSRs can be found in the coeval H&S-at-work directives 90/270/Eec on visual displays and 92/85/Eec on maternity protection.

than strictly legal, reasons. On one hand, there was the need to set provisions legally binding for all the Member states, UK included, thus avoiding the legal questions Article 2 ASP would have exposed to; on the other, there was the need to bypass the veto that UK would inevitably have exercised should the voting procedure have required an unanimous consent within the Council.

Besides the political reasons that might have influenced the selection of the legal basis first, and the hermeneutical solution of the ECJ after, it is hereby extremely important to analyse the notion of working environment and of health used by the judges of Luxemburg to reject the pleas made by the United Kingdom and thus to confirm the validity of the working time directive.

First of all, the notion of «working environment», as the parameter delimiting not only the power conferred upon the Council but also the scope of the safety requirement, is envisaged as «embracing all factors, physical or otherwise, capable of affecting the health and safety of the worker in his working environment» (point 15). Among the «otherwise factors», the Court indicate «certain aspects of the organization of working time», thus adopting an all-encompassing concept of risk and highlighting the close relationship between the safety requirement and the organisation dimension.

In order to support its interpretation of the words «safety» and «health», the Court, with a sort of cross-fertilisation between legal systems, refers to the wording of «the preamble to the Constitution of the World Health Organization to which all the Member States belong. Health is there defined as a state of complete physical, mental and social well-being that does not consist only in the absence of illness or infirmity» (point 15). In this regard, it is noteworthy that such a definition had already been referred to by the Commission in its proposal for the working time directive of 20 September 1990 in order to justify the use of Article 118 A TEC as the legal basis for its adoption.

Therefore, if the good to be protected is defined according to an extremely elastic notion, which requires the «completeness» of the state of well-being on the triple physical, mental and social level, this will results in an equally elastic delimitation of the set of the sources of risk that can be envisaged as potentially harmful. Within such a set, the above-mentioned «otherwise factors» can be more properly described as «psychosocial risks».

In other words, the interpretation of the Court calls for «a broader standard of protection of working environment as inclusive of all the actions directly or indirectly connected to health and safety and to the physical and psychical wellbeing of the worker» (CARUSO 1997, p. 2, footnote). The notion to be referred to «does not only indicate the physical place where the work performance is carried out»; on the contrary, it turns out to be «a concept with

various meanings [...] featuring several aspects», among which «technology and work organisation», «social relationships and the physical-psychical wellbeing of people» (TULLINI 2008, p. 1268).

3. *Psychosocial Risks in EU Soft Law*

The analysis of the policy documents issued by the Commission on the topic of Health and Safety at Work reveals that the interest for the development of non-legally binding measures in this field increased, from the mid-90s, together with a more explicit and focussed attention of the European strategies for the prevention of psychosocial risks.

In this shift, legal scholars detect «a change in the policies of the Community action and in the methods [thus far] privileged, in the field of working environment protection. Apparently this implies that the propelling force of regulatory law as the privileged instrument for harmonising national systems has come to an end» and it can be assumed that «the normative output of regulatory nature might have reached its critical mass» (CARUSO 1997, p. 25).

As already stated above, this change is connected to a reinforced attention for psychosocial risks.

In its Medium-Term social action programme 1995-97 of 12 April 1995, the Commission presents its intention to elaborate guidance-instruments for the prevention of violence and stress at work, relying on the contribution provided by OSHA (Bilbao Agency), which at that moment had just been instituted ¹⁰.

This perspective is confirmed, few months later, in the Community programme 1996-2000, where, on one hand, the Commission indicate as a first area of action the issue of non-binding guides to legislation (ARRIGO 2007), and, on the other, explains the need to intensify or initiate investigations on new health and safety risks, specifically those connected to new technologies, production techniques, violence at work and work-related stress (action n. 3). The two areas of intervention are specifically merged by the Commission, who identifies in the thematic area of new emerging risks a further area for the development of soft techniques (pag. 22).

According to the policy lines described above, in 1996 the Commission, within its «Guidance on risk assessment at work», highlights the necessity that employers should review «psychological, social and physical factors that might contribute to

¹⁰ European Commission, *Medium-term social action programme 1995-1997*, 12 April 1995, COM(95) 134 final.

stress at work», focussing on «how they interact together and with other factors in the work organisation and environment» (pag. 16). As an exemplification of the possible psychological factors that need to be reviewed in risk assessment, the Commission draws attention to «severity of work (intensity, monotony), workplace dimensions (e.g. claustrophobia, working alone); role ambiguity and/or conflict; contribution to decision making affecting work and task; high demand, low control of work; reactions in event of emergencies» (annex I, pag. 33).

In 2000, following a report produced by the CCHS in 1997, the Commission reinforces its action on the topic issuing the *Guidance on work-related stress. Spice of life or kiss of death?*¹¹.

The perspective adopted in that context is particularly interesting for the purpose of our analysis.

In fact, fostering an interpretative position that will be reasserted few years later in the letter of consultation on stress at work to the social partners, the Commission argues that despite the absence of legal provisions specifically aiming at work-related stress, nevertheless several European directives apply to work-related stress and its prevention. Specifically, the Commission explains that the employers' "duty to ensure the safety and health of workers *in every aspect related to work*", as provided and detailed by Council Directive 89/391/EEC, clearly embraces the topic dealt with by the Guidance, namely work-related stress and its causes. Similarly, the duty of employers to develop "a coherent overall prevention policy" represents the base for many of the proposals presented in the document (pag. 28). Besides, the Commission reminds the directives 90/270/EEC and 92/85/EEC as the ones making expressed references to the necessity of considering mental stress in risk assessment (*see above, footnote no. 9*).

3.1. *The European Strategy 2002-2006*

If the perspective of action envisaged in the programme 1996-2000 did not remain a mere declaration of intent but was specifically translated into the guidance document of the Commission, the same perspective received a reinforced attention in the strategy 2002-2006, thus meeting a specific target indicated by the European Council of Nice in the European Social Agenda of 2000.

¹¹ European Commission, *Guidance on work-related stress. Spice of life or kiss of death?*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2000. Manuscript completed in 1999.

The key-elements defining the strategy are, on one hand, «a global approach to well-being at work, taking account of changes in the world of work and the emergence of new risks, especially of a psycho-social nature», on the other hand, the promotion of a combination of «a variety of political instruments, such as legislation, the social dialogue, progressive measures and best practices, corporate social responsibility and economic incentives» (pag. 3).

In particular, besides focussing on the need of ensuring a better application of existing law and of adapting the legal and institutional framework, the Commission valorises the use of *soft law* instruments, such as benchmarking and best practices identification, corporate social responsibility, and, above all, voluntary agreements concluded by the social partners. As far as voluntary agreements are concerned, the Commission explains that «the various elements of the social dialogue structure might usefully address certain of the new risks, more especially stress, whose multifarious nature — bearing in mind the wide range of complaints which can be related to it — fully justifies an approach of this kind, involving the social partners». In this regard, the Commission announces that in 2002 it would «open consultations with the social partners on stress and its effects on health and safety at work, pursuant to the procedure laid down in Article 138 of the Treaty».

3.2. *The European Agreement on Work-Related Stress*

In order to fully understand the content and the scope of the European Agreement on work related stress it is necessary to take in due consideration the confrontation between the different positions of the social partners and the subsequent compromise achieved in the bargaining process¹².

First of all, particular attention must be paid to the gap between the trade unions' perspective, which called for the regulation of the phenomenon to focus on its collective and work related characteristics, and the interest of employer organisations for confining the relevance of the phenomenon within the individual and subjective sphere of each worker as well as for avoiding any expressed reference to dir 89/391/EEC.

The deadlock was overcome by adopting a definition of stress intentionally vague, scientifically incorrect, besides being individually focussed and subjective: «Stress is a state, which is accompanied by physical, psychological or social complaints or dysfunctions and which results from individuals feeling unable to

¹² See Etuc, *Framework agreement on work-related stress. An Etuc Interpretation Guide*, in http://www.etuc.org/IMG/pdf/Brochure_stress_EN-3.pdf.

bridge a gap with the requirements or expectations placed on them». From a legal perspective, this compromise results into a definition of purely descriptive nature, with no prescriptive value: «reading the Agreement, the need for prescriptive certainty remains unsatisfied» (CALAFÀ 2009, p. 190).

The interest of ETUC for making the Agreement a complementary instrument to the regulatory hard law framework was met where it is clarified that «Under Framework Directive 89/391, all employers have a legal obligation to protect the occupational safety and health of workers. This duty also applies to problems of work-related stress in so far as they entail a risk to health and safety». In this context, the overall risk assessment process is indicated as one, if not the first, of the instruments to address work-related stress issues.

Another key aspect concerns the exclusion of violence at work, harassment and post-traumatic stress from the scope of the agreement.

Although the 2004 Agreement expressively recognises these phenomena as «potential work related stressors», the social partners put off their regulation, anticipating their intention to «explore the possibility of negotiating a specific agreement on these issues». This choice was probably conditioned by the previous failure of the negotiations on sexual harassment. Given the limited scope of the Agreement, the social partners do not provide an in-depth description of «interpersonal conflicts», a category that is therefore reduced to «subjective factors (emotional and social pressures, feeling unable to cope, perceived lack of support, etc.)».

In this sense, it can be detected a significant shift between the theoretical base of the agreement, –the same used by the Commission in the guidance of 1999 and by OSHA in its reports produced from 2000 on¹³ – which can be clearly detected where harassment and violence at work are expressively indicated as potential work-related stressors, and the scope of the regulation, which is confined into a more restricted area.

Nevertheless, the conception according to which the relationship between work-related stress and violence works both ways¹⁴, as the former can be a potential contributory cause to the latter and vice versa, is confirmed in the following agreement of 2007 (*see infra*). In that context, in fact, on one hand, it is clarified that «The work environment can influence people's exposure to harassment and violence» (par. 3), on the other, the work environment, as explained by the

¹³ *Ex multis*, OSHA, *Research on Work-related stress*, report by COX T., GRIFFITHS A., RIAL-GONZÁLEZ E., LUXEMBOURG: Office for Official Publications of the European Communities, 2000, in *osha.europa.eu*.

¹⁴ Violence at work is to be broadly interpreted, as it will be later explained, as inclusive of mobbing.

ETUC Commentary to the 2007 Agreement, is «to be understood in a broad sense including work organisation, working conditions and work content»¹⁵.

It is worth mentioning that the 2004 Agreement led to specific sectoral translations by means of several *soft* instruments of so called «new generation». In a chronological order, there are the Joint Declaration of the electricity sector (8 October 2004), the Joint Recommendation of the construction sector (10 January 2006), the Joint Declaration of the private security sector (9 June 2008), and finally the guidelines «Good Work Good Health» aimed at improving mental well-being in the telecommunication sector, which were adopted in February 2011.

3.3. *The European Agreement on Harassment and Violence at Work*

Indicated as a target by the social partners since the work programme 2003-2005, announced by the Commission in the strategy 2007-2012, finally subscribed on the 26th April 2007, the Agreement on violence at work is the first to be defined by the social partners, under explicit request of ETUC, as an «autonomous agreement» instead of «voluntary» (in conformity with the classification set by the Commission in its 2004 Communication on social dialogue, Com(2004)557 def).

Once again, the normative text reveals the several compromises reached during the bargaining process, compromises that recall some of the issues already arisen during the negotiation of the Agreement of work-related stress in 2004.

The reference to dir. 89/391 – meaning the inclusion and relevance of the topic within the area of Health and Safety at Work –, still obstructed by employer organisations, is here confined in a footnote among the various possible examples of EU laws aimed at requiring employers to protect employees against harassment and violence at work.

The gap between UNICE and ETUC was significant also in respect to the scope of the agreement. Specifically, at the very beginning, the employer organisations did not want it to include violence; then they insisted on having the phenomenon confined in its horizontal dimension (namely only amongst colleagues and not between the employer/superiors and subordinates) and with no reference to third party violence. As a result of such compromise, the final text included both vertical and third party violence, yet with the specification that «criminal offences [...] require the intervention of public authorities», so that employers cannot be blamed for or take on any responsibility for the increasing of violence within

¹⁵ Etuc, *Autonomous Framework Agreement on Harassment and Violence at Work. An Etuc Interpretation Guide*, http://www.etuc.org/IMG/pdf/pdf_CES-Harcelement-Uk-2.pdf, p. 11.

society. Stating that «certain groups and sectors can be more at risk», the social partners intended to call on the sectoral social dialogue to take further action, which, as a matter of fact, was actually carried out with the adoption of several «new generation» soft measures: the Joint Declaration of the electricity sector (September 2007), and of the gas sector (15 November 2007), the prevention tool-kit against third party violence of the commerce sector (21 October 2009) as well as the multi-sectoral guidelines on third party violence (30 September), which were expressively requested by the Committee on Employment and Social Affairs of the European Parliament in a 2007 motion for a Resolution, calling on the Commission to present proposals on the topic in case of failure of the negotiations ¹⁶.

Keeping the analysis focussed on the scope of the Agreement, it is worth noticing that the text does not expressively mention mobbing. The Commentary provided by ETUC, which reproduces the taxonomy used by the ETUC delegation during the negotiations on the EU framework agreement – even if, it is specified, «it should not be considered as the sole recommended taxonomy of violence and harassment at work» -, includes mobbing among the various typologies of «psychological violence». In this sense, the reference to the phenomenon becomes clearer where the agreement specifies that the forms of violence can be «more systematic patterns of behaviour», «be amongst colleagues, between superiors and subordinates», «range from minor cases of disrespect to more serious acts». Besides, these behaviours, in order to be qualified as a form of violence, are required to be carried out «with the purpose or effect of violating» someone else's dignity, thus subsequently affecting his/her health.

Another significant provision is the one concerning the prevention measures, such as the adoption of «a clear statement outlining that harassment and violence will not be tolerated» and specifying «procedures to be followed where cases arise», which «include an informal stage in which a person trusted by management and workers is available to give advice and assistance». In this regard, despite the early intention of employer organisations to limit the measures to the nomination of a trusted individual and not to discuss any further procedures, the Agreement requires employers, in consultation with workers and/or their representatives, to «establish, review and monitor these procedures to ensure that they are effective both in preventing problems and dealing with issues as they arise».

¹⁶ European Parliament, Committee on Employment and Social Affairs, *Report on the Community strategy 2007–2012 on health and safety at work* (2007/2146(INI)), Rapporteur: Glenis Willmott.

4. *Psychosocial Risks in the Integration Between Hard and Soft Law Sources in EU Law. Conclusions*

As far as the topic of psychosocial risks at work is concerned, the regulative framework on Health and Safety at Work at EU level sets a multifaceted system of sources, which have different legal value, nature and scope.

The attention of European institutions for the topic is confirmed by the several references made in their policy documents since 1978. The framework directive 89/391/EEC itself provides, even if not explicitly but only by interpretation, a strong hard base for the protection.

The hermeneutical perspective according to which the wide propositions of the directive also apply to psychosocial risks is supported by a wide bunch of elements: the drafts, opinions and amendments proposed during the decision-making process that led to the enactment of the directive 89/391 by the Council; the notions of «working environment» and «health» referred to by the Court of Justice in the judgment *United Kingdom versus Council*; the broad interpretation repeatedly sustained by the Commission.

Given these premises, apparently the main issue underlying the evolution of the EU system of sources in the field of PSRs does not concern the existence of a hard law base of protection but rather its actual implementation and enforcement; in other words, its effectiveness.

This shortcoming is strongly highlighted by the Commission in a 2004 report about the practical implementation of the provisions of the Health and Safety at Work directives¹⁷. In this document, the Commission denounces the lack of consideration for PSRs in risk assessment by national laws implementing the framework directive. Specifically, it underlines that «the points to be improved concerning the practical implementation of the provisions related to the risk assessment are the following:

- In the course of superficial, schematic procedures the focus is being put on obvious risks. Long-term effects (e.g. mental factors) as well as risks that are not easily observed are being neglected, as for example the ones caused by chemical substances.
- There is hardly any consideration of psychosocial risk factors and work organisational factors» (pag.16).

¹⁷ European Commission, Communication on the practical implementation of the provisions of the Health and Safety at Work, Directives 89/391 (Framework), 89/654 (Workplaces), 89/655 (Work Equipment), 89/656, (Personal Protective Equipment), 90/269 (Manual Handling of Loads) and 90/270 (Display Screen Equipment), COM (2004) 62 FINAL, Brussels, 05.02.2004.

In conclusion, «the feeling of the working population indicates that much still needs to be done as regards work control and work organisation preventing high cadences and repetitive work and also psychosocial risks. This suggests an insufficient application of some of the general principles of prevention foreseen in the Framework Directive 89/391 and its five first individual Directives» (pag. 31).

The shortcoming reported by the Commission explains the renewed attention to the topic fostered in the strategies 2002-2006 and 2007-2012 as well as the necessity of further regulative actions besides the operative guidance adopted by the Commission in 1999. Such actions, still of soft law nature, found their roots in the so called social dialogue of new generation, firstly with the framework autonomous agreements concluded at intersectoral level, specifically in 2004 and 2007, then with the joint declarations, guidelines and recommendations produced at sectoral and/or multisectoral level.

However, the outcome stemming from such a weave of sources still gives room to some perplexities.

Once again, it is the Commission, in its report on the evaluation of the implementation of the agreement on work-related stress issued in February 2011, to denounce the insufficient standard of protection against PSRs, despite the increased awareness on the topic especially as far as the phenomenon is considered as «a structural problem linked to work organisation» and notwithstanding the several model of implementation reported in the Member States (pag. 2) ¹⁸. As the Commission notices, «as regards coverage, the Agreement has not been implemented in all Member States, and where social partners have chosen non-binding agreements and unilateral action, not all workers are covered». Besides, in twelve Member States, «social partners do not seem to have used to the full the potential of the Agreement for improving awareness and understanding of work-related stress and the proposed solutions»; «in many Member States, not all of the areas addressed in the Agreement are included in the national implementing measure» (pag. 3). In conclusion, «this means that there are persistent discrepancies in the levels of protection available across Member States, and that it is not possible to conclude that a minimum level of protection has been established throughout the EU. Worryingly, social partners in Bulgaria, Estonia, Greece, Italy, Lithuania, and Malta have not reported on the implementation of the Agreement». «There is room for improvement, both at national and EU level» and «there is therefore scope for all stakeholders to consider further initiatives to ensure that the objective is reached».

¹⁸ Commission staff working paper, *Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Work-related Stress*, Brussels, 24.2.2011 SEC(2011) 241 final.

The shortcoming of the standard of protection is highlighted also by the European Parliament in a 2011 Resolution¹⁹. The EP «deplores the fact that in 2009 several Member States did not focus their national strategies on the three priorities of the EU strategy», first of which is «stress and burn-out at work» (par. 3), and «regrets the unequal application across the EU of the Framework Agreement on Work-related Stress», thus calling on the Commission «to take every necessary measure to ensure that this agreement is implemented in every Member State» (par. 16). It «stresses that the main obstacles to concern for psychosocial risks at work are perceived sensitivity to the issue, lack of awareness, lack of resources and lack of expertise» (par. 68). Even more significantly, the EP «regrets the fact that there is no single common definition of moral harassment at the European level», thus calling on the Commission and the Member States «to develop effective national strategies for combating violence at work which are based on a definition of moral harassment common to the 27 Member States» (par. 92).

However, for some aspects, this Resolution raises some perplexities. The EP proposes, as the main action to reduce «the rising number of stress-related illnesses», the introduction of stress management training courses, in particular for young people, «which should encompass social skills, including interpersonal communication and the ability to cope with conflict situations» (par. 66). This proposal, in fact, shifts the balance of the regulation towards the individual and subjective aspects of work-related stress.

Not to mention that the same perspective is apparently fostered by the way the Commission, in the strategy 2007-2012, ascribes the prevention of psychosocial risks at work to the target «Promotion of mental health at the workplace», explaining that according to WHO, «depression will be the main cause of incapacity by 2020» (par. 7.2).

Apparently, the gaps and discrepancies between the collective and the individual dimension rose during the bargaining process of the agreements on work-related stress and violence at work are all but overcome.

Besides, there are at least three unsettled issues that will have to be dealt with in the near future, since they are crucial for the development of the EU regulative framework in this field.

First of all, the conceptual definition of PSRs, intentionally avoided by the social partners in the two framework agreements which, in the compromise, fragment their regulation and trace vague notions; the (missing) link with

¹⁹ European Parliament resolution of 15 December 2011 on the mid-term review of the European strategy 2007-2012 on health and safety at work (2011/2147(INI)).

antidiscrimination law, solely touched on, in a footnote, by the 2007 Agreement, where, referring to some examples of EU laws on the topic, the social partners remind, besides the framework directive 89/391, also directives 2000/43/EC, 2000/78/EC, 2002/73/EC; finally, the impact of soft law on the effectiveness of the harmonisation process and, in particular, the margins and dynamics of action of CSR, which has been re-launched by the Commission in the new strategy 2011-2014.

Any answers to these questions hardly seem to be forthcoming. In fact, it is not good news that the Commission has postponed the adoption of the new 2013-2020 European strategy on Health and Safety at Work to indefinite date.

Bibliographical references

- APARICIO TOVAR J. (1996), *Sicurezza sul lavoro*, in *Dizionario del diritto del lavoro comunitario* (1996), p. 567.
- ARRIGO G. (2007), *La tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori nell'ordinamento comunitario*, in *Ambiente e sicurezza del lavoro* (2007), p. 5.
- BAYLOS GRAU A., CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S. (edited by) (1996), *Dizionario del diritto del lavoro comunitario*, Bologna: Monduzzi.
- BARNARD C. (1997), *The Judgment of the Ecj in United Kingdom v. Council. The Working Time Directive*, in *Cels Occasional Paper*, n. 2, p. 1.
- BARNARD C. (2000), *EC Employment Law*, Oxford University Press.
- BIAGI M. (1992), *L'ambiente di lavoro e la politica sociale comunitaria: il caso italiano*, in *Lavoro e diritto*, p. 237.
- BONARDI O. (2004), *La sicurezza del lavoro nella Comunità europea, nella Costituzione e nella legge di semplificazione n. 229/03*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, p. 437.
- BONARDI O. (2008), *La Corte di giustizia e l'obbligo di sicurezza del datore di lavoro: il criterio del reasonably practicable è assolto per insufficienza di prove*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, II, p. 12.

- CALAFÀ L. (2009), *Nuovi rischi e nuovi strumenti di prevenzione nelle Pubbliche Amministrazioni*, in *Il lavoro negli enti locali: verso la riforma Brunetta* (2009), p. 185.
- CARUSO B. (1997), *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro*, in *Ambiente, salute e sicurezza* (1997), p. 1.
- CARUSO B. (2010), *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT, 81/2010 (www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_int.htm)
- DASHWOOD A. (1997), *The Working Time Judgment in a Wider Perspective*, in *Cels Occasional Paper*, n. 2, p. 23.
- DE CRISTOFARO M. (1988), *La salute del lavoratore nella normativa internazionale e comunitaria*, in *Relazioni industriali*, 15, p. 326.
- DEL PUNTA R. (1999), *Tutela della sicurezza sul lavoro e questione ambientale*, in *Diritto delle relazioni industriali*, p. 151.
- FITZPATRICK B. (1997), *Straining the Definition of Health and Safety?*, in *Industrial law journal*, p. 115.
- GOTTARDI D. (2008), *Lo stress lavoro-correlato: il recepimento dell'Accordo quadro europeo*, in *Guida al lavoro* n. 26, p. 20.
- GOTTARDI D. (2010), *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, Giornate di studio Aidlass, Parma 4-5 June 2010, in www.aidlass.org and in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 128, p. 509.
- KENNER J. (2003), *EU Employment Law. From Rome to Amsterdam and beyond*, Oxford and Portland, Hart Publishing.
- LAMBERTUCCI P. (2010), *Sicurezza sul lavoro e rischi psico-sociali: profili giuridici*, in *Diritti lavori mercati*, 2010, p. 347.
- LEPORE M. (2003), *Il riassetto normativo in materia di sicurezza del lavoro (disegno di legge n. 776 – legge di semplificazione 2001) e la strategia comunitaria 2002-2006*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, p. 181.
- MALZANI F., GUAGLIANONE L. (edited by) (2007), *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie*, Milano, Giuffrè.
- MARESCA A. (1997), *Ambiente di lavoro e protezione comunitaria*, Giuffrè, Milano.

- MONTUSCHI L. (1986), *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, F. Angeli, Milano.
- MONTUSCHI L. (edited by) (1997), *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, Giappichelli.
- NEAL A. C. (1998), *Regulating Health and Safety at Work: Developing European Union Policy for the Millennium*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, p. 217.
- PASQUARELLA V., RICCI M. (2008), *La tutela della salute dei lavoratori tra dimensione nazionale ed europea*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2/08, p. 223.
- PASQUARELLA V. (2012), *La disciplina dello stress lavoro-correlato tra fonti europee e nazionali: limiti e criticità*, in *I Working Papers di Olympus*, n. 6/2012, <http://olympus.uniurb.it/images/wpo/wpo6.2012-pasquarella.pdf>
- PERUZZI M. (2011), *La valutazione del rischio da stress lavoro-correlato ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. 81/2008*, in *I Working Papers di Olympus*, n. 2/2011, <http://olympus.uniurb.it/images/wpo/wpo2-2011.peruzzi.pdf>, pp. 1-46.
- RUSCIANO M. and NATULLO G. (edited by) (2007), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, Utet, Torino.
- SMISMANS S. (2003), *Towards a New Community Strategy on Health and Safety at Work? Caught in the Institutional Web of Procedures*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, p. 55.
- SMURAGLIA C. (2002), *Sicurezza del lavoro e obblighi comunitari. I ritardi dell'Italia nell'adempimento e le vie per uscirne*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, p. 183.
- SMURAGLIA C. (2007), *Quadro normativo ed esperienze attuative in tema di sicurezza e igiene del lavoro: nuove prospettive di coordinamento e di interventi urgenti*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, suppl. 2, p. 5.
- TULLINI P. (2008), *Sicurezza sul lavoro e modello sociale europeo: un'ipotesi di sviluppo*, in AA.V.V., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, tomo II, Bari, Cacucci editore, pp. 1257 ss.
- WELZ C. (2008), *The European Social Dialogue under Articles 138 and 139 of the EC Treaty*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International.
- ZILIO GRANDI G. (edited by) (2009), *Il lavoro negli enti locali: verso la riforma Brunetta*, Torino: Giappichelli

Les risques psychosociaux, une analyse juridique comparée entre le Nord et le Sud de l'Europe

de Loïc Lerouge

En fait comme en droit, la prévention des risques «physiques» est prépondérante par rapport à la prévention des risques «psychosociaux». L'approche sur un tel sujet est néanmoins très différente d'un bout à l'autre de l'Europe si l'on compare les pays du Nord et les pays du sud du continent. La santé au travail doit être entendue dans un sens global car le droit à la santé est inaliénable. Sans nier bien-sûr le rapport de subordination au sein de l'exercice du contrat de travail, entrer dans une entreprise ou dans une relation contractuelle de travail n'aliène pas le volet mental de la santé, l'objet de la prestation de travail est la personne qui est dotée d'un corps et d'un esprit.

Or, la culture développée autour des «risques professionnels» ou de «l'environnement de travail» selon le pays étudié est finalement soit assez restreinte soit assez large pour envisager la «santé physique et mentale». Transformer ses approches au sein du système juridique est en revanche encore un nouveau défi. Même si la protection de la santé mentale est affichée au même titre que celle de la santé physique, la pratique du droit du travail et plus précisément du droit de la santé-sécurité au travail est davantage dirigée vers la santé physique.

Des explications peuvent être trouvées au regard du caractère particulier des risques psychosociaux qui diffèrent des risques dits «traditionnels» (risques chimiques, ports de charge lourde, risque de chute, etc.). Ces derniers sont en effet facilement objectivables, des normes techniques et de sécurité précises les encadrent. Ils sont aussi facilement mesurables. Les risques psychosociaux sont en revanche très différents. Ils renvoient le travailleur à son rapport au travail et à l'environnement professionnel. Dis d'une autre manière, les risques psychosociaux intègrent la dimension subjective de la personne. Selon les individus, les réactions et les protections seront différentes face à des situations de stress par exemple. Les facteurs de risques psychosociaux sont pour beaucoup difficilement objectivables et empêche de leur appliquer un régime juridique adapté. Enfin, la frontière entre la vie professionnelle et la vie personnelle s'efface désormais.

De nombreuses questions se posent alors: faut-il légiférer sur la question des risques psychosociaux? Les dispositifs juridiques existants sont-ils suffisants pour s'en saisir? Mais en arrière plan, la grande question est bien elle de l'effectivité du droit de la santé-sécurité au travail. Au regard des pays étudiés, il existe bien des dispositifs susceptibles de s'appliquer aux risques psychosociaux, mais en pratique ils ne se traduisent que très rarement d'effets. La prévention est encouragée, est obligatoire, mais celle-ci n'est sanctionnée qu'une fois le risque réalisé, c'est-à-dire de manière curative.

Pour répondre à ces questionnements et au regard du système français de prise en compte des risques psychosociaux au travail, le programme de recherche ANR COMPARISK a permis de réunir des données permettant de réaliser un début d'analyse juridique comparée des pays de l'Europe du Nord et de l'Europe du Sud ¹. Les différences d'approches sont mêmes fondamentales. A l'exception de la Belgique et des Pays-Bas, les pays situés au Nord de l'Europe comme la Norvège, la Suède, la Finlande, le Danemark privilégient une approche articulée autour de «l'environnement de travail». Les pays scandinaves ne règlementent donc pas spécifiquement les «risques professionnels», mais bien une notion plus large et plus englobante pouvant accueillir la notion de «risques psychosociaux». Les pays de l'Europe du Sud s'attardent en revanche plus spécifiquement sur les «risques professionnels» qui couvrent un champ plus restreint et ne prend pas forcément en compte toutes les composantes du travail. La raison est-elle peut-être à chercher du côté du compromis français de 1898 ² autour de la réparation de l'accident du travail d'où découle la «culture de la reconnaissance du risque professionnel» pour bénéficier de la législation professionnelle, et, à ce titre, d'une indemnisation de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle.

Une autre différence apparaît quand il s'agit d'étudier l'influence du droit communautaire sur les droits nationaux de la santé-sécurité au travail. Les pays scandinaves possèdent des législations que l'on peut qualifier de «précurseurs» par rapport à la Directive-cadre du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail ³. Hormis la Norvège ⁴ (hors UE), pour la Suède, la Finlande et le Danemark ⁵,

¹ Programme ANR Approche juridique comparée des risques psychosociaux au travail. Démarche française et systèmes étrangers (Europe du Sud et du Nord, Québec, Japon), COMPARISK, http://comptrasec.u-bordeaux4.fr/index.php?option=com_content&view=article&id=25&phpMyAdmin=OX0A7NXTlwUWIoqCEfrA5Tn8QD0&Itemid=5.

² Loi du 8 avril 1898; P.-J. HESSE, *Le nouveau tarif des corps laborieux: la loi du 8 avril 1898 concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*, in *Deux Siècles de Droit du Travail, l'Histoire par les lois* sous la direction de JEAN-PIERRE LE CROM, Éditions de l'Atelier, Coll. Points d'Appui, 1998, pp. 89-103.

³ Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, JOCE L 183 du 29 juin 1989, p. 1.

⁴ Loi du 4 février 1977 sur la protection des travailleurs et sur le milieu de travail.

les questions de prévention primaire, l'obligation générale de prévention, d'adaptation du travail à l'homme, de prévention de «tous les risques» étaient déjà bien intégrées depuis les années 1970 et 1980. Transposer en droit national la directive-cadre de 1989 n'était donc pas si évidente. La richesse de celle-ci et la nécessité de poursuivre la construction européenne finiront cependant par convaincre les Etats-membres scandinaves à opter pour sa transposition.

Au contraire, la directive-cadre de 1989 a permis aux pays plus au Sud de développer leur législation portant sur la prévention des risques professionnels, mais à des niveaux inégaux. Tous les risques n'ont pas été forcément couverts par la législation de transposition, par exemple, la CJCE a rappelé, dans une décision en date du 15 novembre 2001, que «tous les risques doivent être prévenus» en vertu de l'application de la directive du 12 juin 1989⁶. En outre, un certain nombre d'interrogations entouraient la portée de l'obligation de sécurité à la charge de l'employeur. La CJCE a apporté un éclairage le 14 juin 2007 à l'occasion de la mise en cause par la Commission européenne du droit britannique en vertu duquel chaque employeur doit assurer la santé, la sécurité et le bien-être de tous ses travailleurs au travail «pour autant que ce soit raisonnablement praticable». La Commission estimait la possibilité pour l'employeur de s'exonérer de sa responsabilité dès lors qu'il apportait la preuve que les mesures préventives n'étaient pas «raisonnablement praticables», était incompatible avec la directive du 12 juin 1989. De manière assez brève, la CJCE estime que l'article 5 de la directive ne peut être interprété comme imposant aux Etats membres une obligation de prévoir un régime de responsabilité sans faute des employeurs. La Cour considère que l'objectif de la directive peut être atteint par d'autres moyens que par l'instauration d'un régime de responsabilité sans faute⁷.

Cette décision respecte ainsi le texte de 1989 qui consacre certes une obligation générale de sécurité à la charge de l'employeur, mais ne présume pas de la forme de responsabilité en résultant (art. 5§1). L'article 5§4 laisse par ailleurs une marge de manœuvre aux Etats membres dans la transposition en droit national. Ainsi, le choix d'une responsabilité plus étendue, couvrant tout élément dommageable à la santé des travailleurs même en l'absence de négligence dans la mise en place des mesures de prévention demeure de la responsabilité des Etats membres⁸.

⁵ Loi sur l'environnement de travail du 19 décembre 1977 pour la Suède; Loi sur la santé-sécurité professionnelle du 26 juin 1958 pour la Finlande; Loi sur l'environnement de travail du 23 décembre 1975 pour le Danemark.

⁶ CJCE 15 novembre 2001 *Commission c/ Italie*, C-49/00, Rec. 2001 p. I-8575.

⁷ Conférence d'Hélène Tissandier, Journées d'études internationales à Bordeaux des 29 et 30 septembre 2011, «Risques psychosociaux: droit communautaire et droits internes (France, Europe du Sud, Europe du Nord)», Programme ANR COMPARISK.

⁸ *Ibid.*

Evidemment sous couvert du droit communautaire – qui reste néanmoins très pauvre concernant directement les risques psychosociaux –, ces derniers sont un sujet de préoccupation commun. Mais du Nord au Sud de l'Europe, les cultures juridiques sont différentes notamment autour des modes de règlement des conflits. La transposition de l'accord-cadre européen sur le stress au travail du 8 octobre 2004 a cependant peut-être réduit ce fossé dans la prise en compte des risques psychosociaux (I). Si les droits de l'Europe du Nord sont pour beaucoup précurseurs sur cette question au point aussi de parler de «modèles», aujourd'hui, ces droits paraissent un peu moins protecteurs. La Césure reste néanmoins importante avec les pays du Sud de l'Europe pour lesquels les risques psychosociaux sont un «objet juridique» nouveau (II).

I. Un sujet de préoccupation commun, des cultures juridiques différentes

Les risques psychosociaux sont reconnus et sont devenus un enjeu de société majeur, notamment à travers la représentation du travail, des liens avec l'organisation du travail, mais aussi de la place de l'homme dans le travail. Leur connaissance s'est affinée et est particulièrement développée aujourd'hui. Les leviers d'action sont en revanche encore relativement limités et surtout juridiquement très différent d'un pays à l'autre notamment concernant le mode de règlement des conflits (A). La transposition de l'accord-cadre européen sur le stress au travail a permis cependant de resserrer la perception de ces «nouveaux risques» au sein des différents pays européens (B).

A. La «médiation» et le «conflit»

Contrairement à une première hypothèse selon laquelle les risques psychosociaux font l'objet d'une jurisprudence développée au sein de pays de l'Europe du Nord, au contraire, le contentieux est très réduit contrairement par exemple à la France ou à l'Espagne. Autrement dit, si les risques psychosociaux sont aujourd'hui un sujet de préoccupation commun aux pays du Sud et du Nord de l'Europe, en revanche, le conflit et le règlement des litiges sont très différents à ces deux extrémités du continent.

Aborder la question de la santé-sécurité au travail sous l'angle de l'environnement de travail amène à bien distinguer la sphère du travail de la sphère personnelle. Cela renvoie également à l'effacement de la frontière entre vie professionnelle et vie personnelle que l'on connaît au sein des risques psychosociaux. Or, du côté scandinave de l'Europe, bien souvent, dès lors que le travail déborde sur la sphère personnelle, cela signifie qu'un problème est survenu au sein de la sphère

professionnelle. Le travail ne doit en effet pas empiéter sur la vie privée, la médiation intervient pour régler le problème car l'employeur doit maintenir une vie saine au travail.

Une technique utilisée pour résoudre le problème est en effet celle de la médiation. Il appartient à l'employeur de choisir les moyens de prévention des risques. Quand un conflit apparaît ou est susceptible d'apparaître, en Norvège par exemple, des psychologues sont appelés pour développer des techniques de gestion des conflits ou de lutte contre le harcèlement. Ces techniques ne sont pas néanmoins pas spécifiques au travail, mais importées dans le travail et ne sont pas d'ailleurs pas forcément pensées ni adaptées à ce milieu. Dis d'une autre manière, la médiation appréhendée sous cet angle ne résout pas des problèmes d'ordre psychosocial. Les acteurs de l'entreprise doivent en réalité trouver quelle est leur posture juridique qui renvoie naturellement vers le pouvoir de direction, l'employeur étant au final le premier préventeur de l'entreprise. Les prérogatives de direction permettent à l'employeur de gérer le harcèlement, les comportements négatifs ou destructeurs ne prenant les décisions adaptées. Il doit utiliser ses prérogatives de gestion pour obliger son personnel à adopter un comportement dit «normal». L'employeur organise la vie dans l'entreprise, le salarié a l'obligation de suivre les actions de l'employeur. La personne fautive fera l'objet d'une sanction disciplinaire (avertissement, licenciement, etc.). Toutefois, si l'obligation de prévenir signifie que tout peut être prévenu, cela n'est cependant pas possible car les événements liés à la vie elle-même ne peuvent pas être prévenus.

On retrouve aussi la médiation au sein du Code du travail français concernant les modes de résolution des conflits lié au harcèlement. Peu connue, la loi de modernisation sociale institue une procédure de médiation pour les victimes de harcèlement moral ou sexuel ⁹. La mission du médiateur est de convoquer les parties et tenter de concilier les parties qui devront comparaître dans un délai d'un mois. Le médiateur s'informe de l'état des relations entre les parties et il tente de les concilier. Il soumet aux parties des propositions consignées par écrit de façon à faire cesser la situation de harcèlement. En cas d'échec, les parties sont informées par le médiateur des éventuelles sanctions encourues et des garanties procédurales prévues en faveur de la victime. Toutefois, cette procédure ne peut se réaliser que si les partenaires acceptent les conseils, avis ou décisions du médiateur et s'y soumettent.

Un des éléments caractéristiques du harcèlement moral étant l'atteinte à la santé mentale et à la dignité de la personne, mais aussi des conditions de travail dégradantes, la procédure de médiation pourrait être aussi évoquée pour des

⁹ Article 1152-6 du Code du travail.

problèmes individuels ou collectifs de santé physique ou mentale dans l'entreprise. Le principe serait de contourner une certaine lourdeur de la négociation collective (mise en place, durée, blocages éventuels, ...), mais qui reste cependant indispensable.

L'intérêt de la médiation serait également de rendre plus abordable les problèmes de santé au travail, notamment concernant la santé mentale qui est plus difficile à objectiver que son corollaire la santé physique. Les relations collectives et interpersonnelles seraient impliquées dans une philosophie constructive autour de l'amélioration des conditions de travail. Qu'elle aboutisse ou qu'elle n'aboutisse pas, l'intérêt de la médiation porte aussi sur les débats qui en ressortent et les propositions qui y sont faites. Les institutions de l'entreprise qui ont une compétence en matière de prévention des risques professionnels peuvent s'en faire l'écho.

Il s'agit de permettre à l'employeur de prendre conscience des carences de l'organisation du travail en matière de santé et de prendre la mesure de la portée de son obligation générale de prévention et de sécurité. L'employeur pourrait ainsi songer à prendre des mesures qu'il n'aurait pas jugées au départ utiles. La médiation consisterait à se placer sur le terrain du respect des droits et des conditions de travail saines sur le terrain de la prévention, et non sur le terrain étroit de la réparation indemnitaire ou des soins médicaux. Toutefois, la procédure de médiation en matière de harcèlement moral est très peu utilisée en France. Quelqu'un comme une personne de problématique à travers la procédure de médiation qu'elle a voulue est mal vécu.

Le développement du conflit génère aussi une multiplication des contentieux, lesquels sont essentiellement fondés juridiquement sur le harcèlement moral. Si les pays scandinaves ont depuis des décennies adoptés une législation défendant un environnement de travail dénué de tensions physiques et mentales, ils ne possèdent pas en revanche de définition précise des risques psychosociaux ou de leurs composantes. Or, la France connaît une hausse des litiges autour de cette question depuis l'adoption de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002. Beaucoup de travailleurs se sont reconnus dans la définition juridique du harcèlement moral adoptée par la loi française et ont pensé en être victime. Au contraire, l'Espagne n'a pas adopté de définition juridique en droit du travail, mais le juge a aussi été confronté à de nombreux litige en lien avec le harcèlement moral. Au final, chaque juge espagnol possède sa propre définition du harcèlement moral assortie d'une approche subjective propre à chacun. Aussi, chaque juridiction du travail fondera sa décision selon ses propres critères pour ne même affaires. La Cour de cassation française a en revanche décidé le 24 septembre 2008 de reprendre le contrôle de qualification du harcèlement moral

qui avait été abandonné aux juges du fond afin d'harmoniser les décisions sur le territoire national ¹⁰.

Posséder une définition juridique du harcèlement moral n'est pas néanmoins l'unique raison de la multiplication du contentieux autour de cette notion. A l'instar de la France, la Belgique a aussi adopté en 2002 une définition juridique du harcèlement moral sans connaître le même développement des litiges à ce sujet ¹¹. Certes le contentieux s'est considérablement développé, mais pas au point où en est la France. Le nombre de décision rendu par la Cour de cassation belge est bien moindre par rapport à la haute juridiction française. Les recours internes à l'entreprise (délégués à la sécurité personne de confiance), le règlement du litige avant la phase du contentieux peuvent expliquer cette différence. Par ailleurs, outre le harcèlement moral, la loi belge a défini une autre composante des risques psychosociaux à travers la «charge psychosociale».

La législation belge offre ainsi un autre fondement juridique autre que le harcèlement moral pour fonder une action dans ce domaine contrairement à la France et l'Espagne au sein desquels «tout devient harcèlement moral». Le harcèlement moral est en effet devenu la première source de qualification du conflit car il traduit toutes les tensions ressenties au travail sans distinguer quelles sont les «contraintes normales» des «contraintes pathogènes» du travail. Le fondement juridique du harcèlement moral pour qualifier des risques psychosociaux est devenu tel que le juge français a reconnu le harcèlement moral sans intention malveillante ainsi ¹² que le «harcèlement managérial» ¹³. Certaines méthodes de gestion peuvent en effet être considérées par le juge français comme des agissements de harcèlement moral dès lors qu'ils sont répétés et qu'ils visent une personne en particulier et qu'ils ont «pour objet ou pour effet d'entraîner une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel».

Si le contentieux (liée au mode de résolution des conflits) est plus développé dans certains pays du Sud de l'Europe avec parfois une approche très créative de la question des risques psychosociaux, il n'en demeure pas moins que le juge pallie finalement à la faiblesse de la législation. Le but profond de la législation relative à la santé-sécurité au travail est de prévenir les risques professionnels le plus en amont possible et non de s'inscrire dans une logique curative.

¹⁰ Cass. soc. 24 septembre 2008 (4 arrêts) n. 06-46.517, n. 06-45.579, n. 06-45.747 et n. 06-45.794, n. 06-43.504.

¹¹ Arrêté-royal du 11 juillet 2002 relatif à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail, *Moniteur Belge* du 18 juillet 2002.

¹² Cass. soc. 10 novembre 2009, n. 08-41.497.

¹³ Cass. soc. 10 novembre 2009, n. 07-45321.

«Eviter le conflit» permet aussi d'envisager la jurisprudence comme un levier de négociation parfois très puissant. Par exemple, sous l'impulsion de l'action en justice des syndicats, les juridictions civiles des Pays-Bas peuvent attribuer des dommages et intérêts très élevés notamment pour des personnes atteintes de maladies mentales causées par le travail et qui ne pourront plus jamais travailler. Or, le montant de cette indemnisation peut contraindre l'entreprise à fermer et les effets personnels du chef d'entreprise peuvent être dans certains cas être saisis ce qui permet aux syndicats d'avoir du poids dans les négociations. Ce levier est d'autant plus important dans un contexte post-transposition de l'accord-cadre européen sur le stress au travail.

B. La transposition de l'accord-cadre européen sur le stress au travail: une prise en compte commune des risques psychosociaux

La négociation collective tient une place essentielle dans la prévention des risques psychosociaux. Si cela peut paraître finalement une évidence, notamment le fait de prendre en compte les risques psychosociaux à une échelle collective, la réalité du terrain est tout autre. Cella se fait sentir surtout dans des pays où le taux de syndicalisation est relativement faible comme en France par exemple. L'efficacité de l'action collective tient aussi au rapport de force qui peut s'instaurer dans l'entreprise. Quand ce rapport est équilibré, l'employeur doit composer au sein d'un développement d'un dialogue collectif. Dans ce contexte, il ne peut pas se prévaloir de manière permanente de ses prérogatives issues du pouvoir de direction.

Les syndicats constituent un amplificateur du droit d'expression dont bénéficient les salariés. Néanmoins, dans les pays du Sud de l'Europe notamment, les risques psychosociaux ne sont pas un «sujet naturel». Or, les aborder au sein du jeu des relations collectives de travail permet ou permettrait de renouveler les actions syndicales. La prise de conscience par les partenaires sociaux des risques psychosociaux était plus ou moins développée selon les pays. Le Sud de l'Europe connaît un retard plus important que le Nord sur cette question (1). Néanmoins, même si les pays de l'Europe du Nord connaissent une «culture syndicale» plus aboutie concernant les risques psychosociaux, la transposition de l'accord-cadre européen sur le stress au travail permet d'asseoir davantage la prise en compte de ce type de risque professionnel (2).

1. *La prise en compte tardive des risques psychosociaux par les syndicats au Sud de l'Europe*

Le dialogue favorise en effet la prise de conscience qui aujourd'hui la pierre angulaire de la prévention des risques psychosociaux à un niveau collectif. Le cas de la France mérite ainsi d'être un peu développé. Sous l'impulsion de la nécessité de transposer l'accord-cadre européen du 8 octobre 2004, des négociations sur le stress au travail se sont ouvertes et ont abouti à un «Accord national interprofessionnel sur le stress au travail». Le 2 juillet 2008, les partenaires sociaux sont parvenus à un accord qui arrivait au bon moment compte tenu de la «vague de suicides» que certaines entreprises françaises connaissaient (Renault, Peugeot, Sodexo, EDF, Carrefour, Sanofi ...). L'accord national interprofessionnel sur le stress au travail laisse néanmoins aux accords de branche ou d'entreprise la possibilité d'y déroger dans un sens plus favorable aux travailleurs, laissant ainsi un espace à la négociation. Par ailleurs, l'accord sur le stress au travail a fait l'objet d'un arrêté ministériel d'extension en date du 23 avril 2009 afin que l'accord s'applique dans toutes les entreprises.

Ce texte a le mérite de formaliser une prise de conscience au niveau collectif des problèmes liés au stress au travail. L'ensemble des partenaires sociaux se sont en effet accordés sur la conclusion de cet accord et de son contenu, ce qui est extrêmement rare en France en matière de négociation collective. L'intérêt du texte réside aussi dans la description du stress au travail. Il aborde également les facteurs organisationnels au sein de l'entreprise et la prise en compte de la responsabilité de l'employeur. Pour autant, cet accord pose la question de savoir s'il permettra de tendre vers une prévention primaire et durable du stress au travail ¹⁴.

Cette question contient en filigrane le problème de l'application de ce texte. Même s'il est prévu de laisser aux branches et aux entreprises de négocier, cet accord n'oblige pas à le décliner sous la forme d'accords de branche. En réalité, l'accord national interprofessionnel du 2 juillet 2008 n'a finalement qu'une valeur déclaratoire et n'est pas opposable à l'employeur. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles un *consensus* a été trouvé pour la conclusion de l'accord. La valeur de l'accord réside effectivement dans ce *consensus*, mais pas n'importe lequel puisque les organisations patronales ont accepté de reconnaître le lien entre organisation du travail et stress, ce qui constitue par là-même une «victoire».

Il faut aussi reconnaître au texte une qualité «pédagogique». La notion de stress au travail y est décrite et l'accord énonce à une liste non exhaustive de facteurs relatifs à l'environnement organisationnel du travail et les facteurs de stress. Il fournit des pistes pour améliorer la prévention du stress au travail. Le texte livre

¹⁴ L. LEROUGE, *Le stress au travail, objet d'un ANI*, in *Semaine Sociale Lamy*, 8 sept. 2008, n. 1365, pp. 2-3.

en effet une liste de facteurs qui doivent être analysés pour identifier les problèmes de stress. Cette liste est destinée à aider les différents préventeurs de l'entreprise dans cette démarche et constitue un point d'appui pour les CHSCT qui peuvent recourir dans ce cadre à des expertises de manière à rechercher les origines des situations stressantes dans l'entreprise. L'accord sur le stress au travail invoque bien évidemment la ressource du médecin du travail comme aide à l'identification du stress au travail, mais il souligne aussi l'importance des institutions représentatives du personnel, et à défaut des travailleurs.

Dans le cadre du «plan d'urgence sur les risques psychosociaux» (ou «Plan Darcos» du nom du Ministre du travail de l'époque) du 9 octobre 2009¹⁵ adopté sous la contrainte des nombreux suicides chez France Telecom, ces accords nationaux interprofessionnels ont été l'occasion de saisir l'opportunité de négocier sur la thématique des risques psychosociaux au travail et d'adapter la réponse à chaque branche et à chaque entreprise. Toutefois, il ne s'agissait pas d'aboutir à des accords de principe ou de méthode susceptibles seulement d'être une réponse ponctuelle ou circonstancielle à un problème qui demande une attention sur la durée. Le bilan est finalement en demi-teinte tant les accords de méthodes ont été nombreux et sont susceptibles de n'être qu'une réponse de circonstance pour répondre à un problème ponctuel. Par ailleurs, souvent adoptées dans des entreprises multinationales, ces accords ne sont valables que sur le territoire national, sauf concernant l'entreprise Danone¹⁶.

L'obligation de négocier émanant du Ministère du travail n'était ni une obligation légale ni une obligation réglementaire, mais plutôt une «incitation». En pratique, les entreprises visées n'étaient donc pas obligées de respecter la demande du Ministère dans le cadre du plan d'urgence. Une autre alternative a été trouvée pour faire pression, celle du «*name and shame*». Les entreprises de plus de 1 000 salariés disposaient d'un peu plus de trois mois pour se conformer au plan d'urgence, c'est-à-dire avoir négocié et conclu un accord relatif aux risques psychosociaux. Un système de «feux tricolores» avait été imaginé. Un feu rouge était destiné à désigner les entreprises n'ayant entamé aucune négociation, un feu orange pour celles qui avaient seulement débuté des négociations. Enfin, le vert était attribué aux entreprises ayant négocié et disposant d'un accord relatif aux risques psychosociaux. Le feu pouvait devenir orange ou vert selon les dispositions prises par les entreprises visées, la liste est actualisée chaque mois.

Cette opération fut considérée par beaucoup comme un échec car elle a été très mal reçue à la fois par les syndicats de travailleurs et par les employeurs lorsque

¹⁵ <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/prevention-des-risques-psychosociaux-xavier-darcos-presente-un-plan-d-actions-d-urgence>.

¹⁶ *Liaisons sociales*, mercredi 5 octobre 2011, n. 15949, *Danone s'engage au niveau mondial sur la santé au travail*.

les résultats ont été dévoilés en février 2010. La couleur attribuée aux entreprises ne représentait en effet pas forcément la réalité du terrain. Ainsi, certaines entreprises en vert étaient connues pour de mauvaises pratiques en matière de risques psychosociaux et certaines en rouge connaissaient une ambiance de travail dépourvue de nuisances psychosociale.

Par ailleurs, le délai était très court pour assurer un travail de négociation en profondeur sur cette question. Aussi, beaucoup de plans se sont avérés des coquilles vides car les entreprises ont surtout procédé à des effets d'annonce pour répondre à la demande du Ministère. La grande difficulté est ensuite de réaliser en pratique les actions prévues au sein des accords. Le bilan réalisé par le Ministère du travail en avril 2011 révèle que la très grande majorité des plans adoptés sont des accords de méthode (4 accords sur 5!) plutôt que des accords de fond. Or, «l'accord de méthode» est un accord qui vise à définir une méthode et un processus pour faire un diagnostic, évaluer les risques psychosociaux et mettre les acteurs en capacité d'agir et de prévenir ces risques. En revanche, les accords de fond identifient des réponses et des axes d'actions tandis que les accords de méthode ne les développent pas ou de façon très succincte¹⁷.

Les préambules des accords analysés restent pour la plupart sommaires. Ils font référence au contexte général (plan d'urgence engagé par le ministre du travail) et sociétal (mise en évidence d'un risque professionnel ayant des conséquences sur la santé au travail) qui amènent l'entreprise à engager des négociations. La majorité des accords se réfèrent à l'Accord national interprofessionnel sur le stress au travail (82 %). Ils rappellent également les initiatives antérieures prises sur le sujet, reprennent la définition du stress donnée par l'Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail (Agence de Bilbao), mais les enjeux de la négociation sont rarement resitués dans le contexte de l'environnement économique ou de l'activité propre de l'entreprise. Les accords qui comportent un engagement précis de la direction ou précisent les modalités de son implication sont rares. Peu d'accords attestent dans leur préambule d'une volonté d'implication au plus haut niveau de l'entreprise des organes décisionnels sur la problématique des risques psychosociaux, dans les étapes de mise en place du processus, de suivi et de prise de décisions opérationnelles¹⁸.

Selon le rapport du Ministère du travail sur le bilan des accords signés dans le cadre du plan d'urgence, 65 % des accords mettent en place une instance de pilotage; 9 sur 10 prennent la forme d'un groupe *ad hoc*. Le plus souvent, le groupe est à la fois paritaire et pluridisciplinaire. Il se compose de représentants

¹⁷ Direction générale du travail (DGT), *Analyse des accords signés dans les entreprises de plus 1 000 salariés. Prévention des risques psychosociaux*, avril 2011, 59 p. http://www.travaillermieux.gouv.fr/IMG/pdf/rapport-complet-19avril2011_def.pdf.

¹⁸ *Ibid.*

de l'employeur, représentants du personnel et du médecin du travail et seulement 40 % d'entre eux bénéficient d'une formation sur le sujet. Les prérogatives des instances représentatives du personnel concernées par le sujet ne sont pas oubliées puisque 75 % des accords prévoient expressément l'information et la consultation des Comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) et des Comités d'entreprise (CE) dans leurs champs de compétences respectifs. L'information et l'expression des salariés sont par ailleurs rarement évoquées¹⁹.

Le Ministère constate enfin que les indicateurs retenus (de fonctionnement et de santé) dans les accords sont à manier avec précaution et sont majoritairement différents de ceux de l'ANI sur le stress au travail. La méthodologie pour les traiter est davantage quantitative que qualitative. Enfin, la direction des axes d'action et les liens avec l'activité de l'entreprise ou l'organisation du travail sont peu précis et guère explicites. Tous les accords ne prévoient pas non plus un suivi de leur mise en œuvre.

Ce bilan en demi-teinte révèle les difficultés pour les partenaires sociaux de saisir les risques psychosociaux dans le cadre des négociations collectives. Il est aussi difficile pour l'employeur de reconnaître les liens avec l'organisation du travail qui est pourtant un point essentiel à reconnaître pour ensuite développer des actions dans la sens de l'amélioration des conditions de travail. Un autre regret porte sur le manque d'investissement relatif à toutes les possibilités qu'offrirait une négociation collective très aboutie concernant la prévention des risques psychosociaux au travail.

En effet, le droit du travail a essentiellement pour sources la loi et la convention collective. Autrement dit, l'amélioration de la condition des travailleurs peut être obtenue par l'intervention du législateur, comme il peut être obtenu par une libre manifestation de volonté des intéressés qui élaborent, dans le cadre des négociations collectives, leur propre loi professionnelle²⁰. Dans le cadre de l'amélioration des conditions de travail et de la prévention des risques psychosociaux, la négociation collective apparaît comme un complément des avantages de la loi et des conventions, mais aussi comme un moyen de prise en compte des particularités de chaque branche professionnelle en matière de risques professionnels et d'adaptation à la diversité des situations. Elle présente

¹⁹ Direction Générale du travail (DGT), *Accords signés dans les entreprises de plus de 1 000 salariés. Analyse des risques psychosociaux*, avril 2011, http://www.travailler-mieux.gouv.fr/IMG/pdf/rapport-complet-19avril2011_def.pdf.

²⁰ J.-P. CHAUCHARD, *La conception française de la négociation et de la convention collective du travail*, Thèse de doctorat ès droit, Université de Paris I, 1984, 2 tomes, 609 p.

également l'avantage de prendre en considération les catégories particulières de travailleurs (jeunes, seniors, femmes, ...) et de s'adapter à leurs destinataires²¹.

Les nouvelles organisations du travail sont également un point de négociation qui s'intègre dans les démarches syndicales. Ce positionnement complète le «renouveau revendicatif» associé à la protection de l'emploi, à la garantie des mobilités professionnelles, à la formation et au transfert des compétences du salarié. La négociation collective doit se développer autour de l'organisation réelle ou du contenu du travail. L'objectif est de dépasser la gestion purement stratégique et gestionnaire du travail en élaborant des normes sociales reconnaissant le travail réel, individuel et collectif, mais prenant aussi en compte la perception subjective de la personne. Pour certains, le droit de négociation contenu dans le Code du travail semble cependant avoir été sous-utilisé par les organisations syndicales ou même éloigné de ces objectifs par les directions d'entreprise. La prise de conscience de l'existence des risques psychosociaux et de leurs effets sur le bon fonctionnement de l'entreprise est une opportunité qui permettrait d'articuler les discussions collectives avec la négociation de l'organisation du travail²². Les syndicats peuvent en outre s'appuyer sur leur faculté de négocier dans le cadre de la durée du travail. Outre l'organisation du travail, le travail à temps partiel, les heures supplémentaires, le repos quotidien ou hebdomadaire et l'aménagement du temps de travail sont des éléments de levier pour améliorer les conditions de travail et la prévention des risques professionnels que ce soit au niveau interprofessionnel, de branche ou de l'entreprise²³.

Au contraire, en Espagne, si les partenaires sociaux ont transposé très tôt les accords-cadres européens sur le stress, le harcèlement et la violence au travail, la prise en compte par les accords collectifs de la santé-sécurité au travail reste très faible, dans tous les cas insuffisante. En effet, après la transposition de l'accord relatif au stress au travail en 2005 et celui sur le harcèlement et la violence au travail mis en œuvre depuis 2008, tous les systèmes de relations de travail connaissent la prévention et la gestion des risques psychosociaux à travers le stress, la violence, le harcèlement moral et le harcèlement sexuel. La question est cependant de déterminer si la transposition des accords-cadres européens est suffisante pour prendre en considération les risques psychosociaux. La réponse

²¹ J. KONTAXOPOULOS, *Hygiène et sécurité du travail: enjeux nationaux et communautaires*, in *Droit ouvrier*, juin 1996, pp. 227-232

²² V. notamment le point de vue de la CGT: <http://docsite.cgt.fr/1100683596.pdf>.

²³ L. LEROUGE, *Actions syndicales et prévention des risques psychosociaux*, in F. DOUGUET, N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER (dir.), *La santé au travail à l'épreuve des nouveaux risques*, Lavoisier, 2010, pp. 107-117.

est négative car comme pour les accords-cadres, la valeur des accords espagnols n'est pas normative, la valeur est seulement contractuelle ²⁴.

Tous les accords collectifs ont en Espagne une valeur juridique, c'est une différence importante avec les autres pays de l'Union Européenne. Toutefois ces accords nationaux interprofessionnels transposant les accords-cadres européens ne sont pas des normes juridiques parce que les partenaires sociaux ont décidé que ces accords étaient des accords «singuliers» contenant des orientations, des recommandations, des bonnes pratiques, des compromis, etc., mais ne contenant pas de règles juridiques obligatoires. Les définitions que les accords contiennent ne sont pas obligatoires, elles sont des suggestions d'orientation pour les politiques des entreprises de prévention des risques psychosociaux.

La loi espagnole de prévention des risques fixe une obligation générale d'évaluation des risques, mais n'énonce rien concernant les risques psychosociaux. En revanche, la négociation collective peut préciser qu'il s'agit d'une évaluation plus concrète, pas générale. Or, comme les accords interprofessionnels n'ont pas de valeur juridique, l'inspection du travail ne peut pas en contrôler l'application et ne peut pas sanctionner les violations des normes conventionnelles. Toutefois, ces accords collectifs, bien sûr une minorité prévoyant l'intégration obligatoire dans l'évaluation des risques professionnels les risques psychosociaux, facilitent la tâche de l'inspection du travail car ils ont la valeur de véritables règles juridiques dont les inspecteurs doivent contrôler le respect et l'application.

Le juge a su aussi se saisir de ces accords. Le juge considère en effet que ces accords ont une valeur interprétative. La jurisprudence a compris que les partenaires sociaux ne veulent pas que les accords deviennent des normes juridiques, mais elle considère ces accords comme des instruments très utiles pour interpréter la norme juridique. La loi est norme générale et les accords collectifs sont une norme concrète avec une définition du stress au travail et du harcèlement.

La transposition des accords-cadres a joué malgré tout un rôle important dans la réelle préoccupation et intention de la part des deux syndicats les plus représentatifs ²⁵ d'améliorer le traitement de la négociation collective sur ce sujet. La prévention des risques psychosociaux pour les partenaires sociaux est insuffisante. Il existe un conflit important entre les syndicats et les organisations

²⁴ Voir notamment les développements de C. MOLINA NAVARETTE in L. LEROUGE (dir.), *Les pays de l'Europe du Sud face à la prévention des risques psychosociaux. Droit, politiques de prévention, dialogue social*, 2010, http://comptrasec.u-bordeaux4.fr/images/stories/telechargement/contrats/Comparisk/Synthese_Europe_Sud_RisquesPsychosociaux.pdf.

²⁵ La Commission Ouvrière (CCOO) et l'Union Générale des Travailleurs (UGT).

patronales. En effet, les syndicats considèrent le harcèlement moral comme un risque psychosocial, mais l'organisation patronale conçoit ce problème comme relevant de la gestion de conflits interpersonnels. Ce désaccord profond a fondé l'échec de l'accord sur le stress au travail.

Le 9 juin 2008, les partenaires sociaux italiens ont transposés l'accord-cadre européen sur le stress au travail, soit huit mois après le délai fixé dans l'accord-cadre lui-même (octobre 2007). La transposition italienne de l'accord a été limitée à une traduction littérale et, en tant que tel, il n'a pas été possible de réaliser des progrès dans le texte notamment concernant les divergences entre les partenaires sociaux relatives en particulier au fait de restreindre les facteurs de risques psychosociaux au niveau organisationnel.

Les éléments de l'accord ont été intégrés dans le décret-loi n. 81/2008 «*Testo Unico sulla Salute e Sicurezza*» introduite en 2008, est une révision majeure du droit de la santé-sécurité au travail en Italie. Obligatoire pour tous les employeurs, l'évaluation des risques, les interventions et les activités de prévention doivent être effectuées via le système de gestion des risques qui oblige à la coopération et à la participation de toutes les parties concernées (prévention au niveau des entreprises et des services de protection, médecins du travail, consultants externes, représentants de la sécurité des travailleurs). Ce système est fourni au niveau de l'entreprise, mais aussi au niveau local et du site de production pour le cas concernant les travaux complexes. Les populations sensibles au stress doivent être prises en compte²⁶.

2. Le renforcement de la prise en compte des risques psychosociaux par les syndicats au Nord de l'Europe

Si l'on se tourne vers les pays situés au Nord de l'Europe, certains pays ont adopté une convention collective relative au stress bien avant l'accord-cadre européen du 8 octobre 2004. La Belgique connaît ainsi depuis le 30 mars 1999 une convention collective du travail (CCT n. 72) relative à la gestion de la prévention du stress occasionné par le travail²⁷ qui a été rendue obligatoire par l'arrêté-royal du 21 juin 1999²⁸. Le principe est de prévenir le stress lorsque sont détectées des mesures qui ont un impact sur un collectif de travailleurs. Par ailleurs, si la notion de stress n'est pas définie par la loi sur le bien-être du 4 août

²⁶ Cf. article de LAURA CALAFÀ, *Il diritto del lavoro e il rischio psico-sociale (e organizzativo) in Italia*, in *Lavoro e diritto*, 2/2012 p. 257 ss.

²⁷ <http://www.cnt-nar.be/CCT/cct72.doc>.

²⁸ Arrêté-royal rendant obligatoire la convention collective de travail n. 72 du 30 mars 1999 conclue au sein du Conseil national du Travail, concernant la gestion de la prévention du stress occasionné par le travail, *Moniteur Belge* du 9 juillet 1999.

1996, elle est cependant définie par la convention collective de travail du 30 mars 1999 et qui était préalable à l'accord-cadre de 2004.

Au sein de cet accord, la Belgique a défini le stress comme un état négatif perçu par un groupe de travailleurs qui s'accompagne de plaintes ou de dysfonctionnements au niveau physique, psychique et/ou social et qui est généré par le fait que les travailleurs ne sont pas en mesure de répondre aux attentes et mesures qui leur sont posées dans leur situation de travail. Nous retrouvons une discordance entre la représentation que l'on se fait de la charge de travail qui nous est imposée et la représentation que nous avons des ressources qui sont les nôtres pour assurer cette charge de travail.

Quelques critiques ont cependant porté sur la population visée. La Belgique a repris à sa charge la notion de stress de l'OMS, mais avec quand même une nuance qui est que l'OMS parlait d'un état de stress perçu par une personne alors que la convention collective belge prend en compte la notion de groupe de personnes. Or, pour certains, il faut éviter de dire que c'est le ressenti d'une personne individuellement fragile, vulnérable qui ne supporterait pas des conditions de travail exigeantes. Au contraire, on doit se rendre compte que le stress est plutôt la conséquence d'une mauvaise organisation du travail qui surcharge l'ensemble des travailleurs. Le stress est donc collectif et doit être géré collectivement et demande des mesures structurelles. Or, si le stress est ressenti par une personne et non par l'ensemble des travailleurs, les mécanismes de prévention feront-ils en sorte que cet unique travailleur ne soit pas stressé? Un peu de flou subsiste donc autour de cette question²⁹.

Concernant la transposition de l'accord-cadre européen sur le stress au travail, on voit que la violence et le harcèlement sont des facteurs de stress. Dis d'une autre manière, le stress organisationnel va générer du harcèlement, notamment dans un contexte de crise économique et de radicalisation de la concurrence. Ces notions de stress, de harcèlement moral ou sexuel ont chacune une définition bien distincte en droit, mais on sait qu'il existe des vases communicants entre ces différentes réalités. Si en France il semble que la notion de «stress positif» ait été évacuée lors des négociations interprofessionnelles sur la transposition de l'accord-cadre, en Belgique, ce n'est pas acté de manière aussi évidente. Par exemple, on peut trouver des offres d'emplois qui mentionnent que le candidat doit faire preuve de dynamisme, de réactivité, de sens de l'organisation et de résistance au stress. On voit bien que le stress n'est pas encore totalement entré dans les mentalités comme étant un facteur extrêmement, négatif. Or, peut-on encore présenter la gestion du stress une force? Rappelons à ce sujet que la CCT n. 72 prévoyait déjà qu'en matière de stress l'employeur devait avoir pris des

²⁹ Cf. article de VÉRONIQUE VAN DER PLANCKE, *La Belgique face aux risques psychosociaux au travail. Focus sur la lutte contre le harcèlement*, *infra*, p. 119 ss.

mesures préventives³⁰. Il est également mentionné que certains métiers étaient par nature stressants. On prenait en particulier les métiers liés aux fonctions de sécurité ou des métiers à risque comme pompier et où l'employeur devait réduire au maximum les facteurs de stress.

Un plus au Nord, la transposition de l'accord-cadre européen sur el stress au travail a accéléré la prise en considération des risques psychosociaux aux Pays-Bas. A la suite de la transposition, la Fondation néerlandaise du travail, qui est un organe composé de syndicats et d'organisations patronales, a décidé de mettre à jour une brochure nommée «Occupé au travail? Faire face à la pression au travail et au stress».

Cette brochure a été rédigée dans un contexte particulier, notamment après l'enregistrement de 99 plaintes de harcèlement et d'agressions sexuelles qui ont débouchées en 1994 sur l'introduction dans la loi sur les conditions de travail («*Working Condition Act*» - WEA) de dispositions relatives au harcèlement sexuel et à la violence au travail. Selon le Ministère du travail néerlandais, entre 1999 et 2007, 200 millions d'euros ont été consacrés à mobiliser les organisations syndicales et les différents secteurs professionnels à conclure des accords relatifs à la santé-sécurité au travail. En 2007, une nouvelle loi sur les conditions de travail a été adoptée afin de réduire les contraintes administratives. Par ailleurs, de nouvelles dispositions ont été ajoutées concernant les risques psychosociaux, notamment visant le harcèlement et le stress lié au travail. Enfin, en 2009, une disposition relative à la discrimination a été ajoutée³¹.

Enfin, selon le syndicat *Federatie Nederlandse Vakbeweging* (FNV), les Pays-Bas comptent quelques 950 conventions collectives et 135 abordent la question des risques psychosociaux ou du stress au travail. La moitié de ces conventions ont pour objet d'améliorer la recherche sur le stress au travail et l'autre moitié porte sur la formation afin de faire face à des situations de stress. Aussi, si les Pays-Bas ont connu au début des années 1990 un démarrage rapide concernant la négociation sur le stress au travail, aujourd'hui ils n'avancent plus vraiment sur la question malgré la transposition de l'accord-cadre européen du 8 octobre 2004. En somme, après un démarrage et un intérêt rapides dans les années 1990, maintenant les syndicats n'avancent plus trop sur la question. L'attention sur la santé du travailleur est désormais orienté vers l'individuel comme par exemple les politique de lutte contre l'obésité. Le stress est considéré comme étant causé par

³⁰ CCT n. 72 du 30 mars 1999, *op. cit.*

³¹ Voir notamment les développements de R. VAN DER SLUYS, in L. LEROUGE (dir.), *Les pays de l'Europe du Nord face à la prévention des risques psychosociaux. Droit, politiques de prévention, dialogue social*, 2011, http://comptrasec.u-bordeaux4.fr/images/stories/telechargement/contrats/Comparisk/synthese_journees_3-4mars2011_europedunord.pdf.

des problèmes d'ordre personnel, notamment sous l'influence du point de vue des organisations patronales³². Cette opposition se retrouve aussi en Suède.

En effet, lors des négociations relatives à la transposition de l'accord-cadre européen sur le stress au travail, les organisations patronales ont été très opposantes lors de ce processus. Elles craignaient que les procédures de préventions du stress au travail issues de cet accord ne soient très coûteuses (assurance, indemnisations, etc.). Ils craignaient aussi une situation qui favoriserait la conclusion de nombreuses conventions collectives sur le sujet. Or, comme en France ou en Espagne, le mandat utilisé par les organisations patronales lors de la négociation au niveau interprofessionnel disparaît au niveau sectoriel. Autrement dit, elles ne sont pas obligées d'appliquer dans les branches l'accord qu'elles ont signées au niveau interprofessionnel. En outre, le juge n'est pas compétent pour contrôler l'application de cet accord. En conséquence, il s'agit d'un outil intéressant, mais qui n'est pas non plus en Suède juridiquement contraignant.

La Suède rejoint les pays du Sud de l'Europe sur ce point. Néanmoins, une importante césure subsiste entre le Nord et le Sud de l'Europe concernant l'appréhension des risques psychosociaux par le droit.

II. *Une césure entre l'Europe du Sud et l'Europe du Nord*

L'analyse comparée des risques psychosociaux en Europe montre une vraie différence de la capacité du droit à se saisir de cette problématique entre le Nord et le Sud. La césure est assez importante avec néanmoins des nuances en passant notamment par la Belgique et la France, le Sud essayant aussi de se mettre à niveau. En réalité, dans le Sud de l'Europe, les risques psychosociaux sont un objet juridique nouveau par rapport à des pays notamment scandinaves précurseurs sur ce sujet (A). Ces derniers ont cependant connu ces dernières décennies une évolution tenant à réduire la portée de leur système juridique concernant les risques psychosociaux faisant douter de l'actualité d'un droit jusqu'à présent perçu comme un modèle (B).

A. *Des droits précurseurs au Nord et un objet juridique nouveau au Sud*

Les risques psychosociaux, les troubles de la santé mentale causés par le travail ne sont pas nouveaux. Il faut néanmoins l'objet d'une prise en charge plus tardive au Sud de l'Europe. Un certain nombre de pays du Nord ont très tôt pris en compte

³² Cf. WIM VAN VEELLEN, in L. LEROUGE (dir.), *Les pays de l'Europe du Nord*, cit.

l'environnement de travail et ont très tôt conçu l'approche de la santé au travail de manière globale. Finalement, la notion de «santé» se suffit à elle-même, de manière globale elle comprend un volet «physique» et un volet global ». D'ailleurs, la définition du préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) le montre et considère également la notion de «bien-être social»: «état de complet *bien-être physique, mental et social*, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité».

La considération de l'environnement de travail ou penser prévention des atteintes à la santé au travail de manière globale ont fait douter les pays du Nord de l'Europe quant à la transposition de la directive-cadre du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail³³. En somme, cette approche devançait celle inscrite au sein de la directive de 1989. Celle-ci met le travailleur au cœur des dispositifs de prévention des risques professionnels et prône une prévention de «tous les risques» à travers notamment une obligation générale de prévention à la charge de l'employeur.

Or, par exemple, le Danemark est devenu membre de l'Union Européenne en 1973, mais l'ensemble régime juridique des risques professionnels de ce pays est plus ancien que la réglementation communautaire. L'objectif de la loi sur l'environnement de travail de 1975 et son contenu sont de parvenir à un environnement de travail sûr et sain qui à tout moment doit être en conformité avec le développement technique et social de la société. Cela signifie que tout l'environnement de travail est en relation avec la santé au sein de la société. Or, parce que cette formulation est très générale qu'elle inclut aussi les risques psychosociaux dans la loi.

Même si la législation danoise répondait déjà aux objectifs de la directive-cadre de 1989, le Danemark étant un Etat membre de l'UE a dû malgré tout apporter quelques modifications à sa législation de manière à marquer la transposition de la législation communautaire. Le texte de 1975 n'a cependant que très légèrement été modifié, aucun changement profond n'a été apportée au sein de la législation danoise de l'environnement de travail. Celle-ci reste très générale et confère une large place à l'Autorité de l'environnement de travail chargée de contrôler et de faire appliquer la loi de sur l'environnement de travail dans tous ses aspects, y compris l'environnement psychosocial. Des secteurs d'activités particulièrement sensibles aux risques psychosociaux ont fait l'objet de campagnes de contrôle spécifiques, mais toutes les entreprises contrôlées doivent l'objet d'un contrôle relatif à la prévention des risques physique et psychosociaux.

³³ Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, *JOCE* L. 183 du 29 juin 1989, p. 1.

Autre exemple au Nord de l'Europe, intégrant plus tard au sein de l'Union, la Suède possédait déjà une loi de prévention des atteintes à la santé sécurité depuis 1889 et la question des risques psychosociaux a été reconnue par la loi sur l'environnement de travail du 19 décembre 1977. Celle-ci a par ailleurs été révisée en 1991 afin d'accroître les exigences relatifs au milieu de travail et en devenant membre de l'Union Européenne, la Suède a intégré la directive-cadre européenne de 1989.

La loi sur l'environnement de travail ne définit ni les risques psychosociaux ni le harcèlement moral. En revanche, les conditions de travail doivent être adaptées aux différentes aptitudes physiques et mentales du travailleur. L'employeur est censé prendre en considération le fait que les personnes aient des aptitudes mentales qui diffèrent quand elles sont exposées à des situations de stress, de harcèlement ou de violence. L'intérêt ici est de prendre en compte la relation du travailleur à son environnement de travail et donc d'intégrer une dimension subjective dans la prévention des atteintes à la santé au travail. Le salarié doit aussi avoir la possibilité de participer à la conception de son propre poste de travail, mais également à tous les processus de changement et de développement de son travail. Dis d'une autre manière, l'employeur doit demander l'avis des salariés concernant les changements organisationnels qu'il souhaite opérer et en tenir compte³⁴.

Les liens entre l'organisation du travail et les conséquences qu'elle est susceptible de causer sur la santé mentale sont pris en considération par la loi Suédoise sur l'environnement de travail. Le contenu du travail doit ainsi être conçu de telle manière que le salarié ne soit pas soumis à une tension physique ou mentale qui peut conduire à des maladies ou des accidents. À cet égard, les formes de rémunération et la répartition des heures de travail doivent également être prises en compte.

Comme les autres pays de l'Europe du Nord, la législation sur l'environnement de travail et son application repose sur l'action de l'Autorité de l'environnement de travail. Par exemple, les exigences de conception saine de l'organisation du travail permettent à l'Autorité de l'environnement de travail de demander par exemple aux employeurs de baisser le niveau de stress. Des efforts doivent être mis en œuvre pour assurer que le travail offre des possibilités de variété, de contacts sociaux et de coopération, ainsi que de la cohérence entre les différentes tâches.

Située en Europe, mais hors de l'Union Européenne, la Norvège possède aussi depuis très longtemps un système de prévention des risques professionnels très

³⁴ Cf. article de MARIA STEINBERG, *The prevention of psychosocial risks in the workplace: swedish law, infra*, p. 83 ss.

en phase avec les risques psychosociaux. La loi du 4 février 1977 sur la protection des travailleurs et sur le milieu de travail proclame solennellement que son objectif est de garantir aux travailleurs des conditions de travail dénuées de risques d'ordre physique et mental. Elle ne comprend pas de définition du harcèlement moral, mais elle prohibe les «tensions nerveuses» susceptibles d'altérer la santé des travailleurs, toute forme de harcèlement et de conduites incorrectes, l'atteinte à la dignité des employés.

Outre l'employeur, tous les acteurs de l'entreprise sont concernés au Nord de l'Europe. Ainsi, par rapport à un pays comme la France, les salariés sont encouragés à avoir la possibilité de participer à l'amélioration de l'environnement de travail. Des délégués dédiés à la Sécurité ont pour rôle de veiller à un environnement de travail sain, les syndicats aussi notamment concernant de la prise en compte des petites entreprises. Pour la Suède, si l'environnement du lieu de travail n'est pas conforme, il faut s'adresser au délégué à la sécurité. Chaque lieu de travail comportant cinq salariés ou plus doit avoir un délégué à la sécurité. La Suède a aussi mis en place, en 1974, un système permettant aux organisations syndicales de désigner des représentants régionaux en charge du respect des normes de santé et de sécurité au travail. Ces postes sont financés, d'une part, par une contribution patronale que redistribue l'État, d'autre part, par les propres ressources des organisations syndicales. Ces fonds assurent notamment une formation adéquate à ces représentants itinérants. Leurs tâches consistent principalement à inspecter les petites entreprises, à demander les changements qu'ils jugent nécessaires en matière de sécurité et de conditions de travail et à promouvoir la mise en place de représentants «Santé et sécurité» issus de l'entreprise. La présence de ces représentants extérieurs est acceptée par l'ensemble des parties concernées, et notamment par les employeurs, en raison d'un dialogue nourri et constant entre partenaires sociaux au niveau régional et national ³⁵.

La loi norvégienne prévoit aussi des délégués à la sécurité ont la possibilité d'influencer l'environnement de travail et ont aussi pour rôle d'observer et de rendre compte à l'employeur les problèmes d'ordre psychologique. Les délégués à la sécurité utilisent à la fois leur droit de mettre à un terme à une tâche et la possibilité de saisir l'Autorité de l'environnement de travail dans les cas de harcèlement venant de la direction de l'entreprise, les problèmes de violence et de stress. Les délégués à la sécurité doivent être élus dans les entreprises comptant au moins 10 travailleurs. Pour les entreprises n'atteignant pas ce seuil, une autre forme de représentation peut être convenue, ou alors il peut être décidé qu'il n'y aura pas de délégué à la sécurité sous réserve du droit de l'inspection du travail de

³⁵ D. WALTERS, *Working Safely in Small Enterprises in Europe. Towards a Sustainable System for Worker Participation and Representation*, Bruxelles, ETUC, 2002, pp. 109-132.

rendre obligatoire la désignation d'un délégué en fonction des conditions de l'entreprise³⁶.

Les différences d'approche avec les pays de l'Europe du Sud portent notamment sur une vision globale de la santé-sécurité au travail (environnement de travail) par rapport à une vision centrée sur les risques professionnels impliquant alors une définition du harcèlement moral. C'est le choix ainsi opéré par la Belgique, la France, le Portugal et l'Espagne, mais avec des approches différentes. Or, outre la transposition de l'accord-cadre européen sur le stress au travail qui a été un véritable vecteur de prise en compte des risques psychosociaux, l'introduction d'une définition juridique du harcèlement moral a également accéléré cette prise de conscience, mais qui reste finalement très récente par rapport au Nord de l'Europe.

Même en disposant d'une loi sur le bien-être au travail du 4 août 1996, la Belgique a introduit le 11 juin 2002 un chapitre relatif au harcèlement moral, sexuel et la violence au travail. Cependant, contrairement aux autres pays qui ont adopté une définition du harcèlement moral et en sont restés à cette étape, la Belgique a poursuivi son effort dans cette voie en définissant par arrêté-royal du 10 janvier 2007 la notion de «charge psychosociale» qui a pour vocation d'encadrer davantage les risques psychosociaux. La charge psychosociale est définie comme «toute charge qui trouve son origine dans l'exécution du travail, qui survient à l'occasion de l'exécution du travail et qui a des conséquences dommageables sur l'aspect physique ou mental de la personne». Cependant, cette définition, pour le moins tautologique, n'est pas éclairante. Le rapport de recherche sur l'évaluation de la législation relative à la prévention de la charge psychosociale souligne ce point de vue³⁷. A la lecture de ces conclusions, le législateur belge est prêt à étudier la possibilité de définir juridiquement les risques psychosociaux. Or, cet exercice est très risqué. Autant des risques tels que le harcèlement moral ou sexuel peuvent être considérés comme objectivables (notamment eu égard aux avancées des connaissances sur ce sujet), autant les autres risques figurant dans la notion de «risques psychosociaux» renvoient à la subjectivité de la personne et de sa perception de son environnement de travail (le stress en est une bonne illustration, chacun ayant une réaction différente face à situation stressante). Le débat belge sur ce point sera donc très intéressant à surveiller.

³⁶ S. GAZZANE, *La représentation des travailleurs en matière de santé et de sécurité dans les pays de l'Union européenne*, 2006, <http://fr.worker-participation.eu/Systemes-nationaux/En-Europe/Sante-et-securite>.

³⁷ Service public fédéral, Emploi et Concertation sociale, *Rapport de recherche sur l'évaluation de la législation relative à la prévention de la charge psychosociale occasionné par le travail, dont la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail*, 2011, <http://emploi.belgique.be>.

Si le système français présente l'intérêt d'avoir également défini juridiquement le harcèlement moral le 17 janvier 2002, à la fois dans le Code du travail, dans le Code pénal et dans la loi sur le statut des fonctionnaires. L'interprétation faite par les juges dépasse l'objet de la loi de modernisation sociale, notamment à travers les dispositifs introduits pour lutter contre le harcèlement moral et protégeant pour protéger la «santé physique et mentale». En effet, pour la Cour de cassation française l'employeur est titulaire d'une «obligation de sécurité de résultat». Cela signifie qu'aucun risque professionnel ne doit se réaliser dans l'entreprise. Si un risque survient, le juge considère que l'employeur n'a pas pris les mesures nécessaires pour éviter le préjudice, même si le salarié a participé la réalisation du dommage. La Cour de cassation tient le même raisonnement concernant le harcèlement moral. Dès lors, si un harcèlement moral survient dans l'entreprise (horizontalement ou verticalement), l'employeur sera considéré comme responsable, même s'il avait pris les mesures pour l'empêcher ou s'il avait condamné l'auteur des actes. Par ailleurs, le Cour de cassation a reconnu le 10 novembre 2009 à la fois le harcèlement moral sans intention malveillante et le caractère de harcèlement moral à des agissements répétés provenant de méthodes de gestions dirigées vers un salarié. «Tout devient harcèlement moral», le juge a dépassé l'objet de la loi ³⁸.

En revanche, toujours se fonder sur le harcèlement moral réduit la prévention des risques psychosociaux à une dimension individuelle. D'autres fondements existent et sont capables de saisir les risques psychosociaux dans toute leur dimension. L'obligation générale de prévention, mais aussi l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail sont des moyens plus généraux qui seraient plus appropriés à soulever devant le juge. Celui-ci a pu se prononcer sur ce fondement le 3 février 2010 en reconnaissant des actes de violence, de harcèlement moral et sexuel sous le fondement de l'obligation générale de prévention et non sur le harcèlement moral ³⁹. De ce point de vue, le fondement semble adapté.

Les risques psychosociaux sont donc un objet juridique nouveau en France, mais ont fait l'objet d'importants développements. En revanche, en Espagne, la loi sur le statut du travail et la loi sur la protection contre les risques professionnels ne prévoient pas de dispositions véritablement spécifiques au harcèlement moral. En conséquence, chaque juridiction du travail possède sa propre définition. Il est donc encore trop tôt pour se prononcer, mais l'introduction de la notion de harcèlement moral dans le Code pénal fin 2010 pourrait changer la donne ⁴⁰. De

³⁸ Cass. soc. 9 novembre 2011, n. 08-41.497 et n. 07-45.321.

³⁹ Cass. Soc. 3 février 2010, n. 08-40.144 et n. 08-44019.

⁴⁰ Cf. article de CRISTOBAL MOLINA NAVARRETE, *Organización del trabajo, salud laboral y prevención de riesgos psicosociales en España: entre resistencias y avances*, *infra*, p. 65 ss.

même, au Portugal, la révision de 2009 du Code du travail a permis de préciser une définition juridique du harcèlement moral au travail, on reste encore loin d'une prise en compte effective des risques psychosociaux.

Néanmoins, si le droit de certains pays permet d'encadrer plus ou moins bien les risques psychosociaux, cela reste de la théorie juridique. La pratique du droit du travail peut être différente de ce qui est réellement envisagé dans les textes. Par ailleurs, certains droits, au Nord de l'Europe notamment, ont montré une avance sur la considération des risques psychosociaux entendus comme un objet juridique au point d'être perçus parfois comme des «modèles». Pour autant, cela est-il toujours d'actualité?

B. *Le droit de pays de l'Europe du Nord est-il toujours un modèle?*

Des alternances politiques et la rationalisation qui les a parfois accompagnées à changer dans certains cas l'approche des risques professionnels dont les risques psychosociaux dans certains pays du Nord de l'Europe. Cette question du «modèle scandinave» est aussi confrontée à une opposition entre une culture des «risques psychosociaux» certes plus ancienne que dans les pays du Sud de l'Europe, mais qui a du mal à effectivement s'imposer dans le travail où la réalité du terrain rattrape les bonnes intentions législatives et réglementaires. Dis d'une autre manière, il existe un décalage entre la prise en compte des risques psychosociaux par les textes et la pratique du droit du travail, mais aussi par rapport aux moyens mis à disposition des instances de contrôle (moyens humain notamment).

Des débats importants sont aussi à souligner dans le cadre de l'élaboration des lois de protection de la santé au travail. Ainsi au Danemark, l'étude des travaux préparatoires de la loi du 23 décembre 1975 ont montré qu'une des discussions portait sur l'inclusion ou l'exclusion de la notion de «bien-être» dans le texte. Le «bien-être» a finalement été exclu de la loi et des commentaires explicatifs de la loi car le législateur a estimé qu'il s'agissait d'une question devant être traitée par les partenaires sociaux. Ces derniers ont essayé de s'accorder sur la notion de «bien-être» après la publication de la loi de 1975, mais sans parvenir à un accord. Dès lors, le «bien-être» a disparu de l'agenda de l'époque concernant la réglementation de la santé au travail. Exclure la question du bien-être de la loi a *de facto faisant fait* une distinction entre «l'environnement de travail» et le «bien-être» alors qu'aujourd'hui le bien-être est une notion développée pour prendre en compte les conditions psychosociales de travail ⁴¹.

⁴¹ K. NIELSEN, *Psychosocial Risks and Community Law Influences on Northern European Countries Legal System: The Case of Denmark*, Conférence, séminaire programme COMPARISK relatif aux *Risques*

Certains pays du Nord de l'Europe connaissent aussi d'importants problèmes de moyens humains de contrôle. Or, même si le droit apparaît développé et ouvert à certains égards à la prise en compte des risques psychosociaux, si les organismes de contrôle ne sont pas armés pour faire appliquer les textes, alors le droit rencontrera d'importants problèmes d'effectivité. Par exemple, les Pays-Bas comptent 7 millions de travailleurs au sein de sa population active et le pays ne compte que 210 inspecteurs du travail. Dans le même temps – et l'alternance politique n'est pas non plus étrangère à ce mouvement – le Gouvernement néerlandais a créé 500 postes d'agents chargés de la protection des animaux domestiques, ce qui fait dire aux organisations syndicales que finalement les animaux sont mieux lotis de ce point de vue que les travailleurs. En effet, la probabilité pour une entreprise d'être visitée par un inspecteur est d'une fois tous les 30 ans, de sorte que les entreprises n'ont pas grand-chose à craindre de l'inspection du travail. Il s'agit d'un des problèmes auquel le pays doit faire face ⁴².

Enfin, la Suède est un cas intéressant et souvent cité comme «modèle». Pourtant, aujourd'hui, ce caractère n'est plus véritablement d'actualité et le pays semble vivre sur une réputation des années 1980. Le début des années 1990 a vu décliner ce système pourtant encore perçu comme un modèle concernant la prise en compte des risques psychosociaux, notamment au sein du droit de la prévention des risques professionnels.

Le point d'orgue a été la suppression de l'Institut national pour la vie au travail (*National Institute for Working Life*, (NIWL) créé au début des années 1960. Sa fermeture le 30 juin 2007 a été ressentie comme une décision politique suite à changement de Gouvernement en 2006, décision prise officiellement pour raison budgétaire. Cette décision a été un véritable choc pour la communauté internationale de la recherche en santé-sécurité au travail. La suppression du NIWL s'est accompagnée d'une véritable perte d'une expertise scientifique sur les conditions de travail physiques et psychosociales alors que chaque Etat membre de l'Union Européenne possède une telle structure

Les notions de harcèlement moral et de victimisation ont été introduites au sein du système juridique suédois. Dans le même temps, le Gouvernement suédois a supprimé le fonds étatique de financement des services de santé au travail considéré comme un organisme expert pouvant discuter avec les employeurs et les délégués à la sécurité connaissaient un dialogue constructif.

La loi sur l'environnement de travail reconnaît les risques psychosociaux sans pour autant contenir de dispositions spécifiques. Cette catégorie de risques

psychosociaux et l'influence du droit communautaire sur les droits nationaux, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 29-30 septembre 2011.

⁴² Cf. WIM VAN VEELLEN, *op. cit.*

nécessite des dispositions particulières tant les besoins sont importants. Le système suédois de l'environnement de travail est beaucoup plus disposé aujourd'hui qu'il y a 30 ans pour délivrer des injonctions concernant les lourdes charges de travail, le travail isolé et les risques concernant la violence. Néanmoins, l'Autorité suédoise de l'environnement de travail n'est pas particulièrement soucieuse à délivrer des injonctions relatives au harcèlement. Il existe donc un besoin d'une législation spécifique qui n'existe pas dans les pays scandinaves, mais qu'au contraire certains pays plus au Sud connaissent (Belgique, France, Portugal, Espagne (Code pénal)). La loi sur l'environnement de travail atteint donc rapidement ses limites. Elle est en effet davantage conçue pour des ouvriers masculins que pour des travailleuses qui prennent soin des personnes âgées, handicapées ou encore des salariés stressés qui travaillent dans un bureau, dans un pays pourtant connu comme performant concernant l'égalité homme-femme⁴³.

Enfin, la Suède a connu une forte opposition des employeurs à la transposition de l'accord-cadre européen du 8 octobre 2004 sur le stress au travail. Ils craignaient comme conséquences un coût important (assurance, rémunérations, etc.). Ils ont aussi peur d'une situation qui favoriserait la conclusion de nombreuses conventions collectives sur le sujet. Mais le problème est que le mandat disparaît quand il s'agit de négocier au niveau sectoriel ou des branches et le juge n'est pas compétent pour contrôler l'application de cet accord. Or, ce serait plus adapté si nous pouvions légalement nous battre pour son application. Nous disposons d'un outil intéressant, mais qui n'est pas juridiquement contraignant. Quel est donc l'usage de l'accord européen en Suède? Le pays en débat.⁴⁴

En somme, malgré parfois de fortes différences, le point commun entre les pays du Nord et le Sud de l'Europe est les difficultés d'application du droit de l'environnement de travail pour les uns, du droit des risques professionnels pour les autres. Le Nord et le Sud se rejoignent aussi sur l'opposition classique entre représentation salariée et représentation patronale sur l'intégration de la prévention des risques psychosociaux dans les politiques et plans de prévention des risques professionnels; le raisonnement se faisant davantage en termes de coûts que de santé. La reconnaissance des liens entre organisation du travail et risques psychosociaux est aussi problématique aussi bien à un niveau idéologique qu'à un niveau plus pragmatique relatif à la reconnaissance du lien de causalité. Cette posture renvoie à nouveau vers la question de l'effectivité du droit de la santé-sécurité au travail et son application.

⁴³ Cf. article de MARIA STEINBERG, *op. cit.*

⁴⁴ Cf. BÖRJE SJÖHOLM, in L. LEROUGE (dir.), *Les pays de l'Europe du Nord*, cit.

Ces difficultés affaiblissent au final les pays du Nord de l'Europe entendus parfois comme «modèles» et resserrent l'écart qui existait avec les pays situés plus au Sud de l'Europe notamment à la lumière des systèmes français et belge. Comment sanctionner une mauvaise organisation du travail avant la réalisation du dommage? Voilà une question qui fait débat et qui ne trouve pas encore de réponse soit au regard de l'affaiblissement des moyens de contrôle, soit de l'ineffectivité du droit ou des décisions du juge. Or, prévenir le plus en amont possible les risques psychosociaux en se situant sur le terrain de la prévention primaire implique un levier d'action dès la réalisation de nouveaux projets d'organisation du travail ou de leur mise en œuvre. Des voies d'action «préventive» axée sur l'image de l'entreprise ou sur la taxation selon les bonnes ou mauvaises organisations du travail sont à explorer, mais exposerait de tels initiatives à des divergences (politique, idéologique, économique) extrêmement fortes.

Organización del trabajo, salud laboral y prevención de riesgos psicosociales en España: entre resistencias y avances

de Cristóbal Molina Navarrete

*Todos vivimos bajo el mismo cielo, pero ninguno
tiene el mismo horizonte*

Konrad ADENAUER

SUMARIO: 1. Introducción: una contradicción de partida. – 2. La salud laboral entre norma y cultura organizativa: la diversidad “societal” española. – 3. La modernización preventiva en España como proceso “path dependence”: las vías de progreso. – 4. Las aperturas del modelo español de regulación general o indiferenciada, entre leyes especiales y autonomía. 4.1. Aplicación de los “deberes preventivos generales” a los riesgos psicosociales y reglas específicas en leyes especiales. 4.2. La “autorregulación colectiva” de los riesgos psicosociales mediante la negociación sindical: una vía de progreso en auge. 4.3. La respuesta jurisprudencial al problema de gestión preventiva de los riesgos psicosociales: entre incertidumbre y afirmación. 4.4. La acción institucional a favor de la prevención del estrés y la violencia en el trabajo: El INSHT y la ITSS. – 5. Reflexión final.

1. Introducción: una contradicción de partida

Conforme a la clásica delimitación realizada por la Organización Mundial de la Salud –OMS–, que hiciese suya la Comisión Europea, a través de sucesivas “Estrategias Comunitarias”, la seguridad y la salud en el trabajo es un ámbito multidisciplinario que engloba también la promoción de la salud y el bienestar de todas las personas que desenvuelven su actividad retribuida en un lugar de trabajo, por lo que atiende tanto a las condiciones de trabajo como a su entorno o ambiente global ¹. En esta

¹ Como buen ejemplo, esta evolución se refleja claramente en reciente Ley 33/2011, General de Salud Pública –publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) de 5.10.2011, cuyo artículo 32 dispone que: “la salud laboral tiene por objeto conseguir el más alto grado de bienestar físico, psíquico y social de los trabajadores en relación con las características y riesgos derivados del lugar de trabajo, el ambiente laboral y la influencia de éste en su entorno, promoviendo aspectos preventivos, de diagnóstico, de tratamiento, de adaptación y rehabilitación de la patología

comprensión, más innovadora y compleja que la tradicional ligada sólo a la “seguridad física” y a la “higiene industrial”, no podrá sorprender que el desarrollo de los “nuevos escenarios productivos”, esto es, la aparición de nuevos tejidos socio-económicos y las transformaciones operadas en las organizaciones de trabajo típicas de la “sociedad industrial”, afecte de lleno al entendimiento de la cuestión de la seguridad y salud en los ambientes de trabajo. En este sentido, la naturaleza cada vez más compleja de los procesos de trabajo y los cambios en las condiciones y en los modelos de organización del trabajo provocan la aparición de nuevos tipos de riesgo, así como la evolución de los riesgos existentes.

La difusión de cambios de calado y que definen el nuevo escenario que ha afectado de un modo notable a mercados y organizaciones de trabajo, hace que se requieran soluciones o respuestas que permitan a los empleadores, con la colaboración e implicación –participación- de los trabajadores y sus formas de representación, integrar los principios de seguridad y salud en todos los niveles estratégicos y operativos de los procesos de toma de decisiones, así como en todas las actividades económicas, a fin de concretarlos en medidas adecuadas –formalización de procesos de gestión saludable integral de las empresas-. En un sistema de organización y gestión basado en la mayor productividad hay que plantear *cómo se reparten beneficios* –de competitividad, de crecimiento- y *riesgos*, de modo que ganen todos: los empresarios, los trabajadores y la sociedad en su conjunto.

Entre los denominados riesgos «emergentes», y aunque hace ya tiempo que dejaron de ser nuevos, e incluso “emergentes”, en los debates y en los análisis europeos, incluida España, no así en las experiencias o prácticas de gestión preventiva –donde apenas alcanzan 1/3 de las empresas de más de 10 trabajadores en Europa, tan sólo el 18% de las empresas españolas-, los llamados “*riesgos psicosociolaborales*” ocupan un lugar particularmente clave. En España, y a diferencia de otros países europeos, este concepto está muy extendido, e integra situaciones tan conocidas como el estrés profesional, la violencia en el trabajo y las diferentes modalidades de acoso –moral (o “mobbing”), sexual, por cualquier otro motivo discriminatorio-. En todos los países de la Unión, e incluso más allá del Atlántico, en América, tanto del Norte como del Sur, estos riesgos suponen un problema cada vez más significativo y serio a la hora de poner en práctica las medidas de prevención previstas, por lo general de un modo indiferenciado o genérico, en el marco normativo regulador de esta materia. Nos referimos en particular, y por lo que a la Unión Europea –UE- atañe, la Directiva marco 89/391/CEE y sus directivas específicas, pero también en el marco de

producida o relacionada con el trabajo”. De este modo, se recoge la nueva concepción sobre salud laboral asumida por la Unión Europea, a través del *Pacto Europeo por la Salud Mental y el Bienestar*, firmado en 2008. Sobre el mismo vid. M.R. VALLECILLO GÁMEZ, O. VALLECILLO GÁMEZ, *La promoción de la salud y el bienestar en los ambientes de trabajo: a propósito del “Pacto Europeo”*, en *Revista de Prevención de Riesgos Psicosociales y Bienestar en el Trabajo. Revista temática del Laboratorio-Observatorio de Riesgos Psicosociales de Andalucía*, número 2/2010, p. 111 ss. Disponible en: <http://www.larpsico.es/ficheros/documentos/RevistaLarpsico02.pdf>.

regulación internacional aportado por la Organización Internacional del Trabajo – OIT-².

Ahora bien, como nos muestra la Encuesta ESENER de la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo (EU-OSHA) de 2009, existen intensas diferencias en el grado de implantación que cada país de la UE presenta de los procedimientos de gestión de riesgos psicosociales en las organizaciones de trabajo. Esta divergencia, reguladora y de efectividad –diversidad normativa y sociológica- llama la atención, de un lado, por tratarse de aplicar o ejecutar un mismo marco regulador, el de la Directiva Marco Comunitaria 89/391/CE. Pero suscita también interés, de otro, por la inclusión de ciertos países en la banda más baja de la escala cuando, por su potencial socio-económico y su grado de desarrollo en políticas de bienestar social, deberían estar muy por encima de una media europea que es, en sí misma, bastante baja. Es el caso de Francia, Alemania, Italia y España, 4 de las 5 economías más potentes de la UE y con unos Estados de Bienestar especialmente avanzados, al menos hasta hoy.

Curiosamente, países como Irlanda y Bélgica, pequeños Estados de la Unión y con economías y con Estados de Bienestar menos potentes, aparecen ocupando en el ranking los primeros lugares. Asimismo, países con un modelo de regulación tradicionalmente menos proclive a la reglamentación y basados en economías de desregulación y liberalización fuertes, como el Reino Unido, también ocupan lugares de privilegio en la implementación de procedimientos de gestión preventiva de riesgos psicosociales, sea de estrés sea de acoso³. Esta contradicción, o cuando menos esta paradoja, responde a múltiples factores, unos son de *naturaleza institucional*, y tienen que ver primariamente con la claridad y la intensidad de la normativa interna y con el compromiso real de las instituciones con su aplicación efectiva, en la vida ordinaria de las organizaciones de trabajo, públicas y privadas. Otros, en cambio, tienen una *naturaleza cultural*, y responde más bien a la vigencia de tradiciones sociales y modos dominantes de organización del trabajo y gestión de las empresas, que mantienen una

² Es conocido que fuera de la Europa continental, la expresión “riesgos psicosociales” no ha hecho apenas fortuna. Tanto en el Reino Unido, como en EEUU, o en Australia, Canadá, Argentina, Uruguay... se prefiere hablar de estrés laboral o de violencia en el trabajo. Respecto del acoso moral laboral se prefiere la expresión “bullying” a la de “mobbing”. No obstante, pese a desconocer esta categoría o concepto genérico, como una realidad unitaria, sí ha aparecido la preocupación por estos temas. Tanto que la OIT ha acogido un planteamiento análogo al de la UE para promover nuevos enfoques preventivos, además de haber incluido en su lista de enfermedades profesionales, a diferencia de la europea, que sigue excluyéndolas, las dolencias derivadas de riesgos psicosociales. Vid. *Riesgos Emergentes y nuevos modelos de prevención en un mundo del trabajo en transformación* (2010). Está disponible en <http://www.larpsico.es/ficheros/documentos/RiesgosEmergentesNuevosModelosProductivos.OIT.pdf>.

³ La información sobre los resultados de los análisis de la Encuesta ESENER están en el sitio Web: <http://osha.europa.eu/en/publications/publications-overview?Subject%3AList=esener&SearchableText=>. Un estudio detenido de esta Encuesta y el papel de los factores institucionales, evidenciando las diferencias nacionales, en C. MOLINA NAVARRETE, *La implantación de los sistemas de gestión de riesgos psicosociales en la Unión Europea*, en *Revista de Prevención de Riesgos Psicosociales y Bienestar en el Trabajo*, número 1/2010, p. 109 ss.

fuerte diversidad y heterogeneidad aún en el contexto de una sociedad crecientemente globalizada internacionalmente.

En suma, y como punto de partida de este artículo, importa subrayar cómo la armonización jurídica de una materia, al menos en el plano formal, a escala comunitaria no asegura la misma protección práctica en todos los países, con lo que la regulación aparece como cuestión comunitaria pero la ejecución, y por tanto, la aplicación práctica, como cuestión nacional. Por lo tanto, los avances en la *convergencia normativa* entre los diferentes Estados para la materia de la seguridad y salud en el trabajo, que es una competencia comunitaria muy desarrollada dentro del llamado Derecho Social Comunitario, parecerían luego frustrarse, manteniendo una extrema *divergencia aplicativa*, esto es en el plano de las garantías de tutela efectiva y, por tanto, en el nivel real de protección del derecho a un ambiente de trabajo saludable en cada país. En suma, un mismo marco normativo comunitario de salud laboral, con una doctrina del Tribunal de Justicia Comunitario igual, genera ordenamientos, políticas y prácticas nacionales muy diferentes respecto de los riesgos psicosociales. En este estudio, se hace un análisis de la situación, normativa y aplicativa, de España en esta materia.

2. La salud laboral entre norma y cultura organizativa: la diversidad “societal” española

Uno de los descubrimientos más relevantes de la “sociología laboral”, que ya conocía el Derecho del Trabajo, es el revelar la *diversidad nacional de las relaciones laborales asociada a formas diferentes de cultura de empresa, de organización industrial y estructuración de los mercados de trabajo*. Según este enfoque, las “organizaciones sociales de trabajo” no se encuentran separadas del ambiente social e institucional en el que se establecen, manteniendo una frontera clara y precisa respecto de él, sino que se configuran en función de ese entorno o ambiente, al tiempo que contribuyen a construirlo y, en su caso, reconstruirlo. La organización, como un actor corporativo predominante en ese entorno, se incrusta en cada estructura social y territorio en que se asientan. En suma, se detecta lo que en el ámbito de la sociología del trabajo se llama “efecto societal” y que pone de relieve cómo, aún en el contexto de un proceso de globalización y de regulación normativa de común de mínimos, la diferencia nacional lejos de desaparecer pervive e, incluso, se refuerzan, como diversos son los modelos de desarrollo, de organización productiva y de “capitalismo”⁴.

Desde esta perspectiva, el aspecto sociolaboral que aquí estudiamos, la gestión preventiva de los riesgos psicosociales ligados a la organización del trabajo es un

⁴ En general, para el nuevo debate sobre la variedad de capitalismos, sin perjuicio del poder dominante del “poder financiero”, por todos vid. P. HALL, D. SOSKICE, *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford University Press, 2001.

campo propicio para comprender el relieve que adquieren las particularidades derivadas de la “cultura”, las “instituciones”, las “tecnologías sociales” y las formas de regulación social y económica de cada país –isomorfismo institucional-. Sólo así puede entenderse cómo España, un país que cuenta con uno de los ordenamientos en materia de seguridad y salud más armonizados y de mayor calidad técnica, por encima de la media europea, está muy por debajo de la media en la garantía de efectividad del «*derecho social fundamental*», que sin embargo genérica e implícitamente reconoce en sus leyes –artículo 15 Constitución y artículo 14 Ley de Prevención de Riesgos Laborales-, a un «*ambiente laboral libre de contaminación “psicosocial”*».

Como confirma asimismo la encuesta ESENER, esa diversidad nacional en materia de gestión de riesgos psicosociales laborales también se produce, en el seno del mismo país, entre organizaciones de trabajo con modelos productivos, culturas y formas de regulación también parcialmente diferentes.

Pero ahora atenderemos a la confirmación que la Encuesta hace de la centralidad del análisis institucional, típico tanto de la sociología laboral cuanto de la economía política, y también de la Ciencia del Derecho. Esta dimensión institucional –y cultural- hallaría en la evaluación de la actividad de integración de la gestión preventiva de riesgos emergentes por parte de las organizaciones de trabajo un espacio de análisis abonado⁵.

Por supuesto, no se trata de negar la presencia de elementos comunes en el interior de un sistema jurídicamente armonizado, como es el relativo a la gestión preventiva de los riesgos derivados de la organización – la referida “Directiva Marco” y los “Acuerdos Marco” de los interlocutores sociales-, y económicamente integrado, como es el de la Unión Europea, aún con todas las limitaciones que conocemos, sino de evidenciar cómo hay diversas respuestas institucionales, y también organizativas, a problemas y a demandas que, en términos generales, pueden entenderse comunes: la gestión de los riesgos de origen psicosocial. El análisis que aquí se hace, sobre la regulación normativa y la aplicación práctica en España, pretende ofrecer datos empíricos y análisis de tipo conceptos para comprender los *procesos de integración y modernización comunitarios*, cuestionando, o al menos mirando con escepticismo, la tesis de la convergencia, para reafirmar la tesis de la divergencia nacional –además de organizativa- de las relaciones laborales. Con ello, se llama también la atención sobre los riesgos de inseguridad jurídica y desigualdad que tiene el recurso a dispositivos de regulación

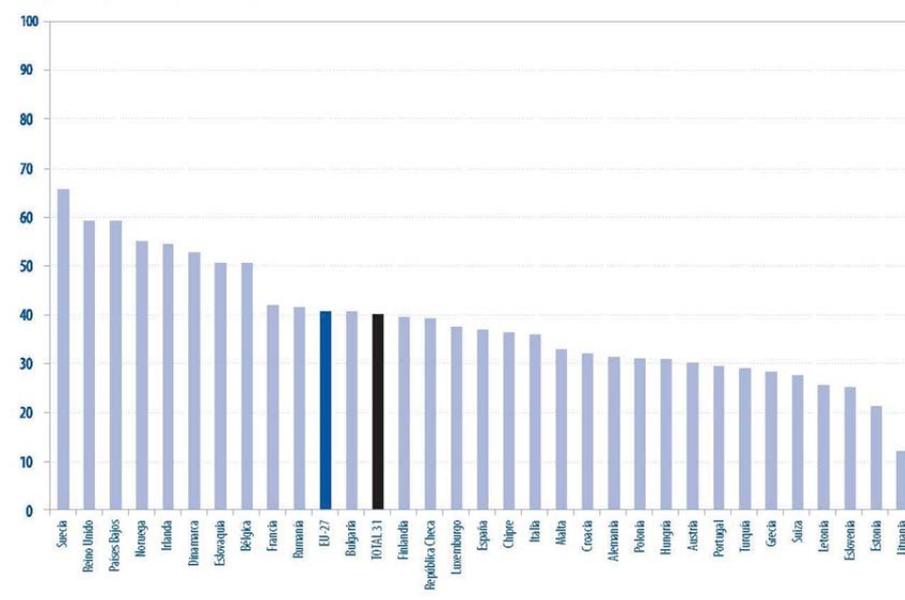
⁵ Frente al pensamiento científico y metodológico liberales, asentados en el análisis del comportamiento sobre la elección racional económica, el pensamiento institucionalista promueve el estudio del papel clave de las instituciones en el devenir de la vida social, sea económica, social, política, jurídica, individual. Para el ámbito de la sociología de las organizaciones vid. W.R. SCTOT, *Institutions and Organisations*, Thosand Oaks, Sage, 1995.

flexible –autorregulación- comunitaria en materia, pues facilita “dinámicas de *decoupling*” (procesos de “disociación” o de “desacoplamiento”), esto es, de desajuste entre la dimensión jurídico-formal de las instituciones y su funcionamiento efectivo –vigencia práctica-.

Para ilustrar esta tesis, en el caso español, proponemos enunciar en este momento tres datos, que luego desarrollaremos un poco más. Uno extra-jurídico y de carácter *empírico*, relativo al porcentaje de empresas que tienen implantados sistemas de gestión de riesgos psicosociales. Otro jurídico, relativo a una extendida, aunque por fortuna no uniforme, *visión jurisprudencial* de este tipo de riesgos laborales. Finalmente, uno *institucional*, relativo a la evolución del imaginario de la Inspección de Trabajo española en esta materia.

En lo que concierne a la “medición” del impacto real en las empresas españolas de la regulación comunitaria sobre esta materia, conviene reclamar la atención sobre el siguiente dato, ya referido. En efecto, España ha conocido un extraordinario debate sobre estos riesgos desde hace casi una década, de manera que son muy numerosos los libros, los estudios, los congresos, los seminarios, incluso los métodos de evaluación desarrollados, sobre este tipo de riesgos. La expresión “riesgo psicosocial” aparece muy difundida social, e incluso institucionalmente, habiéndose dedicado muchos recursos financieros a su difusión. Pero no en la “alta dirección” empresarial, donde está por debajo de la media europea, como ilustra bien la referida Encuesta ESENER –gráfico 2-.

Gráfico 2: La seguridad y la salud en el trabajo abordadas frecuentemente en reuniones de altos directivos, por países (porcentaje de empresas).



Base: Total de empresas.

El citado contraste de posiciones “nacionales” respecto al entendimiento de gestión preventiva de los riesgos psicosociales en el trabajo aparece también en sede judicial. La Corte de Justicia Europea sostiene con reiteración que existe un

deber por parte de las empresas de evaluar todos y cada uno de los riesgos laborales, incluidos los de carácter psicosocial –ejemplo: STJUE 15 noviembre de 2001, C-. La Corte de Casación francesa, aceptando el enfoque preventivo, afirma que el acoso moral sí es un riesgo laboral respecto del cual existe el deber empresarial de evaluarlo –ejemplo: Casación 10 de febrero de 2009-.

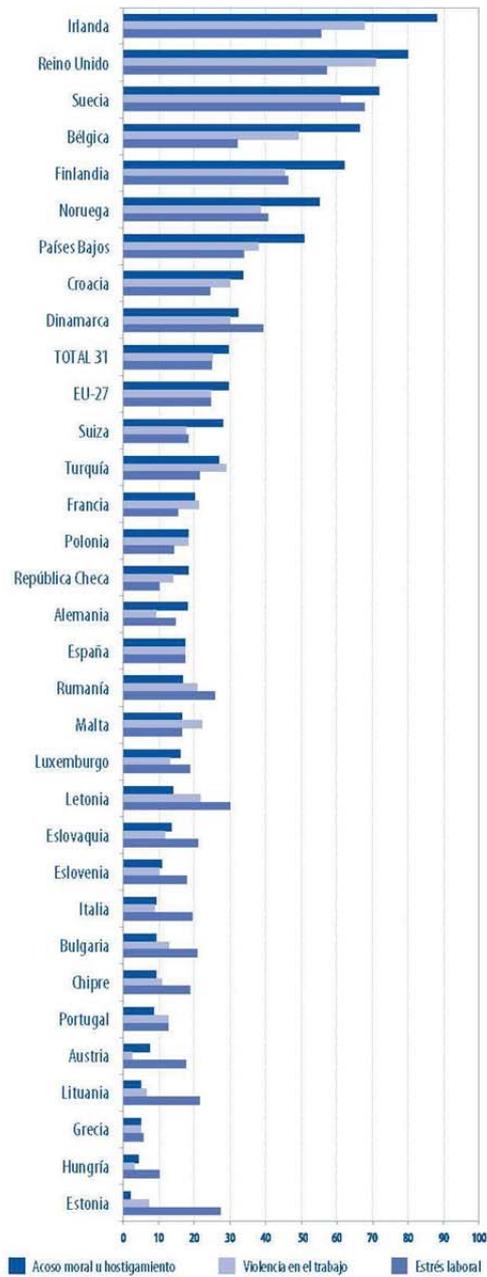
En cambio, el *Tribunal Supremo español*, Sala Social, mantiene una corriente que *niega el deber de evaluar* el riesgo de acoso y, por lo tanto, entiende que no puede prevenirse eficazmente, sólo ser sancionado cuando se constate su existencia mediante denuncia –*STS 15 de diciembre de 2008*-. Para la Corte Suprema española – y en contraste con otra posición de la propia Sala Social, como luego se verá, así como frente a la interpretación de la doctrina constitucional, que también aludiremos- el acoso moral en el trabajo genera un conflicto entre personas, típico de relaciones humanas hostiles y no comunicativas, que deben afrontarse a través de instrumentos de gestión de conflictos individuales –enfoque de gestión de recursos humanos-, pero no a través de evaluaciones sistemáticas e intervenciones preventivas en sentido propio.

Finalmente, y en esta línea de contrastes entre posiciones por parte de instituciones nacionales respecto al modo de tratar los riesgos psicosociales en los ambientes de trabajo, entiendo relevante evidenciar cómo hasta hace bien poco tiempo la autoridad competente de exigir el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en España, la Inspección de Trabajo, ha considerado inadecuada la vía preventiva para hacer frente al acoso moral, así como al estrés en el trabajo. Así, conforme al *Criterio Técnico 34/2003*, relativo al acoso moral, entenderá que el acoso moral en el trabajo no es un riesgo laboral, sino una conducta contraria a la dignidad de los trabajadores, y por tanto no puede afrontarse desde la normativa preventiva, sino desde las normas que sancionan las conductas empresariales abusivas o contrarias a la dignidad de los trabajadores –artículo 8.11 Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (TRLISOS)-. Como se dirá, en 2009 ha cambiado, por fortuna, el criterio. En cambio, es posible constatar cómo un buen número de “inspecciones laborales” europeas, como la danesa, la sueca o la holandesa, entre otras, vienen desplegando desde hace varios años una intensa labor preventiva del acoso moral en el trabajo, de manera que puede decirse que su tarea ha servido en gran medida para renovar las políticas preventivas en esta materia de sus respectivas experiencias jurídicas nacionales. Esta confrontación de posiciones no es casual, tiene que ver con el diferente modelo de ordenación de la inspección laboral en cada país –en España es una inspección genérica laboral, no especializada-.

En suma, el resultado de todo ello es el siguiente: En España, el 84 por ciento de las empresas cuentan con evaluación de los riesgos de seguridad laboral, mientras

que el 40 por ciento de ellas hacen evaluaciones de higiene industrial, en cambio, apenas un 18% lo hacen para los riesgos psicosociales.

Gráfico 8: Procedimientos para gestionar los riesgos psicosociales en el trabajo, por países (porcentaje de empresas).



Base: Total de empresas.

3. *La modernización preventiva en España como proceso “path dependence”: las vías de progreso*

Por lo hasta aquí dicho, debe quedar claro que la adaptación nacional a las novedades de regulación comunitaria es inevitable, pero su forma y su grado están profundamente condicionados por la diversidad cultural e institucional de cada país. De ahí, los diferentes resultados en la medición del grado de aplicación práctica de las normas generales respecto de los riesgos específicos aquí analizados, los psicosociales. La evolución normativa y práctica responde, pues, no a una única decisión, la de transponer la Directiva Marco, o la de llevar a la experiencia nacional los Acuerdos Colectivos Europeos en esta materia, decisiones que fueron tomadas en España de modo razonablemente adecuado y en tiempo útil, sino de un proceso mucho más complejo, y gradual, dependiente de la entera secuencia de decisiones tomadas por los actores del sistema de relaciones laborales a lo largo de un cierto tiempo. Por tanto, en este contexto, lo importante no es sólo que existan normas específicas, sino que existan políticas de implementación y de evaluación de sus resultados. La evaluación no es regulación, pero sí supone un complemento ineludible hoy para aquélla, como ha probado sobradamente Bélgica, un país que ha variado ya tres veces en cuatro años su normativa específica al respecto.

Este modo de adaptación de los sistemas de gestión preventiva asociado a procesos de transferencia y aprendizaje comunitarios parece responder, hasta el momento al menos, a una dinámica de modernización de “*path dependence*”⁶, según la cual el progreso social hacia un determinado resultado, en nuestro caso preventivo, no se produce ni del mismo modo en todos los casos –en todas las experiencias nacionales- ni alcanza un único punto de equilibrio fijo o predeterminado. Por lo tanto, el tipo y nivel de adaptación dependen en buena parte del modo concreto a través del cual se alcanza tal resultado de ajuste entre “el modelo ideal de referencia regulador” –para nosotros el tratamiento comunitario de los riesgos psicosociales- y el modelo nacional concreto. Más aún: el resultado de un proceso de adaptación “dependiente del camino” –“*path dependence*”- o “ruta” seguidos en cada caso, diferente en atención a cada tradición cultural, sistema institucional y experiencia social, a menudo no convergerá hacia el lugar esperado. De ahí, el carácter dinámico y evolutivo que presentan estos sistemas, de manera que no pueden analizarse ni con un enfoque simplificado ni aún menos desde una posición estática.

En consecuencia, las innovaciones serán siempre limitadas –“*bounded innovations*”- y, en todo caso, su consolidación exigirá dispositivos o útiles de recepción y aprendizaje que tenga en cuenta el modelo de referencia global –en este caso

⁶ Cfr. E. SCOTT, *Path Dependence*, en *Quarterly Journal of Political Science*, 2006, 1, pp. 87-115.

comunitario: Directiva marco y Acuerdos Marco específicos- para la gestión preventiva, atendiendo de cerca y de modo continuado a la realidad institucional y a los modelos organizativos en que se inserta. La transformación de cada realidad nacional, y dentro de ella regional, e incluso empresarial, no se puede hacer recaer sólo sobre la decisión de los destinatarios, como es natural, por tanto sobre “vacíos institucionales” –ausencia de reglas especiales- y/o instrumentos “ambiguos o inciertos” –normas indiferenciadas o genéricas cuya aplicación a ciertos riesgos permanece dudosa, sin un consenso amplio en torno a su comprensión aplicativa-, pues deja de ser un proceso vinculado a la mejora de los sistemas vigentes para ligarse a las decisiones de conveniencia o coyuntura y de las presiones sociales en cada caso. En este sentido, el conocimiento del tratamiento regulador español de esta materia es un buen campo de pruebas para comprender tanto las limitaciones del modelo de reconocimiento indiferenciado de los riesgos psicosociales, que predica una aplicación genérica de los deberes preventivos para ellos como si se tratara de cualquier otro riesgo, cuanto sus aperturas a través de las intervenciones de autorregulación colectiva y de aplicación práctica, que evidencian innovaciones.

En suma, la experiencia española pone de manifiesto una continuada tensión entre las resistencias al cambio, normativo y socioeconómico, y la presión hacia su renovación ⁷. De ahí que junto a la incertidumbre reguladora, hallemos importantes innovaciones de gestión preventiva de estos riesgos, como los “*procedimientos de gestión preventiva de los conflictos de naturaleza psicosocial vinculadas a procesos de violencia en el trabajo*”, de fuente colectiva, y similares en cierto modo a los llamados “acuerdos colectivos de calidad de clima laboral”, o leyes especiales que afirman deberes preventivos sobre este tipo de riesgos, como el acoso sexual y por razón de sexo. En todos los casos, se insiste, no puede prescindirse para su estudio del análisis y el reconocimiento de cada concreta realidad político-institucional y cultural.

4. *Las aperturas del modelo español de regulación general o indiferenciada, entre leyes especiales y autonomía*

4.1. *Aplicación de los “deberes preventivos generales” a los riesgos psicosociales y las reglas específicas en las leyes especiales*

Un presupuesto fundamental para asegurar el cumplimiento eficaz de la norma legal es la claridad de su contenido y significado, de modo que quienes estén

⁷ Ampliamente, en el contexto europeo y mundial, M. GARCIA JIMENEZ ET ALTRI, *Regulación de los riesgos psicosociales en los ambientes de trabajo: panorama comparada de modelos y experiencias en Europea y América*, Bomarzo, Albacete, 2011.

llamados tanto a cumplirla –destinatarios: empresarios y trabajadores- cuanto a velar que sea cumplida –autoridades administrativas, órganos judiciales-, comprendan con facilidad a qué están obligados y cómo deben ejecutar sus obligaciones –de cumplimiento y de garantía del cumplimiento-. Pues bien, en España existe un sentimiento generalizado de que el marco regulador español es confuso e insuficiente y, por tanto, generaría en todos los sujetos una gran inseguridad jurídica, lo que estará frenando de una manera significativa su implementación en las organizaciones, públicas y privadas. La razón principal para sostener tan inquietante conclusión es que no existen en España una norma, legislativa o reglamentaria, que de forma específica, clara y precisa, al estilo del nuevo artículo 28 del Texto Único sobre seguridad y salud en el trabajo italiano, fije la obligación de tratar los riesgos psicosociales en el marco de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales española –Ley 31/1995, de 8 de noviembre, en adelante LPRL-.

El pobre balance aplicativo, ya referido, parece dar la razón a esta lectura. La realidad es, sin embargo, más compleja. En primer lugar, sí que existe en la normativa española una norma que hace referencia a los “factores de riesgo psicosocial” en los ambientes de trabajo, incluyéndolos dentro de los principios de acción preventiva. Se trata del artículo 15.1 d) LPRL, que establece el deber de adaptar la organización del trabajo a la persona –principio de análisis ergonómico del derecho a la salud laboral-, y del artículo 15.1 g) LPRL, que fija como principio preventivo el de *“planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo”*. Se trata, pues, de normas de carácter general, de directa aplicación a todos y cada uno de los riesgos derivados del trabajo, como ha entendido la Corte de Justicia Europea y ciertas sentencias del Tribunal Supremo español –STS, 4ª, 17 de junio de 2008-, por tanto, también a los riesgos psicosociales, pues los factores causantes de los mismos sí están recogidos de modo expreso en la normativa legal.

En segundo lugar, contamos con “leyes especiales” que hacen referencia expresa al deber de prevenir ciertos riesgos de este tipo. Así sucede con el acoso sexual y el acoso por razón de género. Se trata del artículo 48 Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad.

Este precepto legal, que traspone al Derecho español la normativa comunitaria en la materia, fija el deber de los empresarios de establecer una política específica para la prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo (o género). De un lado, las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. Con esta finalidad se podrán

establecer, mediante acuerdo con los representantes de los trabajadores, medidas tales como “la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación”, entre otras. De otro, fija el deber de los representantes de los trabajadores de contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos. Como más abajo se indicará, a propósito de la negociación de estas políticas se han establecido procedimientos de gestión preventiva unitarios, esto es, tanto para el acoso sexual y por razón de sexo como para el acoso moral en el trabajo.

En tercer lugar, en España existe una reciente e intensa legislación específica en el plano sancionador de conductas relativas al acoso moral o a la violencia laboral en el trabajo, así como en relación a las modalidades de acoso discriminatorio. Así, el acoso moral a los trabajadores es considerado un delito específico en el artículo 173 Código Penal, habiéndose dictado ya varias sentencias condenatorias, aunque todavía no hayan implicado pena de prisión (ejemplo ⁸: Sentencia del Tribunal Supremo –STS–, Sala Penal, 28 de octubre de 2010; o STS, Sala Militar, 7 de mayo 2010). También aparece como una falta disciplinaria muy grave para los empleados públicos –artículo 96 Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril), al tiempo que ha habido condenas a pagar indemnizaciones muy elevadas por procesos de acoso moral en el trabajo, reprochando el Tribunal al empleador la falta de prevención y gestión adecuada de estas conductas –STS, Sala Contencioso Administrativa, 15 de marzo de 2011, que fija una indemnización por acoso moral de 130.000 Euros y la condena a pagar una pensión de incapacidad permanente absoluta por razón laboral, y Sala Social, 23 de noviembre de 2010-. Asimismo, las dolencias derivadas de estos factores de riesgo se consideran accidentes de trabajo –STS, Social, 18 de enero de 2005-. Por tanto, hay fuertes incentivos económicos a la prevención de las conductas, a través de la disuasión de las mismas por sus altos costes.

En cuarto lugar, se ha establecido más recientemente aún un fuerte estatuto de garantías procesales para proteger a los trabajadores –privados y públicos- de toda conducta que pueda lesionar su integridad psíquica y moral. Así se recoge en la Ley 36/2011, de 10 de octubre de 2011 –entró en vigor el 12 de diciembre de 2011– reguladora de la jurisdicción social. Esta protección reforzada –preventiva, reparadora y sancionadora- aparece en los artículos 79 y 180 de dicha Ley.

Finalmente, hay que evidenciar que la existencia de una legislación específica no es ninguna garantía, por sí sola, de eficacia preventiva. Así lo acredita la situación de Portugal, que cuenta con esa referencia específica desde 2009, o Francia, que

⁸ La sentencia se lee en: <http://www.larpsico.es/ficheros/documentos/STSCondenatoriaporacosomoral.pdf>.

la tiene desde 2002, o en Hungría, por citar países de reciente incorporación a la Unión. Al tiempo que la ausencia de regulación específica no impide que sí haya actividad preventiva intensa, como prueba la situación del Reino Unido e Irlanda. Lo que evidencia que la regulación específica ni es “condición necesaria” ni tampoco es “condición suficiente” para una eficaz política preventiva. Se precisan otros factores adicionales, entre ellos, el compromiso de los actores de las relaciones laborales con estas políticas normativas.

4.2. *La “autorregulación colectiva” de los riesgos psicosociales mediante la negociación sindical: una vía de progreos en auge en España*

Como es conocido, la Unión Europea ha optado por favorecer no la legislación específica en esta materia sino la regulación colectiva de estos riesgos, promoviendo la firma de “Acuerdos Marco Autónomos”, como así ha sucedido en relación al estrés laboral (2004) y la violencia y el acoso (2007). Pues bien, a diferencia de lo sucedido en otros países de su entorno socio-económico y cultural –Francia, Italia, Alemania-, que han tardado más, en España muy pronto se adoptaron por los interlocutores sociales esos Acuerdos Europeos, publicándose en el Boletín Oficial del Estado –BOE: de 16 de marzo de 2005, y 14 de enero de 2008, respectivamente-, si bien con un valor contractual –eficacia sólo frente a quienes firman esos acuerdos- no normativo –eficacia frente a todos-, como sucede, en cambio, con la mayor parte de los convenios colectivos en España. Por tanto, son un ejemplo del llamado “*Soft Law*” –Derecho débil en su eficacia legal pero consensuado socialmente-, tanto europeo como nacional, lo que proporciona elementos de novedad jurídica, al dar un gran protagonismo al Diálogo Social y a la autonomía colectiva, fuente de Derecho objetivo en España, pero también de riesgo aplicativo, pues anuncia una aplicación lenta y desigual atendiendo a sectores específicos de actividad y a tipos de empresas.

Pues bien, en España, estos Acuerdos, pese a aceptarse formalmente, están poco extendidos en los convenios colectivos y en las políticas de las empresas, por lo que su influencia es, a día de hoy, muy limitada y desigual –apenas un 5% del total de convenios colectivos (en España hoy unos 6.000 en vigor) contienen referencias a este tipo de riesgos-. Debe tenerse en cuenta que hasta la recepción en los convenios colectivos de los Acuerdos Interprofesionales que recogen los Acuerdos Europeos éstos no alcanzan valor normativo. De ahí que hayan tenido más seguimiento en las empresas los deberes de prevención del acoso sexual y por razón de sexo –en aplicación del citado artículo 48 LO 3/2007- que los deberes de prevención del estrés laboral y del acoso moral –“*mobbing*”-.

No obstante, conviene tener en cuenta que un número creciente de convenios colectivos recientes hacen mayores referencias a políticas preventivas en materia de riesgos psicosociales. En unos casos, reconociendo específicamente la

obligatoriedad del deber legal de evaluar los riesgos psicosociales ⁹. Y en otros, también fijando de una manera concreta el deber de establecer procedimientos de gestión preventiva –que incluyen códigos de conducta y de buenas prácticas- de los “conflictos de riesgo psicosocial” ¹⁰. En suma, en España se detecta una tendencia creciente y significativa, pese a ser limitada y dispar según los sectores de actividad y tamaño de las empresas –sólo en las grandes y medianas, no así en las pequeñas-, a comprometer *prácticas de autorregulación colectiva* del riesgo de estrés laboral y, sobre todo, del acoso.

Pese a todo, esta regulación convencional en aumento no garantiza la debida aplicación socialmente generalizada de la norma legal. Tan sólo introduce un camino de progresión en sectores y empresas específicos. Por lo tanto, es preciso introducir otros niveles de acción y compromiso institucionales con la aplicación de la Ley.

4.3. *La respuesta jurisprudencial al problema de gestión preventiva de los riesgos psicosociales: entre incertidumbre y afirmación*

La regulación de una materia laboral se complementa con una tercera fuente de fijación del contenido y alcance de los deberes preventivos, la jurisprudencia. En España contamos, pese a carecer de regulación específica, con una gran cantidad de sentencias dictadas en esta materia desde el año 2000 –más de 1500 decisiones de los diferentes Tribunales-, aplicando diferentes parcelas del ordenamiento jurídico, como ya se ha indicado más arriba. Ahora bien, en relación a la existencia de un deber específico de prevención de los riesgos psicosociales hallamos todavía, como también se indicó, fuertes contradicciones que

⁹ Por ejemplo, el laudo arbitral por el que se establece el *II Convenio Colectivo de los controladores aéreos* –BOE de 9 de marzo de 2011-, incluye el estrés laboral como factor a tener en cuenta a la hora de concretar las condiciones de trabajo –jornada laboral, trabajo nocturno, retiro anticipado...-. El Convenio Colectivo del *Sector de Contact Center* –antiguo Telemarketing- incluye los factores de riesgo psicosocial entre los incluidos en la evaluación de riesgos –artículo 61; BOE 8 de marzo de 2008-. O el *IV Convenio Colectivo del personal laboral de las Universidades Públicas de Andalucía* –Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, 23 de febrero de 2004-; *artículo 56 Convenio Colectivo de Grandes Almacenes* –BOE 5 de octubre de 2009-.... Puede verlos todos en el sitio Web siguiente: <http://www.larpsico.es/ficheros/documentos/TRATAMIENTO%20CONVENCIONAL%20DEL%20ESTR%C9S%20LABORAL%202011.pdf>.

¹⁰ Por ejemplo, Convenio Colectivo de Telefónica España, SAU (Sociedad Anónima Unipersonal), para los años 2011-2013; Convenio Colectivo de la Empresa Importaco, SA (Sociedad Anónima); XVI Convenio Colectivo de la Industria Química –artículos 66 y 108-; VIII Convenio Colectivo de la empresa Renault; III Convenio Colectivo de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos –artículo 28 BOE 28 de junio de 2011-; Convenio Colectivo del Grupo Praxair; Protocolo de prevención del acoso en el personal al servicio de la Administración General del Estado –BOE – y de prevención del acoso sexual y acoso por razón de sexo –BOE 8 de agosto de 2011-1 de junio de 2011... Pueden verse mucho más en el sitio Web: <http://www.larpsico.es/ficheros/documentos/TRATAMIENTO%20CONVENCIONAL%20DEL%20ACOSO%20LABORAL%202011.pdf>.

desembocan, por lo tanto, en un estado de gran incertidumbre. Para una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, Sala Social, no existe responsabilidad empresarial por la falta de políticas preventivas respecto del acoso en el trabajo, por tratarse de *“un ámbito tan cambiante e impredecible como es el campo de las relaciones humanas entre los trabajadores que coinciden, incluso por azar, en el desempeño de su cometido laboral”* –STS, Sala Social, 15 de diciembre de 2008-. Siguiendo esta posición restrictiva, ciertas sentencias de tribunales regionales o autonómicos, han negado que exista un deber legal de prevenir estos riesgos, pues:

“ las notas técnicas preventivas son simples estudios técnicos, que no tienen más que un valor informativo para los empleadores y los servicios de prevención, salvo que se integren de forma expresa en los reglamentos de la empresa o sean negociados de forma expresa con los representantes de los trabajadores, en cuyo caso sí tendrían un valor normativo” - Sentencia Tribunal Superior de Justicia (STJS) de Cataluña, Sala Social, 11 de marzo de 2011-.

En cambio, otra dirección jurisprudencial se mueve con un rumbo distinto, de modo que aplica la normativa preventiva a los riesgos emergentes, como la violencia laboral en el trabajo. Es el caso de las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Social, de 20 de septiembre de 2007 y de 17 de junio de 2008. Siguiendo esta senda, otras sentencias de tribunales regionales o autonómicos se muestran favorables a aplicar el deber legal de prevención a estos riesgos. Así, para éstas:

“el acuerdo marco europeo sobre estrés en el trabajo ayuda a los empresarios a cumplir la obligación legal de prevenir este riesgo profesional, de manera que la ausencia de una política para evitarlo implica la responsabilidad contractual del empleador” –STSJ Madrid, 5 de octubre de 2005-.

En la misma dirección favorable al deber preventivo, otras entienden que:

“la ausencia de medidas preventivas adecuadas para los riesgos psicosociales (estrés, acoso, burnout) es la causa directa de ciertos accidentes de trabajo, de manera que la falta de actividad preventiva deberá ser sancionada no solamente con la reparación de los daños, sino también con un recargo –suplemento- sobre las prestaciones de seguridad social, que van desde un mínimo del 30% a un máximo del 50% de tales prestaciones...” (STSJ Galicia, 11 de marzo de 2011; STSJ País Vasco, 24 de marzo de 2011.).

Por su parte, el Tribunal Constitucional español también ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto. Si en una primera sentencia se mostró más renuente a una afirmación contundente del deber preventivo –STCO 74/2007, 16 de abril-, en otras sí ha afirmado con vehemencia la aplicación de los principios jurídicos preventivos, que recoge la LPRL, para proteger a los trabajadores de los riesgos para su salud psíquica derivados del ambiente sociolaboral –SSTCO 62/2007 y

160/2007-. Por lo tanto, el Alto Tribunal evidencia un claro compromiso progresivo con la prevención de este tipo de riesgos.

4.4. *La acción institucional a favor de la prevención del estrés y la violencia en el trabajo: El INSHT y la ITSS*

No obstante, es manifiesto que sigue existiendo una corriente judicial significativa que se inclina por las concepciones más tradicionales, dejando la protección sólo en el plano reparador o sancionador pero no en el preventivo, que quedaría en desamparo, al tiempo que también frustran las acciones fiscalizadoras realizadas a tal fin por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Por tanto, cabe preguntarse ahora, ante este panorama contradictorio, desigual e incierto, qué dicen al respecto los órganos de la administración con competencias en esta materia, sea en el plano científico-técnico, a fin de ayudar a los empresarios a cumplir con los deberes, sea en el de fiscalización o vigilancia del cumplimiento empresarial de los deberes legales preventivos. En el primer plano hablamos del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo –INSHT-, que es el máximo órgano científico-técnico en materia preventiva, y en el segundo de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social –ITSS-.

Respecto del órgano superior técnico nacional, conviene poner de relieve que, a diferencia de lo ocurrido en otros países, como por ejemplo en el Reino Unido, en Irlanda, o, ahora ya, en Italia, no contamos en España con una “Guía Técnica Oficial”. Sí cuenta con un “*Método de Evaluación de Riesgos Psicosociales*” –FPSICO.3-.

Pero este método no es obligatorio, de modo que junto a él existen otros muchos, por lo que cada empresa actúa siguiendo unas pautas diferentes. Asimismo, el INSHT elabora diferentes Notas Técnicas Preventivas –NTP- sobre cómo evaluar y cómo planificar la actividad preventiva sobre riesgos psicosociales ¹¹. Sin embargo, los tribunales no las consideran obligatorias –*STSJ Cataluña 11 de marzo de 2011*-.

En lo que concierne, al órgano fiscalizador del cumplimiento de las obligaciones preventivas, la ITSS, también se evidenció sus limitaciones. Primero porque, en el inicio, se mostró reacio a admitir dentro del sistema preventivo a los nuevos riesgos –Criterio Técnico 34/2003-. No obstante, ha experimentado cambios de tendencia, de modo que ahora sí acepta el tratamiento de los riesgos de origen psicosocial dentro de la LPRL –Criterio Técnico 69/2009, que deroga el CT 34/2003; Criterio Técnico 81/2011, que incluye la violencia de terceros dentro de la norma de prevención-. Segundo, porque cuenta con un protocolo sobre cómo

¹¹ Se pueden ver todas en <http://www.larpsico.es/ficheros/documentos/NTP-riesgos%20psicosociales.pdf>.

hacer las comprobaciones inspectoras en torno a las evaluaciones de riesgos psicosociales, pero es simple y se ha quedado obsoleto. De ahí, que se prepare una Guía entre el INSHT y la ITSS, que quiere modernizar y unificar sus actuaciones. Finalmente, porque apenas hace campañas para exigir el cumplimiento efectivo de las evaluaciones de estos riesgos, esperando por lo general a que haya una denuncia por parte de los trabajadores o sus representantes. Este dato es muy relevante y explicativo de la deficiente aplicación práctica, pues hay que tener en cuenta que en España el 75% de las evaluaciones de riesgo psicosocial se hacen sólo tras requerimiento previo de la ITSS.

5. *Reflexión final*

En suma, como hemos podido ver, de forma sumaria pero creo que ilustrativa, en España tanto factores culturales –escasa tradición de políticas preventivas en las empresas- como institucionales –inexistencia de regulación específica; incertidumbre sobre su aplicación en la jurisprudencia y en la ITSS; desigual impacto en los convenios colectivos; falta de una Guía Técnica Oficial, con la consiguiente dispersión- explican por qué está por debajo de la media europea en orden a la implantación efectiva de procedimientos de gestión de riesgos psicosociales. No obstante, en los últimos años, diversas “vías de progreso” se han abierto para difundir las políticas preventivas de riesgos de este tipo en las organizaciones de trabajo. El tiempo dirá si el camino es fatigoso pero acertado, o si resulta, en cambio, además, equivocado.

The prevention of psychosocial risks in the workplace: swedish law

by Maria Steinberg

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Background. 2.1. The development of preventive legislation concerning psychosocial risks. 2.1.1. A comprehensive view at the work environment (1977). 2.1.2. The Good Work (1991). – 3. The Swedish Work Environment Act. 3.1. The purpose and scope of the Act, Chapter 1. 3.2. Demands on the work environment, Chapter 2. 3.3. The obligations of employers and others, Chapter 3. 3.4. Co-operation, Chapter 6. 3.5. The Work Environment Authority, sanctions and appeals, Chapter 7-9. – 4. Provisions related to mental risks. 4.1. Systematic Work Environment Management (AFS 2001:1). 4.2. Solitary Work (1982:3). 4.3. Care in Private Homes (AFS 1990:18). 4.4. Violence and Threats in the Working Environment (AFS 1993:2). 4.5. Victimization at Work (AFS 1993:17). 4.6. Job Adaptation and Rehabilitation (AFS 1994:1). 4.7. Minors (AFS 1996:1). 4.8. Ergonomics for the Prevention of Musculoskeletal Disorders (AFS 1998:1). 4.9. First Aid and Support in Crisis (AFS 1999:7). – 5. The Work Environment Authority. – 6. The Administrative Court. – 7. The General Court. – 8. The Labour Court. 8.1. Sexual harassment. 8.1.1. The Discrimination Act and its predecessor. 8.1.2. The Employment Protection Act. 8.2. Other kinds of harassment. – 9. Conclusions.

1. *Introduction*

In December 2011, the Swedish government invited representatives of the Social Partners of the Labour Market¹ along with independent researchers, to a conference on “The Psychosocial Work Environment: Yesterday, Today, and Tomorrow”. The purpose of the conference was to bring up to date the definition of the term “psychosocial work environment” and to discuss the question, “What challenges are we faced with in working life today and how can the Social Partners best co-operate to meet them?” After the researchers had made their presentations the representatives of the government got together with the Social Partners in an attempt to identify what changes most needed to be made to improve the psychosocial work environment.

Conferences of this kind are a good example of the ways in which the Swedish government and the Social Partners cooperate in the search for solutions to controversial legal problems in the field of labour relations.

¹ The Social Partners means the confederations of employers and the employees’ unions. It can also mean the local employer and the local trade unions.

Sweden is a country of 9 million people. More than half of them have some kind of employment. Two-thirds of them work in the private sector and one-third in the public sector². Two-thirds of those who work in the public sector are women. Most employees, 80% are members of a trade union³.

The Swedish Work Environment Authority (WE Authority) supervises the observance of the Work Environment Act and its provisions. The Authority is, of course, very much aware of the risks of the psychosocial work environment. In 2006 the Authority published an article entitled “Stress: an increasingly common work environment problem”. Statistics cited in the article showed that the incidence of stress-related disorders, both physical and mental, had almost quadrupled since 1997.

The rise was mainly caused to organizational and social factors. It was estimated that 60 % of the work related illnesses were caused by stress and heavy workloads. The article noted a wide range of situations that tend to cause stress: e.g., excessive demands on employees, employees having no say concerning the conditions in which they work, lack of support generally, and insufficient time and facilities for rest and recuperation. Lack of adequate training and experience were noted as conducive to ill-health. Examples of psychosocial risk-inducing factors included excessive volume of work, repetitive and monotonous jobs, the need to work with uncongenial others, the need to work alone. Also mentioned as a factor likely to cause mental stress was the design and layout of the work environment⁴.

The purpose of this paper is to outline the existing legal framework in Sweden regarding the prevention of psychosocial risks in the work environment. The core principles on which this framework rests are found in the Work Environment Act of 1977. The question is touched on in the Discrimination Act of 2008, the Employment Protection Act from 1982 and in the Criminal Code. This paper will concentrate on the Work Environment Act (WE Act) and its provisions, for that is where the legal framework for preventive protection is most explicitly spelled out. Some important cases tried by the Labour Court will be cited; these deal with employers’ responsibilities when terminating employment in cases involving harassment under the provisions of the Employment Protection Act and the (now superseded) Equal Treatment of Women and Men Act of 1991.

First, I shall review the background to the development of a legal framework for protection against psychosocial risk as recognized by the WE Act; this will include the development of a definition of the relevant terms. Secondly, I shall cover the WE Act itself with special attention to its provisions particularly related to mental health risks.

² www.scb.se.

³ R. EKLUND, T. SIGEMAN and L. CARLSSON (2008), *Swedish Labour and Employment Law: Cases and Materials*, in *Justus*, pp. 21-22.

⁴ <http://www.av.se/teman/stress/> in English.

(The terms “mental health risk” and “psychosocial risk” will be used interchangeably.) Thirdly, I shall analyse from a psychosocial perspective the gist of the more than 1,400 decisions taken by the Swedish Work Environment Authority in 2010 and 2011. Fourthly, I shall comment on work environment cases in the administrative and general courts. Fifthly, I shall offer an analysis of several cases heard by the Swedish Labour Court concerning the obligation of employers to take preventive measures before terminating a person’s employment in cases involving sexual and other kinds of harassment at the workplace. Finally, I shall attempt to draw some conclusions.

2. *Background*

In 1889 Sweden enacted its first prevention-oriented Health and Safety law stipulating State control by a Labour Inspection. In this Sweden had been influenced by other European countries where similar laws had been passed. Co-operation between management and employees began to be fostered in the 1930s through the institution of Safety Delegates and Safety Committees. The employee’s right to appoint a Safety Delegate was first initiated in 1912. The purpose of the first Delegates were to inform the Labour Inspection about risks, when they made their inspections ⁵.

The idea of co-operation developed when the Social Partners in the private sector agreed on a collective agreement in 1942 in order to deal with health and safety issues. There were several motivating factors behind this. Employers hoped that voluntary co-operation among the local Social Partners would lessen interference by the State. The trade unions saw a means of broadening their influence. And it was recognized that the safety delegates could be asked in plans affecting the work environment. This was seen as important for the health of the employees and as being part of the flourishing of democracy in the workplace ⁶. The question of democracy on the work place was intensely discussed as a legislative issue in the early 1970s. Widespread employee dissatisfaction with the work environment led to a number of strikes in the late ’60s and early ’70’s.

Both the LO (Landsorganisation i Sverige – the blue-collar Swedish Trade Union Confederation) and the TCO (Tjänstemännens Centralorganisation – the white-collar Swedish Confederation of Professional Employees) played important roles in the discussion of how to improve the mental work environment. One important criticism made by the unions was the lack of influence on the part of labour. Another was the need for protection for workers engaged in mentally

⁵ M. STEINBERG (2004), *Safety Delegates in Everyone’s Interest!*, in *Norstedt*, Sweden, pp. 66-70. There is an English summary.

⁶ As above, pp. 80-84.

strenuous work. The trade unions' criticism led to massive reforms in Swedish labour law in the 1970s. New laws included the Private Board Representation Act of 1972, The first Employment Protection Act of 1974, The Trade Union Representative Act of 1974, and the Co-determination Act of 1976.

These were the political circumstances under which the Work Environment Act became law in 1977, following a by-then tradition of Swedish Social Partners complementing legislation with collective agreements. As mentioned above there were agreements in the private sector since 1942 and in the public sector since the late 1960s. The new WE Act that grew out of these circumstances addressed the need to focus on the prevention of mental injury.

2.1. The development of preventive legislation concerning psychosocial risks

2.1.1. A comprehensive view at the work environment (1977)

The obligation to minimize psychological risk was first officially recognized when the WE Act came into force in 1978. A central idea behind the new legislation was that every employer should have a comprehensive, interdisciplinary awareness of his employees' work environment and be prepared to adapt it as necessary to contemporary social and technical developments. This raised the threshold of what could be demanded of employers. The law required that work environments be adapted to the aptitudes, both physical and mental, of the employees concerned. Psychosocial problems were seen by legislators at the time as arising from such things as continuous, repetitive work; work regulated by a strict tempo or imposing high demands on the worker's concentration; work methods that require the use of only one motor function; and any of the above combined with a lack of opportunity for interpersonal contact. All such circumstances were to be considered in co-operative negotiation between the Social Partners. If they could not solve a problem, they were to forward it to the Labour Inspection. The Inspection would then try to find a solution, taking into consideration a broad view of health-affecting factors. Such factors might include psychosocial aspects of relationships among employees or between employees and employer.

According to the Co-determination Act which had been passed in 1977, an employer had to negotiate with the trade union before making any long-term decisions concerning work organization, work content, or working methods. The planning and the building or installing of new work environments, the establishment of working hours, and everything to do with important changes in the workplace was to be negotiated between the Social Partners. Furthermore, the trade unions were authorized to initiate negotiations in cases concerning an

individual whose terms or conditions of employment his or her employer intended to change⁷.

From this we can see how the new Co-determination Act interacted with the new WE Act. An overall rule was that the Social Partners could never negotiate for less protection than that afforded by the WE Act. The new WE Act is divided into two parts: protection against physical risk and protection against psychological risk. The latter includes the risk of mental harm deriving from organizational or social circumstances in the workplace, the nature of the work itself.

The new Act expressed the wish that employees should be able to influence the way their work is organized, stipulating that adjustments in working conditions must be made in accordance with the needs of individuals paid to the psychological effects of decisions on workers. In the Proposal to the Act one could find the following discussion, when it came to the question of the framework of psychological issues. This could include the intensity of workload and the right to periodic intervals of relief from its pressures; workloads must be of reasonable size and regard must be paid to the psychological effects on decisions on worker's mental health. No one should be given responsibilities for which he or she lacks the training or confidence needed to carry them out without the risk of psychological disorders, including psychosomatic illnesses. The principle that work should be suited to the capacity, both physical and psychological, of the worker became part of the new legislation⁸. The new Act also acknowledged the importance of planning new work environments. The Safety Delegates should participate in such planning.

The WE Act is a general law that is complemented with specific provisions. Swedish custom has been to give the Social Partners a very important role in the adoption of new provisions. One reason for this is the idea that a Social Partners' advocacy of a provision will tend to enlist the loyalty of its members in supporting it.

When the WE Act came into force in 1978, it was natural that the new demands at minimizing psychosocial risk would be clarified in a provision. In 1980 the National Board of Occupational Safety and Health (NBOSH) suggested such a provision under the title "Psychological and social aspects on the work environment" (AFS 1980:14)⁹. The employers' representatives did not support

⁷ Proposal 1976/77:149, Work Environment Act, pp. 220-221. A Proposal is a government recommendation to the Parliament (Riksdagen) of a law to be passed. Swedish courts examines these kind of Proposals when interpreting the law itself.

⁸ Proposal 1976/77:149, pp. 223-224, 227-230.

⁹ AFS stands for Provisions issued by The National Board of Occupational Safety and Health until 2000. From 2001 AFS stands for Provisions issued by the Work Environment Authority.

this provision, as they did not want the State to interfere with the direction of their own operations. Therefore instead of being made a legal provision, the suggested provision was reduced to the status of a recommendation. Its content derived from the intentions expressed in the preliminary discussions. In the recommendation it was argued that psychosocial matters were related to other work environment factors. It was noted that the psychosocial factors in any work environment appear as soon as that environment is looked at from a psychological and sociological perspective. Such a perspective must include physical as well as organizational and socio-environmental factors. In the recommendation, it was explained that the layout and design of a work environment; the nature of the work performed in it; and the possibilities it offers – or fails to offer – for interpersonal contact and co-operation, for influence on how things are done, and for personal development, have a great impact on the organizational as well as the social character of a workplace. The connection between work, work experience, and health was also stressed, as well as the psychological and social effects of the conditions in a work environment. The importance of the organization of work and of personal and professional development along with social contact was also recognized.

It was a great disappointment for the trade unions and the NBOOSH when these guidelines failed to attain the status of binding provisions. Provisions were, however, decided in other areas where psychosocial aspects were considered.

In 1982 a provision concerning Solitary Work (AFS 1982:3) was added. Another provision that dealt with psychosocial issues was that concerned with Care in Private Homes (AFS 1990:18), which at that time referred chiefly to care of the elderly.

The consequences of the lack of a provision on psychosocial risk forced the Labour Inspection to rely on general stipulations in the WE Act. By the end of the 1980s it was seen necessary to revise the WE Act, and discussion turned again to the need for better legislation to minimize psychosocial risk.

2.1.2. *The Good Work (1991)*

Under the title, “The good work” a revision of the law was completed in 1991. The government demanded in their Proposal to Parliament that employees’ right to meaningful and enhancing work must be made more specific in the WE Act. It was recognized that among the most important requirements for a better working life were more fulfilling work content and the possibility for individuals to have an impact on their own work situation: the individual should be heeded when he or she requests improvements or recommends changes. Details concerning work

organisation were to be discussed in local work groups and confirmed by collective agreements. The NBOSH were encouraged to formulate a provision to this effect if necessary. Since psychosocial factors were looming ever larger in everyone's awareness, it was important to make clear reference to them in a legal framework. The Proposal also dealt with working hours and the way in which workers were paid, these being seen as important elements in how work is organized and work environments established. It was suggested that issues of this kind be given legal status. One result of the revision was that employees' right to participate in the planning concerning their work environment was confirmed. Another was the inclusion in law of the term "work organization". The new law demanded that work should not be organized in a way that involves physical or mental strain which could result in accidents or ill-health¹⁰.

The most important part of the 1991 revision was that it gave employers a very specific method for organizing improvement in the work environment. This was called "systematic work environment management. The principle was that work environment should be an integral part of all activities in the workplace".

One criticism commonly heard before the revision went into effect was that work environment issues were a matter for experts attached to specialized lateral organizations who are very well educated and informed but whose specialized knowledge seldom reaches the ears – or if it reaches the ears, seldom reaches the understanding – of those who make the strategic decisions that affect work in the future.

The basic idea behind the reform of 1991 was to increase employers' responsibility for a systematic work environment and to integrate work environment questions with other decision making in the employers' hierarchy. Thus employers were required to make risk assessments on a regular basis and to act upon these assessments – which were to include the assessment of psychosocial risks. From this came the new regulations. Directors of companies, public managers, line organization members and participants in the occupational health service and human resources department, as well as employees, and the Safety Delegates, were all expected to learn how to spot risks and respond to them. Such responses might be one early warning signal. Other risks might be such things as a high incidence of sick leave, general worker discomfort, high employment turnover, or problems in relations among employees. Employees' judgments about work load and their responses to problems in general must also be acknowledged according to the revision¹¹.

¹⁰ Proposal 1990/91:140, "Work Environment and Rehabilitation", pp. 32-38.

¹¹ Proposal 1990/91:140, pp. 38-41.

The reform of 1991 produced two important results. One was a broadening of the concept of psychosocial risk and the consequent need for further measures to reduce it, as exemplified in the WE Act. Another was the new demand for employers to maintain systematic management of the work environment, which would include assessment of psychosocial risks. Several provisions made after 1991 took psychosocial risk into account. The first was labelled “Internal control of the work environment” (AFS 1992:6, revised AFS 1996:6) and later renamed “Systematic work environment management” (AFS 2001:1, revised in 2003 and 2008). Other provisions were “Violence and threats in the working environment” (AFS 1993:2), “Victimisation at work” (AFS 1993:17), and “Job adaptations and rehabilitation” (AFS 1994:1).

Almost at the same time 1990-1991 as the revision of the Act was accepted by the Parliament, the work environment collective agreements which covered at least 85% of the employees in Sweden were terminated. In 1992 the Social Partners representing the local and regional public employers agreed on an interesting collective agreement called “Development 1992”. This agreement replaced a previous work environment agreement from 1981 and a previous co-determination agreement from 1980. The idea was to deepen the democracy at the work place and to make the employees’ right to influence more efficient by putting the two agreements into one.

The agreement included co-operation between the trade union and management in health and safety issues as well as in questions of planning for the future. It also included the direct participation of all employees in a continuous discussion of the work environment and questions connecting with the future of the workplace. These discussions were suppose to be held every month with the employees’ closest supervisor. The collective agreement also included the obligation of the closest supervisor to have annual talks with every employee about the work situation. The agreement was revised in 2005. This collective agreement gives the employees and the employer good opportunities to discuss any kind of psychosocial issues. A somewhat similar collective agreement can be found for those who are employed by the State. One can say that the private employers in general don’t have this kind of expanded democratic collective agreements in the work environment area.

Sweden’s accession to membership of the European Union in 1995 had a great impact on the Act and its provisions. At the same time the Act and several of its provisions had already been influenced by EU directives before that time.

After 1995 new provisions were issued that incorporated EU directives and/or dealt with the issue of psychosocial risk. Some examples: “Minors” (AFS 1996:1), “Medical surveillance of night-workers” (AFS 1997:8 – re-named “Medical surveillance in the working life”, AFS 2005:06). “Ergonomics for the Prevention

of Musculoskeletal Disorders” (AFS 1998:1), “Work with Visual Display Units” (AFS 1998:5), “First Aid and Crisis Support” (AFS 1999:7), “Workplace Design” (AFS 2000:42, 2009:02), and “Pregnant and nursing workers” (AFS 2007:05).

The question of stress at work was widely discussed in Sweden in the turn of the millennium. A report of an investigation published by the Department of Commerce in 2000 was called “A changing working life for better and for worse: developments in stress-related health care”. The aim of the investigation was to find out why there had been such a large increase in the incidence of illness attributable to stress (among other causes) at the organizational level. The investigation was meant to lead to an action plan based on a strategy designed to cope with this situation. It was found that there was no special provision dealing with psychosocial issues. This led to a new discussion as to whether there was a need for further and more specific legislation dealing with psychosocial issues. It was found that the NBOSH increasingly directing their attention to work organization, workloads, and psychological issues, as the number of layoffs increased and the public sector became subject to increased rationalization. Inspections were more and more directed towards negative stress, work loads and burn-outs and psychosocial circumstances ¹².

A later governmental investigation called “The long-term development of activities from a work environment perspective” (2001) led to an action plan to modernize the work environment. This investigation concluded that the incidence of stress-related sickness had increased greatly in the late 1990s. Women in the caring professions, including medical and educational workers, had been heavily affected. White collar workers in both the private and public sectors were another category disproportionately affected. It was also pointed out that stress can be regarded from an organizational point of view, thus putting the onus of responsibility for combating it on organizational factors such as work loads. At the same time, the focus could be placed on the individual potential sufferer from stress, and that could lead to a strategy of better training in ways to cope with stress. Taking all this into account, the investigators came up with an action plan in which the three parties – State, employers’s confederations and trade unions – would co-operate ¹³. The investigation did not result in any changes of the WE Act.

In 2001 the ten regional Labour Inspections and the National Board of Occupational Safety and Health (NBOSH) merged into The Work Environment Authority. In 2003 the Work Environment Authority proposed a new provision on social and psychological working conditions, but the employers’

¹² Ds 2000:54, pp. 10, 72-74.

¹³ Ds 2001:28, pp. 198-199, 210-211.

confederations did not support the proposal, so it was dropped. In 2005, ten years after Sweden became a member of the European Union, A framework on Stress was agreed by Social Partners on the EU level. The Swedish Social Partners expected to absorb this into their own collective agreements. It has not yet been of any success.

3. The Swedish Work Environment Act

In order to understand how Sweden take care of the prevention of mental risks, there is a need to know about the The Swedish WE Act and how it operates with special regard to psychosocial risks.

3.1. The purpose and scope of the Act, Chapter 1

The purpose of the Act is to reduce the incidence of workplace-induced sickness and accidents. The Act applies to employees in the private as well as the public sector, to persons engaged in the maritime trades and professions, as well as to persons undergoing training and education, and to the inmates of institutions who are engaged in any kind of work. It applies to participants in “employment-market policy” programmes and to foreigners seeking asylum in Sweden. It applies to workers in the defence sector, including military personnel – though here there are certain exceptions to the Act.

3.2. Demands on the work environment, Chapter 2

There is no definition or explanation in law of the term “mental risks”. The meaning of the words is to be found in the Proposals from 1977 and 1991, as has been explained in this paper. The psychosocial demands on the work environment are formulated as follows in Sec. 1.

The working environment shall be satisfactory with regard to the nature of the work and social and technical progress in the community.

This means that social circumstances are among the factors that must be considered in judging whether a workplace is satisfactory. Sometimes conflicts arise between different laws. A conflict can arise between the need of a patient or elderly and an employee. The employer has to find a balance between these needs.

Working conditions shall be adapted to people's differing physical and mental aptitudes.

This adaptation shall take into consideration differences due to sex, age, and degree of experience. Different psychological needs must also be taken into account.

The employee shall be given the opportunity of participating in the design of his own working situation and in processes of change and development affecting his own work.

Participation of the employee is seen as important for psychological well-being in the workplace.

Technology, work organisation, and job content shall be designed in such a way that the employee is not subjected to physical or mental strains which can lead to ill-health or accidents.

This paragraph leaves room for a broad interpretation of what can cause mental stress and implies demands on the employer.

Forms of remuneration and the distribution of working hours shall also be taken into account in this connection.

Forms of remuneration include payment by piecework, which can itself be stressful.

The employer is responsible for giving his employees sufficient breaks. These demands are complemented by a Working Hours Act, which facilitates the reaching of collective agreements by the Social Partners.

Closely controlled or restricted work shall be avoided or limited.

When this paragraph was formulated, the assembly line work was chiefly in mind. Today many other forms of such work are recognized.

Efforts shall be made to ensure that work provides opportunities of variety, social contact, and co-operation, as well as coherence between different tasks. Furthermore, efforts shall be made to ensure that working conditions provide opportunities for personal and vocational development, as well as for self-determination and the exercise of professional responsibility.

These final stipulations are not legally binding, but are to be seen as goals.

3.3. The obligations of employers and others, Chapter 3

The employer is chiefly responsible for the work environment, but employees and many others have also responsibilities. The main relevant obligations here are found in Chapter three of the WE Act and in the Provision of Systematic Work Environment Management (AFS 2001:1). The basic idea is that the employer and employee shall co-operate. This means that both of them must actively seek contact with each other with the purpose of establishing a good working environment; among other things they must consider mental risks. Every employer is obligated to take all precautions possible against the occurrence of sickness or accidents, including psychological injury. Special attention is given to employees working in solitude.

The most important part of this chapter is the obligation of every employer to systematically plan, direct, and control activities to meet the requirements of the WE Act. This means that employers must investigate any work injuries and constantly monitor any possible hazards in the work environment and take measures to neutralize them. If measures cannot be taken immediately, the employer must draw up an action plan for their implementation according to the law. The employer must also have an organized scheme of job adaptation and rehabilitation to comply with the Social Insurance Code. These demands include the obligation to investigate risks to mental health and to formulate action plans for minimizing them. Employers are also obligated to inform their employees about risks in the work environment and how to avoid them. Again this includes risks to mental health.

Chapters four deals with the WE Authority's right to issue provisions. Chapter five deals with the employment of minors. I will later comment on minors.

3.4. Co-operation, Chapter 6

Another important chapter is about co-operation. This chapter deals with Safety Delegates and Safety Committees. Safety Delegates play an important role in the identification of mental risks. They can discuss these with the employer and have the right to initiate legal action concerning them. A Safety Delegate represents the employees in matters relating to the work environment. He or she is almost always chosen by the trade union. Employers are required to give Safety Delegates time off with pay for training and when they carry out their duties. A Safety Delegate has the right to participate in the planning of new work processes, working methods and work organization that affect changes in the work environment. If a Safety Delegate is not invited to participate in such

planning, he or she has a right to damages. (See the Swedish Labour Court, 2007:77)

The Safety Delegate has a right to request an investigation by the employer or request a correction of anything in the work environment that is not satisfactory. If the employer does not comply, the Safety Delegate has the right to redress from the WE Authority. The WE Authority is then obligated to perform an inspection and make a legal decision such as a prohibition or an injunction. If a Safety Delegate is not content with the decision. A Chief Safety Delegate can appeal the decision to an administrative court. A Safety Delegate shall be appointed if there are more than one Safety Delegate at the workplace.

Safety Delegates also have the authority to order an immediate stop of work in situations where there is serious imminent danger and no help from the employer forthcoming. They can also stop work if considerations of health and safety so demand, if a person works alone and if no immediate remedy could be obtained through representation to the employer. The authority to cause a work stoppage also applies in cases where an employer has failed to respect a prohibition issued by the WE Authority. Safety Delegates have the same rights towards hired staff and cannot be held liable for any damage that occurs as a result of action taken by them under the terms of this Section.

A study published in 2004 showed that Safety Delegates were able to get some kind of support from their employers and/or from the WE Authority in more than 90% of the cases connected with their exercise of the above mentioned rights. The same study showed that in 20% of the cases cited Safety Delegates exercised those rights for the improvement of mental work environments¹⁴.

Safety Committees are formed when there are at least 50 employees on a worksite. A Safety Committee shall consist of both employers and union representatives and at least one Safety Delegate. Students can also appoint special Safety Representatives with a more limited range of rights and functions. The Committee has certain tasks laid down in the WE Act: these include discussing the content of occupational health services and action plans, and various kind of planning, including the planning of changes in the work organization. It also includes information and education concerning the working environment.

All of this may involve issues that affect the mental work environment.

¹⁴ STEINBERG (2004), pp. 204-226.

3.5. *The Work Environment Authority, sanctions and appeals, Chapter 7-9*

The WE Authority shall assure that the WE Act is followed. This is done by inspections, injunctions and prohibitions (Chapter 7). An employer who fails to respect an injunction or prohibition can be forced to pay a penalty fine. Sanctions of this kind are imposed when it has become necessary to compel an employer to remove psychosocially dangerous conditions in a work environment (Chapter 8). If the employer or the Chief Safety Delegate are dissatisfied with a ruling of the Administrative Court, they may appeal to the Administrative Court of Appeal and, if necessary, to the The Supreme Administrative Court (Chapter 9).

Examples now follow of the most important provisions for the reduction of psychosocial risk in the workplace.

4. *Provisions related to mental risks*

4.1. *Systematic Work Environment Management (AFS 2001:1)*

The most important provision in Sweden is that covered by the provision Systematic Work Environment Management (AFS 2001:1). The basic idea of this provision is that employers should regard their work environments as forming a natural background to their day-to-day activities. The provision mainly pertains to regular employees, temporary employees hired from a “manpower” company, and students. It requires every employer to make inventories and assessments of risk on a regular basis. Relevant here are factors that might cause psychosocial injury such as excessive stress, working in solitude, and harassment. Employees, Safety

Delegates, and Student Safety Delegates shall all be accorded the opportunity to participate. The provision indicates how important leadership is to mental health. It allows leadership to be delegated. If the boss at the head of the hierarchy needs to , it allows him or her to hand down, transmission of some responsibility for the work environment to a manager or supervisors. Those who are given that responsibility must have sufficient knowledge of the current regulations and of what physical, psychological, and social conditions that might be harmful to employees. They must also know how to foster a good work environment. Every employer is required to have a written action plan which notes potential risks in the workplace. It must evaluate these risks and indicate what preventive action the employer is prepared to take. The plan should include a timetable for taking measures to minimize risks and the name of the person responsible for this. The action plan should set a time at which the effect of the measures taken will be inspected. Included here are psychosocial risks such those deriving from stress

and from solitary work. Systematic work environment management requires that every employer complete several written documents to comply with this provision. Some exceptions to have written documents are made for employers who have fewer than 10 employees.

4.2. *Solitary Work (1982:3)*

This was the first provision to take mental health issues into account. It states that employers must give special attention to an employee's mental condition when assigning him or her to solitary work. If such work involves considerable mental strain, the employer should make every effort to allow the employee in question opportunities for contact with colleagues and others. In the commentary to the Section it is recommended that this can be done by giving the employee frequent breaks or the possibility of alternating solitary jobs with non-solitary ones. The Safety Representative must be informed whenever solitary work is assigned.

4.3. *Care in Private Homes (AFS 1990:18)*

Many employees, for the most part women, work in facilities for the elderly or in the care of people with disabilities. They take care of these persons' personal needs in their homes. This kind of work is mainly managed by local authorities, though, increasingly, private agencies are taking it over. Under either form of management it is subsidized by taxes. The provision states that when planning, organizing, and carrying out care activities, consideration shall be given to all circumstances that may have an effect on physical or mental health. It also states that mentally strenuous work shall, as far as possible, be avoided or at least limited. When doing mentally strenuous work employees must receive continual special supervision and support. If a job involves great mental strain, it must not be assigned as solitary work.

4.4. *Violence and Threats in the Working Environment (AFS 1993:2)*

This provision focus on situations where there is a risk of violence or the threat of violence. In such situations the employer must take several preventive measures such as investigating the risks and taking whatever measures are necessary to arrange work conditions so that violence and threats are averted. The employer must also establish special security routines. If a job is dangerous, employees who do it must be given sufficient information, instruction, and

training to be able to perform it with maximum safety. Every employee is entitled to support and guidance. The employer shall ensure that alarms etc. are installed and functioning as necessary. Highly dangerous work should never be performed in solitude. Employees who have been subjected to violence or threats must be given prompt assistance and support for the prevention or alleviation of any injury physical or mental.

4.5. *Victimization at Work (AFS 1993:17)*

Victimization is understood as the process of directing offensive behaviour recurrently against an individual with the intention to hurt and the likely result of excluding that individual from the workplace community.

Employers are required to plan and organize work in ways that will discourage victimization. It is the employer's responsibility to make clear to his or her workers that no kind of victimization will be accepted in the workplace. Routines shall be established for the early discovery of signs of victimization. If any appear, counter-measures are to be taken immediately. Employees who have been subject to victimization must be given immediate help and support.

The WE Authority is invested with legal powers to assure that this provision is respected. But the Authority only works preventively; i.e. by demanding injunctions against victimization and helping employers devise means to prevent victimization. The Authority does not deal with individual cases. It has no power to make decisions about compensation for damages in such cases.

According to chapter six in The School Act ¹⁵ pupils can receive individual compensation if the school they attend has failed to take sufficient action to prevent their victimization.

4.6. *Job Adaptation and Rehabilitation (AFS 1994:1)*

The purpose of this provision is to ensure that employers have arrangements in place for facilitating job adaptation and rehabilitation. The commentary to Sec. 1, specifies that working conditions shall be adapted to the varying physical and mental conditions of workers. And the commentary to Sec. 4 notes that organisational, mental, and social conditions in the workplace are to be taken into consideration in matters of job adaptation and rehabilitation.

¹⁵ The School Act 2010:800, Chapter six concerns harassments of school children.

4.7. *Minors (AFS 1996:1)*

In assigning a job to a minor, under 18 years old, an employer must consider the person's mental capacity. Employers are required to protect minors in their employment from anything that might injure their health and development physically, mentally, or socially. It is forbidden to assign certain jobs to minors unless they are performed under supervision and/or after special training. This includes nursing jobs in psychiatric wards and the transport of money and other valuables in situations where there is a danger of robbery.

4.8. *Ergonomics for the Prevention of Musculoskeletal Disorders (AFS 1998:1)*

This provision notes in its general commentaries that mental and social conditions can cause ergonomic harm to muscles and nerves.

4.9. *First Aid and Support in Crisis (AFS 1999:7)*

This provision defines the term "support in crisis". The term is here understood to refer to the psychological and social care necessitated by the occurrence of accidents, emergencies, and any situation reactions to which are likely to result in a crisis. The employer's obligation is to plan, organize, and maintain a support system for dealing with crises. In every workplace there should be plans and routines in place for support in the eventuality of a crisis. Employers and supervisors are to have sufficient knowledge about support in times of crisis to be able to plan and organize such support efficiently.

These are the major provisions when it comes to the prevention of psychosocial or mental strain in the workplace.

The Work Environment Authority, the Administrative Courts, the General Courts and the Labour Court all make decisions that deal with preventive psychosocial issues. Some examples will be given from each of these authorities.

5. *The Work Environment Authority*

The WE Authority has a power to make injunctions and prohibitions. In a study made of prohibitions and injunctions issued during 2010-2011, the WE Authority was found to have issued 1476 such decisions¹⁶. Some 137 decisions, or roughly

¹⁶ The study covers short summaries of 1476 decisions in the period 2010-2011. The decisions

10%, were concerned with psychosocial issues such as violence, organization and leadership, harassment, mental crises or requests for improvement of the psychosocial work environment. The WE Authority issued as many prohibitions as injunctions. Half of the employers affected were in the public sector. More than half of the decisions were directed at forms of employment where women are in the majority, such as the caring professions, education, and retail sales.

The prevention of violence was the most common reason for the WE Authority to act. Fifty-one out of 137 cases (38%) were concerned with violence. Every third of the workers was employed in shops or other workplaces where there was danger of robbery. The Safety Delegates initiated preventive action in 20% of cases of this kind by asserting their right to stop or to request a decision from the WE Authority.

Quite a few of these cases, 25% were directed at employers in the personal care sector, e.g. care of the elderly, hospital work, and social work of various kinds. Particularly noted were risks connected with solitary work and the care of the mentally ill. The highest penalty fine concerned with violence were imposed on each one of six bus companies, whose drivers were forbidden to handle cash because of the risk of robbery. The penalty fine was approximately 100,000 euros for each one of them.

The second most common set of prohibitions and injunctions (47 cases) were concerned with the improvement of leadership and organization and concerned such matters as working conditions, work loads, training, staffing, working hours, solitary work without the risk of violence, and transmissions of work environment responsibilities. Most of the interventions took the form of injunctions. The highest penalty fine was 50,000 euros and was imposed in response to a request for the transmission of responsibilities to middle management and supervisors; it was accompanied by a demand for better risk assessment and a written action plan.

Almost half of these requests (21 cases) were concerned with the improvement for employers to organize the transmission of work environment responsibilities in a more transparent fashion. It was requested that the procedure be expressed clearly in a written document, and that those charged with the new responsibilities be sufficiently familiarized with the relevant work environment regulations and the diversity of ways in which employees may react physically and mentally their new situation.

were published on the WE Authority's website (www.av.se) 2012-01-03. Some of the decisions may have dealt with other kinds of problems as well, but those demands have been excluded from the study.

A new and very interesting demand appeared in the study. It came from the WE Authority and was concerned with the work environment in schools and hospitals. It is well known that middle managers in these areas – e.g. school principals – are burdened with a very heavy work load. Most of them are employed in the public sector. Their superiors were requested by the WE Authority to make clearer to the principals how they should set priorities when they haven't time to carry out all their assignments. A contingent fine of 15,000 euros was imposed in one case.

Other mental risks were recognized in demands aimed at preventing harassment, improving psychological support in crises, making a fairer adjustment of work loads, and requiring the participation of Safety Delegates and employees in plans regarding change of activities. There were only three injunctions, and these concerned issues of harassment. In an injunction directed at a riding school, the employer was required to make clear that harassment would not be tolerated by the school, that it would establish routines for spotting incidents of harassment early and for caring for those who have been subjected to it. The contingent fine was set at 8,000 euros. The injunction also included other requests¹⁷.

Another case, initiated by a Safety Delegate, led to a demand that a food company investigate its psychosocial work environment. The investigation was to cover all the employees and consider, among other risks, that of harassment. An investigation was to be made to include interviews with all the employees. The penalty fine was the equivalent of 15,000 euros¹⁸.

The findings were that very few only 10 % of all injunctions and prohibitions dealt with psychosocial problems. This is of course very little, considering the need in that area revealed by many investigations. It shall be noticed that more than half of the injunctions and prohibitions applied to sectors where the majority of the workforce is female. In a question of fair gender protection one can say that the Work Environment Authority might need to higher their awareness of risks in the psychosocial work environment in sectors where women predominate. See Steinberg (2012): “Is the Swedish Work Environment Act Sexist?”¹⁹.

¹⁷ Injunction by the WE Authority (ISG 2009/31205). The penalty fine has been appealed to an Administrative Court.

¹⁸ The Swedish Work Environment Authority, IMS2011/20320.

¹⁹ M. STEINBERG (2012), “*Is the Swedish Work Environment Law Sexist?*” In *Perspective on Women's Health in Working life: An Anthology*, editor Helene Sandmark, Studentlitteratur, pp. 221-254.

6. *The Administrative Court*

An employer (which in most cases means a company or public institution) unwilling to comply with an injunction or prohibition by the WE Authority can appeal to an administrative court; that failing, to an Administrative Court of Appeal; and finally, to the Supreme Administrative Court. A senior Safety Delegate can also have recourse to an appeal if the WE Authority has failed to support him or her in a stoppage of work or request for the support of the WE Authority. However, if the employer has meanwhile improved the work environment, the court can adjust the fine, reducing it potentially to zero.

During 2006-2010 the administrative courts, dealt with 143 cases. Only 17 of them (12%) dealt with mental health issues. Six, concerned the psychosocial work environment, five; the prohibition of solitary work at night; four, the transmission of work environment responsibilities; and two, the need for instructing management in the matter of the work environment regulations. The highest penalty fine imposed was of 1,000 euros. This concerned the transmission of responsibilities²⁰.

Most of the fines are very low in comparison with fines levied against physical infractions.

7. *The General Court*

In Sweden there are general courts that deal with a variety of both criminal and civil cases. The general courts consists of District Courts, Courts of Appeal and the Supreme Court. During 2006-2010 these courts made 446 decisions concerning the work environment²¹. Only 9 of them (2 %) concerned psychosocial issues in the work environment. Six of these dealt with an employer's failure immediately to inform the WE Authority of such an issue, as required by Sec. 2 of the Work Environment Ordinance.

Every employer is required to notify the WE Authority without delay if an accident or other injurious event at work has caused death or severe injury or has affected several employees simultaneously.

This requirement applies to all incidents seriously endangering life or health.

²⁰ Information published (2006-2010) online at *www.av.se* 2012-01-09.

²¹ Information published online at the WE Authority website (*www.av.se*) under the title "Court Decisions, 2006-2010".

The reason for this rule is, if the WE Authority are promptly notified, they can immediately inspect the situation and designate improvements to be made. In doing so, the Authority will meanwhile be gathering information that may be valuable in the formulation of later provisions for improvement.

The incidents that had not been reported in time were concerned with robbery (3 cases) and assaults (3 cases). In one case a 14-year-old student was assaulted (2008). In another a patient tried to strangle a nurse in a psychiatric ward (2009). In yet another two people were assaulted when carrying out working in a park. (2010). In the case of the 14-year-old student, the principal had to pay approx. 1,350 euros. In the other cases it was the company that had to pay a penalty fine. One other case involved a person under 18 years old having to work after eleven o'clock at night without special permission. In another case, two under-age persons had been working as supervisors at a riding camp. They had worked for two weeks without 36 hours of continuous rest, in contravention of the Working Hours Act. The employer had to pay approximately 500 euros.

During the period 2006-2010 there was only one case of work environment crime involving violence on the job. The case was finally decided by a Court of Appeal in 2011. The background was as follows:

Two persons, the Manager and Vice Manager of a state institution for treatment of persons with mental illness were charged with work environment crimes. A member of the staff had been stabbed to death by one of the inmates, a young boy. The question was whether the Manager and Vice Manager had done all they should to try to prevent this, in accordance with the Swedish WE Act and its relevant provisions. The District Court found them both guilty. The Court of Appeal sustained the verdict of the District Court and increased the amount of the fines imposed on the two of them. The court began by discussing the question of responsibility. The General Director of all state-run mental-health treatment institutions in Sweden had specified in a written paper the responsibilities that went with the work environment. The Manager of the institution had been assigned of this. It was also ascertained that practical work within the institution had been largely deputed to the Vice Manager. The Vice Manager had been chiefly responsible for the treatment of the patients, for short-term staffing, and for day-to-day activities. In court she agreed that she had a certain responsibility for the work environment and said she had discussed this with the Manager. The Manager claimed that he had returned some of his previous responsibilities for the work environment to the General Director because he had not been given enough money to make the facilities safer. The Court of Appeal pointed out that any returns of work environment responsibility must be done in a written document; otherwise it was without any legal effect. The court found that a risk assessment ought to have been made, which might

have shown that the boy was too dangerous to be held in this kind of treatment institution.

The court found that the WE Act, the Provisions of Systematic Work Environment Management, and the provision covering violence had not been complied with and that the Manager and Vice Manager had both failed to meet their responsibility to make continual risk assessments concerning how dangerous this boy was. The court found that the two accused persons had not obeyed the law and that a consequence of this was the death by stabbing of one of their staff. They were given a conditional sentence of imprisonment and a fine of approximately 3,000 euros each ²².

It rarely happens that incidents of violence in the workplace result in actual work environment crimes.

8. *The Labour Court*

There is only one Labour Court in Sweden. This court deals primarily with disputes between a given employers' organization and a trade union. Employees who are not members of a union must first apply to a District Court to resolve their labour disputes. Appeal may then be possible to the Labour Court. There are two kinds of cases heard by the Labour Court dealing with disputes over psychosocial issues: those concerning sexual harassment and those concerning any kind of harassment that can lead to damages or the termination of employment.

8.1. *Sexual harassment*

Sexual harassment in the workplace can cause a serious strain on its victim's mental health. Acts of sexual harassment are dealt with in the WE Act, The Discrimination Act, the Employment Protection Act, and the Criminal Code. The preventive legal protection provided by the WE Act and its provision concerning victimization has already been described. I will now describe the protection against and the consequences of that form of harassment according to the Discrimination Act and the Employment Protection Act. Special focus will be placed on employers' responsibility for the prevention of this kind of behavior and investigation of its consequences when it occurs. I shall not discuss when sexual harassment is dealt with by the Criminal Code, which also deals with molestation and rape.

²² The Appellate Court over Skåne and Blekinge, Judgement 2011-07-14, Case B2098-10.

8.1.1. *The Discrimination Act and its predecessor*

Protection against sexual harassment was first established in law by the Equal Treatment of Men and Women Act of 1991. Today it is found in the Discrimination Act from 2008. The definition of sexual harassment according to the Discrimination Act (DA) Ch. 1, Sec. 4, p. 4, is the following:

Conduct of a sexual nature that violates someone's dignity.

The conduct shall according to the proposals and with reference to Article 2 in EU's directive 2006/54 on revising the Equal Treatment Between Men and Women include some kind of unwanted verbal, non-verbal or physical behaviour of sexual nature which violates someone's dignity, especially when a threatening, hostile, humiliating or harassing atmosphere is created²³. According to two other proposals, this may include verbal expressions of a wish to engage in sexual relations or physical offenses such as rude touching, caressing, pinching, or rubbing against another person's body. Displaying pornographic pictures or other kinds of pornographic material is also included²⁴.

The employer must take action in general to prevent sexual harassment. If an employer knows that sexual harassment has occurred he or she must act on that knowledge. An employer is not permitted to reprimand a person for rejecting his or her sexual advances. The employer's obligation to prevent sexual harassment in general (Ch. 3, Sec. 6) means that he or she must take general action. This can include adopting a policy stating clearly that sexual harassment is forbidden. It can also include issuing an action plan that describes what kind of procedures are to be followed if someone is harassed in this way. It is recommended that trade union representatives and supervisors be instructed in identifying this kind of harassment²⁵. Such a policy may include specification of the kind of consequences an act of sexual harassment can lead to; e.g. transfer to another post or notice of termination of employment²⁶. Fransson and Stüber note that it is unclear whether employers are required or merely advised to have a policy and an action plan relative to this matter. They conclude, however, that some form of written documentation is required²⁷.

²³ Proposal 2004/2005:147. "An extended Protection against Discrimination", p. 53. See also S. FRANSSON & E. STÜBER (2010), *The Discrimination Act, A Commentary*, p. 94.

²⁴ Proposal 1997/98:55 "Peace for women", p. 139 and 2007/08:95, "A stronger protection against Discrimination", p. 494.

²⁵ Proposal 2007/08:95, p. 536.

²⁶ Proposal 1997/98:177, p. 46.

²⁷ FRANSSON & STÜBER (2010), p. 400.

An employer must also investigate and take action if a case of sexual harassment has occurred. (Ch. 2, Sec. 3). The obligation to investigate and take action falls on employees and former employees, but not on prospective employees²⁸. To fall under the Act harassment must have some connection with the employee's work. Therefore an employer is responsible for investigating harassment alleged to have happened on a business trip, at a conference, or at a staff party²⁹. If an employer fails to make an investigation, he or she may have to pay discrimination damages (Ch. 5, Sec. 1).

It is the employer who has to pay these, even if it was an employee who committed the harassment. (Ch. 5, Sec. 2) The obligation to investigate occurs as soon as the employer or a supervisor learns about the act of harassment. The employer's attention may be brought to such an act by the trade union or by the harassed person him- or herself. If sexual harassments is suspected the employer is obliged to make inquires as to whether it has occurred³⁰. When the employer has received the relevant knowledge, an investigation must be begun. The employer should first speak with the supposed victim, Then, if possible, with the supposed perpetrator³¹.

Sexual harassment can have serious consequences for the employment status of the person who commits it. He or she can be transferred to another job or be given a notice of the termination either of a particular job or of employment altogether. The precise legal consequences for the harassing person may be stipulated in a collective agreement. Of course, a very grave act of sexual harassment can lead to a criminal case. The employer must decide, what kind of action needs to be taken after having identified the act and conducted an investigation. The employer must try to curtail the harassment and find a way to prevent its recurrence. The employer is obligated to take all reasonable action. The harassed person must also be given appropriate support. He or she also has the right to be informed of what kind of actions, if any, the employer plans to take³². Here are two examples from the Labour Court (LC) showing the employer's obligations.

An obligation to investigate (LC 2002:102)

In the case Sif vs Casino Cosmopol, the employer's obligation to investigate and take action was tried in a case of alleged sexual harassment. The background was

²⁸ As above, p. 241.

²⁹ Proposal 2007/08:95 p. 295.

³⁰ As above, p. 297.

³¹ FRANSSON & STÜBER (2010), p. 243.

³² As above, p. 244.

as follows. The employer was informed that one of his employees had been sexually harassed by one of the supervisors. The employer was then obligated to investigate the problem and take action in accordance with Sec. 22a of the Equal Treatment of Women and Men Act of 1991.

In this case a woman and a man made a business journey together. The woman had just been taken on in an employment of limited duration. The woman (W) told the court that the man had invited her to his hotel room. The man, who was her supervisor, wanted to serve her vodka. She said she did not want any. He sat down next to her on a couch and put one hand on her thigh and caressed her cheek with the other. She found this uncomfortable, wanted to leave the room, and did so. Later in the evening the man followed her into her room and sat down on her bed. She said she was tired and wanted to go to bed. The man said he was not going to prevent her from doing this and took off his shoes and lay down next to her. She got up and told him she was going to find another room. He then threw her onto the bed. They had a fight as he tried to undress her. She screamed that he was ripping her pants. He stopped and apologized. Before leaving he said that there would be no evidence of what had happened. She was shocked and found it difficult to get to sleep. The man's sexual harassment of her continued after this business trip.

The man (M) was asked to tell the court his story. He said he had not acted in the way the woman claimed. True, he had offered her vodka, but he said he was only drinking vodka because he had a cold. He admitted that he had been in her room and said that it was part of his personality to caress people.

The court found the woman's story convincing and the man's evasive. The opinion of the court was that the woman had been exposed to sexual harassment of a serious kind. A Middle Manager was informed of the problem a month later. She talked with W and then reported to the Executive Director. Both of them had a talk with M. This was not an interrogation. The Director and the Manager informed M that a patriarchal leadership style did not agree with the values of the company and that physical indiscretion against female employees was unacceptable.

Yet according to W, the harassment continued. On business trips the man would book hotel rooms for her in his wife's name. When she did not accept his invitations, M told her she was fired. M told the court that W's work did not live up to his expectations. This led to another talk with M by his employer, of which W was not informed. The Manager conducted no more interviews with W, who had gone on sick-leave because of her distress over the situation.

The court found that the employer had not investigated the charge of sexual harassment with sufficient thoroughness and found the employer's contacts with

M to have been unduly superficial. There was no thorough investigation of what had actually happened, such as ought to have been conducted if the company had respected the true gravity of the situation. Furthermore the employer had done nothing to support W. She and M had continued to be assigned to work together. The court found that the employer had thus broken the law and was therefore obliged to pay compensation for general damage to W owing to the employer's failure to conduct a sufficient investigation and to take action afterwards to support the victim and protect her from further harassment. The employer had to pay 8,000 euros to W.

Rape, outside the work place (LC 2005:22)

The question of an employer's obligation in cases of rape outside working hours and sexual harassment in the workplace was examined in Labour Court 2005 number 22.

The following events occurred in a very large, partly state-owned company.

Background: A female employee (W) claimed that she has been raped by a co-worker in her apartment in April 2000. W also claimed to have been sexually harassed by the same person in the workplace. The question was whether the employer has made a proper investigation according to 22a§ of the Equal Employment of Men and Women Act. The employer was informed about the allegation of rape in mid-December 2000. A person from the Department of Human Resources met W a week later. At a meeting arranged by the Occupational Health Service, in February 2001, the employer informed W that no action would be taken unless she made a report to the police.

The court thought the employer should have kept W informed of any actions that were taken subsequent to being informed of the allegation, and of what actions planned to the end of preventing further actions of rape or sexual harassment. The court found that the employer maintained no regular contact with W between December and February. The court wondered if the employer should not have informed W earlier about what kind of conclusion the employer had arrived at, what action was consequently planned, and what the employer thought W should do. The employer had given W some support, through the Occupational Health Service, with the purpose of giving her some moral and emotional comfort. The court thought that the employer ought to have conducted some communication directly but did not regard the employer's failure to do so as very serious. The court found, with regard to the employer's obligation to take action, that the employer had said that the person who had committed rape and sexual harassment would be transferred to another worksite when W returned to work – for she was presently on sick leave. The employer had talked to the accused (M) about his behaviour towards co-workers. Everyone

in the company had been informed that sexual harassment in the workplace was not accepted. W had been assigned a contact person to follow up on the case. Therefore the court could not find the employer negligent of the obligation to take action. Concerning the right to receive compensation for damages, the court referred to the stipulation in the proposal that there is no right to claim damages if the harassment ceased after the employer was informed. However, the court found the employer to have neglected the obligation to investigate the allegation of rape outside the workplace and the question of how M treated W afterwards. The employer had not been prompt enough in investigating the allegation of sexual harassment in the workplace. Because of this failure employer was sentenced to pay damages to W. At the same time, however, it was acknowledged that the employer had given W immediate support, and had eventually conducted an investigation. The damage that the employer had to pay W amounted to 5,000 euros.

One can summarize the legal preventive requirements concerning sexual harassment in the workplace in Sweden as follows. An employer's obligation, in the matter of responding to allegations of sexual harassment is (1) to conduct a serious investigation for the purpose of forming an opinion of one's own about the matter, this to include interviews with both the alleged victim and perpetrator; (2) to maintain some form of contact with the supposed victim to give him or her moral and emotional support; and (3) to take action to prevent harassment in the future. The latter could include closer surveillance of the work situation and could include transferring the alleged perpetrator.

8.1.2. *The Employment Protection Act*

The Employment Protection Act from 1982 deals with the termination of employment. Cases involving sexual harassment brought before the Labour Court deal with two kinds of termination of employment. The employee who has been sexually harassed desires to terminate his or her employment. The employer decides to terminate the employment of the person accused of committing sexual harassment.

Termination of employment most commonly occurs upon an employer giving notice to an employee of his or her termination. Termination upon such notice must not take place for a month or more, depending on the length of employment or according to collective agreements. Any termination of employment must be based on objective grounds. By law the employer must attempt to find alternative employment for the employee terminated, if possible; e.g. in another department. An important rule is that notice of termination based on circumstances relating to the employee's personal conduct may not be based

solely on circumstances that were known to the employer more than two months before notice was given (Sec. 7). An employee can, however, be dismissed immediately if he or she has grossly neglected duties owed to the employer (Sec. 18). The Swedish Employment Protection Act (EPA) applies to both the public and the private sector.

The following are a few relevant examples of case law.

A Vice Director (LC 1991:65) who had sexually harassed a woman verbally and physically made her to give notice of her own termination. The woman was awarded 4,000 euros in harassment damages.

A gym teacher (LC1996:82) used very rude verbal expressions of a sexual nature towards his young students, co-workers and (female) principal. Upon receiving a sharp warning from his employer he stopped this bad behaviour. Nevertheless, his employer terminated his employment. The court found this totally wrong: there was not even grounds for a warning of termination, since the teacher had desisted from his obnoxious behavior. He was awarded approximately 7,000 euros.

A conclusion is that an employer may not give notice of termination without having previously warned the employee or if the employee, having been warned, desists from his or her bad behaviour.

In three other cases the Labour Court accepted a termination of employment even without previous warning given.

An employee (LC2007:62) had among other things downloaded pornographic movies into his employer's computer. The employer found that against the values of the company. His employment was terminated. The Court accepted the termination because his behavior was against "Good Labour Market Practice". The cause of the termination was not only because of the downloading of the movies.

A male employee (LC2006:54) had sexually harassed a much younger co-worker physically at least 15 times, and mentally through the use of offensive language. The LC accepted the termination of employment, because the harassment in this case was so serious. According to the then existing Equal Treatment of Men and Women Act, the employer was supposed to conduct an investigation, but the Court waived that obligation in this case owing to the seriousness of the harassment, involving, as it did, repeated physical violence and the fact that the victim was much younger than the perpetrator and was relatively new at her job.

The Head Manager of an association (LC2011:84) devoted to helping former drug addicts find meaningful use for their free time was accused of sexual

harassing three women. His employment was terminated. The court found the incidents of harassment serious enough to be grounds for the termination of his employment. The Court considered the man's behaviour serious because he had expressed himself in a very offensive manner. Moreover, two of the three women had had a history of sexual abuse and consequent traumatization, and the Head Manager knew about this. It should have made him extra cautious not to give this sort of offense; he was also the closest person in the organization to the three. All these circumstances made the his behaviour particularly unacceptable.

The Labour Court has determined that in cases of really grievous sexual harassment immediate termination of employment is justified and no further investigation needs to be made.

8.2. *Other kinds of harassment*

The Labour Court has also settled cases involving other kinds of harassment. The following are some examples of termination of employment in connection with violence and threats. They are followed by a few examples in connection with other forms of harassment.

A ward in a mental hospital (LC 1983:46) reported to the police that a member of staff had used violence against a patient. Afterwards this person was badly treated by her co-workers, some of whom refused to work with her. She was offered a job at another hospital but for the same employer. She refused the offer. It was then suggested that she take a leave of absence without pay or leave her employment. She opted to take a leave of absence without pay. The Court found that the employer had not exercised good Labour Market Practice. Employers are responsible for trying to solve problems that arise staff have difficulty cooperating; the hospital had failed to do that. The Court agreed that the employer had mistreated the employee but stated that, since the hospital's intention had not been to try and make her leave her job, no compensation for damages were due from the employer beyond payment for the employee's loss of income.

A cleaner (LC 1987:52) was given notice of termination. She had been in conflict with her supervisor for several years and had made harassing comments about that person. She had been given several warnings. Her employer, a local government, had offered her other kinds of work. The Court did not accept the notice of termination, since the employer had not attempted to solve the problem by seeking help from the Department of Human Resources.

Lack of loyalty towards an employer can lead to notice of termination. A question that has aroused lively debate in Sweden concerns privacy and the right to personal integrity. Problems in this area have arisen in connection with drug and alcohol testing and with the control of computers. Attempts have been made to balance personal privacy and integrity with the legitimate needs of employers. The latter, it is judged, have the right to conduct investigations as long as they do not conflict with any law or with good Labour Market practice. But they must be careful to balance their needs with their employees' right to be protected from personal intrusion. Employees have felt they were being harassed when their employer ordered them to undergo certain physical examinations to test for the use of drugs or alcohol. In some cases they have refused to submit to these examinations and their employer has responded with a notice of termination.

In one case the employer (LC 1991:45) suspected that some employees were using cannabis. It was in a building company. The company ordered the employees to leave urintests. Two employees refused. They thought this was violating their integrity. They were given a notice of termination. The court found that the test and the method of taking the test, was acceptable because of the risks. The Court did not think that the notice of termination was fair, because the employees were not informed about the test ahead of time.

A representative for the employer (LC2005:30) grabbed an employee by the neck and forced him to go back to work. The employee left the job. The court judged this use of violence by the employer a serious instance of harassment and awarded the employee 6,000 euros in compensation.

In the last two year the Labour Court has settled seven disputes which most of its focus involved with violence, threats and harassments.

An employee (LC2010:8) grabbed his supervisor and threw him against a refrigerator. The question was whether this act constituted grounds for terminating his employment. The Court determined that it did not, for the supervisor had provoked the employee by hitting him. Moreover, the employee had been employed at the place or work for many years, was considered a good worker, and was generally well liked. The act of violence was serious but it was a single incident and prompted by circumstances of unusual provocation. The court judged that this one grave act was insufficient grounds for a notice of termination of employment.

In an incident of an employee (LC 2010:37) using violence against another employee, a care-keeper in an institution of care was working alone in one area. Upon starting work he had gone over to the staff, who were working in another area, and told them that he needed their co-operation because he was working alone; he complained that they had not cleaned up enough before he came and

that he would report this to their supervisor. No one showing any willingness to help him, he got angry and threatened to butt his head against that of a female co-worker. This greatly frightened her. The situation led to a meeting with the staff. The man's employment was terminated. Declaring that threats of violence of any kind were a very serious matter, the Court supported the termination of the man's employment.

In another case, an employer (LC2010:57) terminated the employment of an employee, A, who had threatened to kill a certain co-worker. A had worked for 16 years for the same employer. One day he was told that he must work with B, who, according to A, was a troublemaker. A said there was a risk that he would kill B if he had to work with him. The court referred to several cases where violence and threats of violence in the workplace were looked upon as very serious and therefore decided that this particular threat was serious enough to lead to termination of employment.

A young doctor (2011:33) claimed that she had received severely threatening letters at her workplace. One letter said: "You shall die." The employer, a local government, conducted an expensive investigation and tried in other ways to help the woman. When it was discovered that she had written the letters herself, her employer terminated her employment. This was accepted by the Court, even though its members realized that the woman's behaviour was due to a mental disorder.

An employee, K (LC2011:34) felt he was being harassed by his employer. K was employed as a salesperson. At a staff party K's supervisor cursed him in front of his wife and, after the party, wrote him a nasty email ordering him to attend a meeting on a certain day. The reason given for the meeting was to clear up some misunderstanding concerning K's travel compensation. K felt harassed by the tone of the email. A couple of days later, K received a new email from the supervisor asking about his working agenda for the coming weeks. K again felt he was being harassed and that the order to attend a meeting was a deliberate provocation. The court found that K ought to have tried to cooperate with his employer. He had not lived up to the working standard of the company, and therefore the termination of his employment was justified. This was deemed a case of forced termination of employment, and the employer therefore partially responsible.

An employee, X (LC 2011:57) was accused of harassment and threats. His employer, a very large and old Swedish firm, terminated his employment. The reason was that X had threatened and harassed some of his co-workers on the union's home page. He had also written emails to various representatives of the company's management, including this to its Executive Director: "Disappear from my company and take the other bad people with you. You make me and my

colleagues ashamed of you in front of the Swedish people. There is nothing else for you to do. Disappear!” To the budget director he wrote that she needed to go into therapy. The court found that the employer had a right to terminate his employment because this behaviour constituted harassment and threats.

A lawyer (LC2011:78) working for a bishop had his employment terminated when he (among other things) had harassed his employer. This lawyer had also been simultaneously employed by his union, and this was seen as a dilemma. He was accused of having made derogatory comments about the extent of the bishop’s travels and of having said that the staff that represented management either lied or were incompetent. The Labour Court found that the termination of his employment was not justified. The Court decided that the employer should have informed the lawyer that his employment was at risk if he failed to fulfill his obligations in a more satisfactory manner.

A conclusion one can make is that the employer has a right to terminate an employment without any kind of preventive actions if the employee has behaved in a very offensive way, like when violence is used.

9. Conclusions

Protection against psychosocial or mental health risk in the workplace is currently an important topic of discussion within the European Union and among its several members. Sweden has had legislation dealing with the subject since 1977.

The legal framework was very general at first, but was expanded after the revision in 1991.

Mental protection as a legal category is thus conceived to embrace everything from the danger of personal harm resulting from harassment or violence to organizational imperatives such as the requirement that all managers and supervisors be acquainted with the Work Environment Act and with management’s potential role as a mental risk factor.

The Swedish Work Environment Authority has unfortunately not been able to issue a more precise provision on this topic owing to the long-established Swedish labour model, which makes the introduction of new provisions dependent on the agreement of the relevant Social Partners. The employers’ confederations have resisted supporting such a provision out of fear that it would limit their freedom to do business as they see fit and that State interference through the WE Authority would have an overall negative effect on productivity. A result is that the venerable Swedish labour model, after 35 years, is still unable to get a firm grip on this problem. And this might have led to the suffering of

considerable psychological stress by many Swedish employees, especially in the public sector, where many women are employed.

Over the past 35 years different governments have conducted several studies aimed at demonstrating to employers the risks to everyone of a stressful work environment. Another government initiative in that direction was the invitation, issued in December 2011, to the conference mentioned in the introduction to this paper, where the need for improvements in the psychosocial work environment was discussed.

Despite the fact that there is no special provision to guide employers, Safety Delegates, and the Work Environment Authority in how to minimize psychosocial risk, the Act itself has been used for this purpose to some effect. Good support has come from the revision of the Act in 1991, which included the invaluable tool of systematic work environment management: a method for investigating risks and establishing a safe work environment through action plans and the controlled transmission of safety responsibilities and the making of risk assessments. This tool was defined specifically in a provision. The Safety Delegates – almost always appointed by the trade union – have considerable power to influence the psychosocial work environment in their role as participants in the employer's organizational planning. They also have the right to demand an investigation or other action to be taken by the employer. If the employer refuses to heed such a demand, the Safety Delegate can take the issue to the WE Authority. Safety Delegates can also order a stop to work.

One can make two observations concerning the Work Environment Authority and psychosocial risks. One is how wide the scope is of what can be understood as psychosocial risk. The other is the capacity of the Authority to identify such risks and act upon them with legal measures. As to that wide scope, the Authority was found prepared to issue injunctions and prohibitions in cases involving violence, leadership, and matters of organization such as the transmission of responsibilities, working conditions, training, staffing, working hours, solitary work, the setting of priorities by middle managers, harassment, support in crises, the adjustment of work loads, and the participation of Safety Delegates and employees in decisions about change of activities. Such is the wide range within which mental risk occurs and can be protected according to the WE Act. A second observation concerns the readiness of the WE Authority to identify and act upon mental health risks. Only ten per cent of the injunctions and prohibitions issued between 2010 and 2011 were concerned with mental health issues. In short, the Act permits a broad definition of psychosocial and mental health issues but the Work Environment Authority does not make such issues a priority.

The Administrative Courts dealt with mental work environment issues in 12% of the cases brought before them in the period 2006-2010. Most cases tried by the Administrative Courts derive from appeals by employers, and such cases have not been numerous. There are few prohibitions and injunctions under the competence of these courts and therefore relatively there has been little occasion to appeal to them. The figure for District Courts was only 2% during the same period. Statistical evidence shows that violence in the workplace is increasing, yet hardly any accusations of work environment crime in which an employer failed to comply with the WE Act have been brought before the general courts. There is clearly no Swedish tradition of investigating accusations of violence in the work place, though much violence might have been prevented if the employer involved had complied with the the WE Act and relevant provision.

Questions of sexual harassment have been disputed in the Labour Court in accordance with the predecessor of the Discrimination Act. Here it is possible for victims to receive some amount of compensation from employers who have failed to obey the law. The situation is more complicated when it comes to other forms of harassment. There is no special compensation reserved for the so-called “morally harassed”, such as there is for bullied school children.

“The framework on stress from 2005” signed by the Social Partners within the European Union has not yet had any success in Sweden, despite its long tradition of collective agreements in the area of the work environment. On the other hand, I would say that collective agreements in the public sector give good support for dealing with psychosocial risks by means of co-operation.

A final conclusion about the situation in Sweden can be that there is a need for a special provision to protect employees’ against excessive mental stress; there is a need for collective agreements within the private sector to deal with psychosocial problems; there is a need for establishing in law an individual’s right to compensation for suffering “moral harassment”, similar to the right accorded to bullied school children; and there is a need for the Work Environment Authority to put even more emphasis, through prohibitions and injunctions, on protecting employees from the increasing risk of mental injury caused by such factors as stress.

A reflection can be that it took more than 100 years for Sweden to progress from the first Health and Safety Act of 1889 to the incorporation of systematic work environment management in the Swedish Work Environment Act of 1991. Will it take another 100 years from the first acknowledgment of risk to mental health, in the Swedish Work Environment Act of 1977, till there are specific provisions made to guard against it, and till the time when the Swedish Work Environment Authority issues as many injunctions and prohibitions for protecting mental as it does for protecting physical health?

La Belgique face aux risques psychosociaux au travail. Focus sur la lutte contre le harcèlement

de Véronique van der Plancke

SOMMAIRE: I. Eléments définitionnels du harcèlement moral et sexuel au travail. – II. Le harcèlement comme forme de discrimination: aux origines de leur parenté. – III. Identification des responsabilités, prévention et sanctions. – IV. Le harcèlement, son interdiction et la protection des libertés fondamentales: un chassé-croisé.

«Etant donné la place consacrée au travail dans l'existence, c'est du type d'hommes que fabrique la société dont il est question au travers de l'organisation du travail. Il ne s'agit toutefois point de créer des hommes nouveaux, mais plutôt de trouver des solutions qui permettraient de mettre un terme à la déstructuration d'un certain nombre d'entre eux par le travail»

Il appartient de lutter contre les «pathologies consécutives non seulement à un harcèlement ou à une persécution, mais à un contexte de solitude résultant d'une stratégie d'isolement par une technique de management visant la désagrégation de la solidarité et du collectif de travail».

Christophe Dejours, *Travail: usure mentale*, Paris, Bayard, 2001

Dans une étude publiée le 14 décembre 2011, intitulée «*Mal être au travail? Mythes et réalités sur la santé mentale au travail*»¹, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) n'a pas hésité à qualifier la santé mentale des travailleurs de «nouveau défi prioritaire pour le marché du travail». L'étude constate en effet que dans le contexte actuel de crise économique et de mondialisation, «la précarisation croissante des emplois et l'augmentation actuelle des pressions au travail pourraient entraîner une aggravation des problèmes de santé mentale dans les années à venir». Selon le Rapport OCDE, aujourd'hui, un tiers à la moitié des personnes qui touchent indemnités invalidité sont affectées de troubles psychiques et cette proportion dépasse 70 % chez les jeunes adultes².

¹ OCDE, *Mal être au travail? Mythes et réalités sur la santé mentale au travail*, décembre 2011, conclusions disponibles sur www.oecd.org/dataoecd/19/2/49230890.pdf.

² *Op. cit.*, p. 1.

Si la charge psychosociale au travail est un phénomène majeur qui ressort avant tout des sciences humaines que sont la sociologie et la psychologie, le droit est mobilisé depuis quelques années déjà pour tenter de lutter contre les violences non plus seulement physiques mais également psychiques, et démocratiser la sphère économique.

La directive-cadre n. 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, instrument clé pour la présente problématique, fut transposée, en Belgique, par la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, dite loi «bien-être». Cette loi s'applique à l'ensemble des employeurs et travailleurs officiant en Belgique, tant des secteurs public que privé. La doctrine, belgo-belge mais aussi des pays limitrophes, s'accorde à qualifier cette législation belge de «*best practice*» qui pourrait être exportée dans d'autres pays de l'Union européenne³. La loi «bien-être» a fait l'objet de dix-neuf révisions depuis son adoption, dont deux majeures. L'une, le 11 juin 2002⁴, introduisant dans la loi du 4 août 1996 un chapitre V relatif à la lutte contre le harcèlement moral, sexuel et la violence sur le lieu de travail⁵. L'autre, le 10 janvier 2007⁶, est une réforme qui inscrit plus formellement la notion de risques psychosociaux dans la législation. Il ressort désormais de l'article 4 de la loi du 4 août 1996 que le bien-être au travail passe notamment par la recherche de la sécurité au travail, la protection de la santé du travailleur, l'hygiène du travail, l'ergonomie, l'embellissement des lieux de travail mais aussi «*l'évaluation de la charge psychosociale occasionnée, dont notamment la violence, le harcèlement moral et sexuel au travail*».

La notion de «charge psychosociale» est définie de manière tautologique, et dès lors peu éclairante. Ainsi, l'arrêté royal du 17 mai 2007⁷ – un des arrêtés d'exécution de la loi bien-être – précise que la charge psychosociale au travail est «*toute charge, de nature psychosociale, qui trouve son origine dans l'exécution du travail ou qui survient à l'occasion de l'exécution du travail, qui a des conséquences*

³ Voy. *Comment maîtriser les problèmes psychosociaux et réduire le stress d'origine professionnelle*, EU-OSHA, 2003, disponible à l'adresse <http://osha.europa.eu/fr/publications/reports/309>.

⁴ Par la loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail, *Moniteur Belge* 22.6.2002.

⁵ Avant la loi du 11 juin 2002, fut adopté, en 1992, un arrêté royal sur la lutte contre le harcèlement sexuel dans le secteur privé et en 1995, un arrêté royal sur le harcèlement sexuel dans le secteur public, mais entre 1995 et 2002, aucune autre norme de lutte contre le harcèlement (sexuel ou moral) n'a été conceptualisée dans la législation belge.

⁶ Par la loi du 10 janvier 2007 modifiant plusieurs dispositions relatives au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail dont celles relatives à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail, *Moniteur Belge* 6.6.2007.

⁷ Arrêté royal du 17 mai 2007 relatif à la prévention de la charge psychosociale occasionnée par le travail dont la violence, le harcèlement moral ou sexuel au travail (public/privé).

dommageables sur la santé physique ou mentale de la personne» (article 2). L'arrêté précise toutefois que dans l'élaboration d'un système dynamique de prévention de pareils risques, les employeurs doivent tenir compte des situations qui génèrent «le stress, les conflits, la violence⁸, le harcèlement moral ou sexuel au travail» (article 3). Les travaux préparatoires précisent que le conflit qui doit préoccuper l'employeur est celui «qui a atteint un certain stade d'évolution, c'est-à-dire qui dépasse la cadre du simple désaccord», puisqu'il faut préserver la possibilité de conflits de qualité⁹.

Avant d'analyser le régime réservé au harcèlement qui constitue le cœur de la présente étude, il nous importe de formuler quelques considérations sur la notion de stress, non définie dans la loi «bien-être». Le concept de stress a, en revanche, été circonscrit dans la Convention collective de travail (CCT) n. 72 du 30 mars 1999, préalable à l'accord-cadre européen du 8 octobre 2004¹⁰: le stress serait un «état perçu comme négatif par un groupe de travailleurs, qui s'accompagne de plaintes ou dysfonctionnements au niveau physique, psychique et/ou social et qui est la conséquence du fait que des travailleurs ne sont pas en mesure de répondre aux exigences et attentes qui leur sont posées par leur situation de travail». Cette définition épingle classiquement la discordance entre la représentation du travailleur de la charge de travail qui lui est imposée et sa représentation des ressources qui sont les siennes pour y faire face. Quelques critiques ont cependant rapidement émergé. Si la Belgique a repris la notion de stress de l'Organisation mondiale de la santé (O.M.S.), c'est avec une nuance de taille: l'O.M.S. référerait à un état de stress ressenti par une *seule personne* alors que la CCT belge s'appuie sur la notion de stress perçue comme tel par un groupe d'individus (le ressenti d'une seule personne, plus vulnérable que les autres, ne suffit pas). L'intention sémantique revient à mettre l'accent sur le fait que le stress est toujours collectif en ce qu'il résulte d'une mauvaise organisation du travail surchargeant l'ensemble des travailleurs: selon la CCT n. 72, sa gestion collective

⁸ La notion de violence dans la législation belge, qui ne sera pas plus amplement développée dans la présente étude, se réfère à celle donnée par le Bureau International du Travail (B.I.T.), lequel définissait la violence au travail comme «toute action, tout incident ou tout comportement qui s'écarte d'une attitude raisonnable par lesquels une personne est attaquée, menacée, lésée ou blessée, dans le cadre ou du fait direct de son travail». Voy. Organisation Internationale du Travail, *Recueil de directives pratiques sur la violence au travail dans le secteur des services et mesures visant à combattre ce phénomène*, Genève, 8-15 octobre 2003, 1.3.1., p. 12, disponible sur www.ilo.org.

⁹ Il est intéressant de référer ici à J.-P. Cordier selon lequel «le harcèlement suppose un certain déséquilibre de pouvoir qui conduit à l'inégalité. L'individu harcelé doit affronter une suprématie contre laquelle il est difficile de se défendre lui-même. Une dispute ordinaire ou une mauvaise entente entre deux personnes ne constitue pas du harcèlement au sens strict car dans cette situation, les deux parties conservent leur équivalence». Voy. J.-P. CORDIER, *Le bien-être psychosocial au travail: harcèlement moral, harcèlement sexuel, violence, stress, ...*, *Etudes pratiques de droit social*, Waterloo Kluwer, 2009, p. 137.

¹⁰ CCT n. 72 du 30 mars 1999 concernant la gestion de la prévention du stress occasionnée par le travail, conclue au sein du Conseil National du Travail, <http://www.cnt-nar.be/F11.htm>. Cette CCT ne concerne toutefois que le secteur privé.

requiert dès lors, dans le chef de l'employeur, l'adoption de mesures structurelles, tant curatives que préventives ¹¹.

C'est un truisme que de dire que la violence et le harcèlement sur le lieu de travail sont des facteurs de stress; à l'inverse, le stress organisationnel va générer du harcèlement, plus encore dans un contexte de radicalisation de la concurrence. Avant d'aborder spécifiquement la problématique de la protection contre le harcèlement moral ou sexuel au travail, nous évoquerons quelques chiffres significatifs pour mesurer l'ampleur du phénomène. Nous analyserons ensuite comment la Belgique définit ces notions (I.) tout en créant un lien évident entre les phénomènes de harcèlement (moral ou sexuel) et de discrimination (II.). Il nous appartiendra alors d'envisager très succinctement les mécanismes de prévention, de protection et de sanction du harcèlement sur le lieu de travail (III.). Enfin, nous évoquerons la compatibilité de la lutte contre le harcèlement avec la préservation des droits et libertés fondamentaux de tous les acteurs en présence (IV.).

De manière constante entre 2000 et 2010, les sondages démontrent qu'environ 10 à 15 % des travailleurs en Belgique, portion inquiétante, se disent ou se pensent harcelés ¹². Or, depuis l'adoption de la loi du 11 juin 2002 sur le harcèlement jusqu'en décembre 2009, seuls 330 jugements et arrêts ont été rendus par les juridictions sociales et parmi ceux-ci, seuls une vingtaine d'entre eux ont mené à un constat de harcèlement, chiffre somme toute assez modeste par rapport à l'ampleur avérée du phénomène. Certains attribuent ce constat au peu de réactivité des syndicats face au harcèlement alors que la Belgique connaît un taux de syndicalisation très élevé (entre 55 et 60 %), à la complexité et à la rigueur de la preuve à rapporter décourageant le travailleur d'entamer toute démarche judiciaire, au coût financier et temporel d'un tel processus litigieux sans aucune garantie de succès, ... Il faut toutefois également souligner certains facteurs positifs à la source de la faible judiciarisation du harcèlement. La loi «bien-être», et plus spécifiquement encore depuis sa modification en 2007, privilégie un mode de gestion du harcèlement interne à l'entreprise, par l'instauration, le cas échéant, de personnes de confiance et la nomination des conseillers en prévention, qui

¹¹ Voy. Notamment Trib. Trav. Anvers, 16 décembre 2008, R.G. n. 06/395897/A. La juridiction du travail précise que pour réduire le stress au travail, l'employeur doit remplir ses obligations en organisant des rencontres avec ses employés en prévention et en accomplissant une modification des schémas de l'organisation du travail pour, par exemple, réduire les heures supplémentaires.

¹² Selon la Fondation européenne, en 2000, 11 % des travailleurs déclarent avoir été exposés à des actes de harcèlement, ce qui plaçait la Belgique en 5^{ème} position parmi les Etats de l'UE. Selon une étude de SECUREX-Belgique, dont les résultats ont été rendus publics en novembre 2010, 13 % des travailleurs affirment avoir été victimes de harcèlement moral, contre 14 % en 2009 et 13 % au cours des trois années précédentes (2008-2006). 60 % des plaignants prétendent être harcelés moralement par leur supérieur, 28 % par un collègue, 21% par un groupe de collègues et 9 % par des externes (clients, fournisseurs, patients, ...). Voy. <http://www.securex.be/fr/groupe-securex/press/2010/CP-101123-Pesterijen.pdf>.

règlent plus de 70 % des conflits. Et c'est heureux tant ces modes de résolution sont plus adaptés qu'une procédure judiciaire qui réduit inexorablement le phénomène de harcèlement à sa compréhension inter-individuelle.

I. Eléments définitionnels du harcèlement moral et sexuel au travail

La loi «bien-être» définit le *harcèlement moral* comme «plusieurs conduites abusives similaires ou différentes, externe ou interne à l'entreprise ou l'institution, qui se produisent pendant un certain temps, qui ont pour objet ou pour effet de porter atteinte à la personnalité, la dignité ou l'intégrité physique ou psychique d'un travailleur (...), lors de l'exécution de son travail, de mettre en péril son emploi ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant et qui se manifestent par des paroles, des intimidations, des actes, des gestes ou des écrits unilatéraux. Ces conduites peuvent notamment être liées à la religion ou aux convictions, au handicap, à l'âge, au sexe, à l'orientation sexuelle, à la race ou à l'origine ethnique»¹³.

Le *harcèlement sexuel au travail* vise, pour sa part, «tout comportement non désiré verbal, non-verbal ou corporel de nature sexuelle, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant»¹⁴.

a. Comportement abusif unique ou répété ?

A la différence du harcèlement sexuel, la définition du harcèlement moral requiert une certaine *répétition*¹⁵ *de faits*¹⁶ – ce qui exclut l'hypothèse du comportement instantané –, semblables ou différents¹⁷, *devant chacun respectivement* pouvoir être

¹³ Art. 32ter, 2°, loi «bien-être».

¹⁴ Art. 32ter, 3°, loi «bien-être».

¹⁵ En exigeant la répétition des conduites pour qu'elles soient qualifiées d'harcèlement moral au travail, la définition est en cela conforme à une certaine littérature en la matière. Voy. notamment M.-F. HIRIGOYEN, *Malaise dans le travail, harcèlement moral: démêler le vrai du faux*, Syros, 2001, pp. 12-13: «Le harcèlement moral est une violence à petites touches, qui ne se repère pas, mais qui est pourtant très destructrice. Chaque attaque prise séparément n'est pas vraiment grave, c'est l'effet cumulatif des micro-traumatismes fréquents et répétés qui constitue l'agression, même si l'agression est ponctuelle». Le comportement instantané, et d'une certaine gravité, sera, selon la loi «bien-être», qualifiée de *violence au travail*.

¹⁶ Les faits visent tant des comportements, que des paroles, des intimidations, des actes, des gestes et des écrits unilatéraux.

¹⁷ Projet de loi relative à la protection contre la violence, le harcèlement moral et sexuel au travail, Exposé des motifs, *Ch. Repr.*, sess. ord. 2001-02, *Documents parlementaires de Belgique*, 50-1583/003, p. 7. A ce propos, voir P. HUMBLET et B. LIETAERT, *De Pestwet: een proeve van eclectische wetgeving*, in *Genese juridische actualia*, 2004, p. 213. Dans le même sens: C. trav. Anvers, 21 décembre 2005, R.G. n. 2050067.

jugé d'abusif, l'exercice normal de l'autorité par l'employeur ne pouvant naturellement pas être assimilé à du harcèlement même si le travailleur, dans sa subjectivité, la supporte douloureusement¹⁸. Pour juger objectivement du caractère abusif d'un comportement, on retiendra comme cadre référentiel «*l'usage normal du droit [qu'aurait fait] l'homme prudent et diligent*» dans les mêmes circonstances¹⁹. Il ne sera concrètement pas toujours aisé de distinguer les directives ou instructions de l'employeur qui définissent et constituent la substance du contrat du travailleur, de celles qui dépassent ce cadre et peuvent dès lors être qualifiées d'abusives²⁰. Ainsi, le juge qualifiera-t-il d'abusives les multiples directives de l'employeur selon lesquelles il exige du personnel qu'il accroisse incessamment la productivité tant individuelle que collective, dès lors que pareille 'injonction' est largement susceptible d'engendrer une augmentation de stress et de contrainte? Les juridictions se garderont certes de qualifier de harcèlement ce qui relève des relations (de travail) quotidiennes, et éviteront d'instaurer une police des langages et attitudes destinée à traquer tout usage sporadique d'expressions malencontreuses²¹. La difficulté actuelle provient toutefois de ce que, de plus en plus, les pressions font partie intégrante du monde du travail; et tant leur perception que leur éventuelle acceptation varient

¹⁸ À titre d'exemple, voir: C. trav. Bruxelles, 16 octobre 2003, réf. 260, disponible sur www.juridat.be; C. trav. Anvers, 21 décembre 2005, *Chroniques de droit social*, 2008, p. 732; Trib. trav. Bruxelles, 7 novembre 2005, *inéd.*, R.G. n. 75480/4; Trib. trav. Dinant, 24 avril 2007, *inéd.*, R.G. n. 67898.

¹⁹ SPF Emploi, Travail et Concertation sociale, *Clés pour la prévention de la charge psychosociale au travail: stress, violences, harcèlement moral ou sexuel*, Bruxelles, 2007, p. 12. Le S.P.F. Emploi fournit une liste non-exhaustive d'exemples variés de conduites portant préjudice à celui qui les subit: «Isoler continuellement la personne en l'ignorant, en n'accordant aucune attention à sa présence, en la tenant à l'écart de ses collègues, en semant la discorde entre elle et ses collègues, en interdisant à ses collègues de lui parler, en changeant son horaire, en omettant de la convoquer aux réunions ...».

²⁰ Voy. J.-P. CORDIER, *La loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail*, in *Journal des tribunaux du travail*, 2002, pp. 383-384. La maltraitance managériale n'est pas du harcèlement moral. Selon M.-F. Hirigoyen, la maltraitance managériale est «de comportement tyrannique de certains dirigeants caractériels qui font subir une pression terrible à leurs salariés, ou qui les traitent avec violence, en les invectivant (...) sans aucunement les respecter». M.-F. HIRIGOYEN, *op. cit.*, p. 22.

²¹ Le Conseil d'Etat belge, dans son Avis du 16 novembre 2000, déclarait qu' «(...) il serait excessif de sanctionner l'expression d'une plaisanterie sexiste ou d'une caricature liée à l'orientation sexuelle ou à une caractéristique physique d'une personnalité connue, pour autant que les limites de l'injure, de la calomnie, de la diffamation ou de l'atteinte à la vie privée ne soient pas franchies». Voy. C.E. (sect. légis.), Avis n. 30.462/2 du 21 décembre 2000 sur le Projet de loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (*Documents parlementaires de Belgique*, Sénat, n. 2-12/1), *Documents parlementaires de Belgique*, Sénat, n. 2-12/5, 21 décembre 2000, V.2. Dans le même sens, voy. quelque jurisprudence américaine: *Rogers v. EEOC*, 454 F.2d 234 (CA5 1971), *cert. denied*, 406 U.S. 957 (1972); *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 523 U.S. 118 (4 mars 1998) – at.1003: il y est jugé que le Titre VII du Civil Rights Act (1964) ne prohibe pas les «genuine but innocuous differences in the ways men and women routinely interact with members of the same sex and of the opposite sex». [...] «Simple teasing, offhand comments, and isolated incident (unless extremely serious) will not amount to discriminatory changes in the terms and conditions of employment».

sensiblement selon la subjectivité du travailleur. Enfin, s'il n'est pas requis de la victime qu'elle prouve le dommage psychologique qu'elle aurait subi, mais bien qu'elle établisse qu'une personne raisonnable aurait perçu le harcèlement comme suffisamment «invasif» pour créer un environnement de travail hostile, l'effet de pratiques répétées sur son équilibre psychique sera néanmoins relevant pour apprécier si l'environnement est abusif²².

La jurisprudence exige également que les faits reprochés par la victime puissent être situés précisément dans le temps et l'espace et qu'ils aient trait à des personnes identifiables²³. La loi «bien-être» précise, pour sa part, que les conduites incriminées doivent s'inscrire dans la durée, tout en abandonnant au juge le pouvoir de décider souverainement ce qui constitue un laps de temps suffisant: certaines juridictions sociales se satisfont de plusieurs jours tandis que le Ministre de l'emploi envisageait plutôt plusieurs semaines, voire plusieurs mois²⁴.

Les conduites incriminées peuvent provenir d'un autre travailleur, de l'employeur, mais également de tiers si les travailleurs sont en contact avec le public, tels des clients, des patients, des usagers de services publics²⁵. Le travailleur doit par ailleurs prouver que ces atteintes sont liées à sa personne individuelle²⁶. Les juridictions du travail ont plusieurs fois rejeté la qualification de harcèlement sur

²² Voy. Corr. Marche-en-Famenne, 18 avril 2001, *And. trav. c./L. et S.C. Taverne des Bateliers* (R.G. n. 69.99.187/00), *Chroniques de droit social*, 2003, 02, p. 104. Dans le cas d'espèce, il est jugé que si le mandataire de la société reconnaît avoir proposé des relations sexuelles à l'une des travailleuses et que celle-ci déclare qu'en conséquence sa tranquillité a été troublée, l'attitude maladroite et déplacée du mandataire n'est cependant pas constitutive de l'infraction de harcèlement, visée à l'article 442bis du Code pénal, en ce que la «victime» est retournée au travail après l'incident. A la lecture de cet argumentaire, on croit comprendre que seule la rupture immédiate du contrat de travail aurait donné quelque densité à la prétendue menace subie par l'employée, tandis qu'un retour sur les lieux signerait l'aveu de son inexistence ... Cette décision est, sans aucun doute, exagérément sévère.

²³ C. trav. Anvers, 7 juin 2004, *Chroniques de droit social*, 2005, p. 446; C. trav. Anvers, 22 juin 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1320. Dans le même sens: Trib. trav. Tongres, 2 mai 2007, R.G. n. 2357/2005. Voy. aussi: I. VERHELST, *Twee en half jaar pestwet: een analyse van de rechtspraak*, in *Oriëntatie*, 2005, p. 31.

²⁴ Rapport fait au nom de la Commission des Affaires sociales, *Documents parlementaires de Belgique*, Chambre, 2006-2007, n. 51-2686/4, p. 25. Il est probable aussi que le juge tienne compte de l'intensité des faits constituant le harcèlement dans son appréciation de la durée.

²⁵ Exposé des motifs, *Ch. Repr.*, sess. ord., 2001-2002, *Documents parlementaires de Belgique*, 50-1583/001 et 50-1584/001, p. 13. Les formes de harcèlement au travail sont multiples, et le processus ne concerne pas exclusivement les abus d'autorité liés à des relations formelles de subordination: il peut être horizontal ou vertical (selon qu'il est commis entre collatéraux ou dans le cadre d'un lien hiérarchique), ascendant ou descendant (du supérieur envers son subordonné et inversement), individuel ou collectif. Le harcèlement peut être l'œuvre de personnes extérieures à l'institution ou à l'entreprise, et spécialement dans le secteur bancaire, de soins de santé, de l'horeca, ...

²⁶ Trib. trav. Bruxelles, 30 juin 2006, R.G. n. 48.916/03, *inéd.*

la base du fait que l'employeur infligeait les mêmes (mauvais) traitements à tous ses employés²⁷, posture judiciaire qui, au demeurant, paraît plus que surprenante.

b. Comportement non désiré portant «atteinte à la dignité» d'une personne et créant un «environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant»

*«Les biens et les maux qui nous arrivent ne nous touchent pas selon leur grandeur
mais selon notre sensibilité»
La Rochefoucauld*

Pour être qualifié d'harcélateur, le comportement doit être *indésirable* et provoquer cet effet dégradant, tant sur la personne de la victime que sur son environnement; le caractère indésirable se mesurant aux manifestations de rejet des comportements par celui auxquels ils sont infligés²⁸.

L'article 26 de la Charte sociale européenne révisée faisait déjà du principe de la dignité de la personne humaine au travail, l'axe majeur autour duquel gravite la

²⁷ Trib. trav. Bruxelles, 11 mars 2008, R.G. n. 62.548/03, *inéd.* Voir aussi: Trib. trav. Bruxelles, 13 juin 2006, R.G. n. 53.313/03, *inéd.* Dans le même sens: Trib. trav. Bruxelles, 7 novembre 2005, R.G. n. 75.480/04, *inéd.*; Trib. trav. Nivelles, 4 mars 2005, *Chroniques de droit social*, 2005, p. 490; Trib. trav. Bruxelles, 16 juin 2006, R.G. n. 82093/04, *inéd.*; Trib. trav. Anvers, 20 décembre 2004, R.G. n. 367.413, *inéd.*

²⁸ Cette notion d'«indésirabilité» trouve son origine dans la lutte contre le harcèlement sexuel au travail. Voy. Code de pratique visant à combattre le harcèlement sexuel, «Protection de la dignité de la femme et de l'homme au travail», n. C 27/6 et s., *J.O.C.E.*, 4 février 1992: «L'intérêt sexuel ne devient harcèlement sexuel qu'après que celui qui en fait l'objet a *clairement montré qu'il le considère comme offensant* [...]. C'est la *nature indésirable* du comportement qui distingue le harcèlement sexuel d'un comportement amical, bien accueilli et mutuel». On observe dans certaines décisions relatives au harcèlement sexuel la mise en exergue de l'établissement du caractère indésirable du comportement reproché. Voy. Cour Trav. Liège (sect. Namur, 14^{ème} ch.), 22 octobre 1991, *D.B. c./ s.p.r.l. Vitamed, Chroniques de droit social*, 1992, pp. 118 ss.: dans le cas d'espèce, la Cour a jugé non abusif le licenciement d'une employée qui estimait pour sa part avoir été victime de harcèlement sexuel, et ensuite de représailles via la rupture de son contrat de travail, motivée selon elle par le fait qu'elle avait repoussé les avances qui lui avaient été adressées. Bien qu'elle présentait certains indices relevant l'existence de harcèlement, la Cour estima que l'employée ne présentait pas de preuve d'un véritable harcèlement sexuel que lui aurait *fait subir* le directeur de l'entreprise: plutôt que victime, la requérante aurait été «complice». La Cour va alors juger qu'il y a un motif légitime au licenciement de la requérante par le directeur: celui de rompre tout lien personnel entre eux, «dequel constituait une menace à la fois pour l'harmonie des familles et pour celle de l'entreprise». Dans le même sens, voy. Trib. Trav. Namur, 9 mars 1998, *Bull. FAR*, n. 217, 1998, 81, note J. JACQMAIN: malgré qu'il ne soit pas contesté que l'employée contre qui l'action est dirigée avait une «sexualité débridée» et que ses grivoiseries dans le service étaient fréquentes, le juge estime que rien ne prouve que la personne sujette au «prétendu harcèlement» ait fait valoir à sa collègue qu'elle ne consentait pas à pareille attitude. Voy. en revanche Trib. Trav. Gand, 17 juin 1994, *Chroniques de droit social*, 1994, p. 376. Voy. enfin Tribunal de 1^{ère} Instance des Communautés européennes (3^{ème} chambre), 18 octobre 2001, *X. c/ Banque centrale européenne (T-333/99)*, *Chroniques de droit social*, 2002, pp. 235 ss., qui précise qu'«un employé qui harcèle sexuellement et psychologiquement un de ses collègues en lui envoyant, *malgré ses protestations*, des messages électroniques à contenu pornographique ou d'idéologie politique extrémiste, [...] a un comportement qui justifie, selon le droit de la plupart des Etats membres, un licenciement avec effet immédiat».

politique de lutte contre le harcèlement²⁹. Par l'intégration juridique de cet impératif absolu, il est désormais acquis que la dignité d'un individu, soit le respect de sa personne et à travers lui la «défense de l'humanité de l'homme»³⁰, doit être garantie à chacun dans son environnement professionnel et social. Se définissant dans le rapport à soi et à l'autre, la dignité impose une qualité de relation entre êtres humains qui s'accordent une reconnaissance mutuelle rendant possible le maintien de la conscience réflexive et de la volonté humaine. Elle est source de droits. L'offense à la «dignité» constitue, dans cette perspective, un élément définitionnel central du harcèlement tant sexuel que moral.

Se pose la question nodale, mais délicate, de l'articulation entre l'appréciation subjective – fondée sur la perception de la victime – et objective par le Juge du caractère «intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant» pour l'intéressé(e) de l'environnement créé. Chaque État membre de l'Union européenne jouit du pouvoir de fixer les critères d'évaluation de la situation qui lui paraissent les plus adéquats, en déterminant notamment si l'analyse de la matérialité des faits doit se réaliser *in concreto* et/ou *in abstracto*³¹. Ou, en d'autres termes, si une prévalence doit exister pour la subjectivité de la perception ou l'objectivité de la situation.

D'un côté, le mal occasionné dépend largement de la personnalité de la victime dont il est par conséquent nécessaire de prendre en considération le jugement subjectif³². La Recommandation européenne du 27 novembre 1991 sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail soutenait déjà

²⁹ Voy. la Charte sociale européenne (CSE) révisée du 3 mai 1996, article 26, qui invite notamment les États signataires à «promouvoir la sensibilisation, l'information et la prévention en matière d'actes condamnables ou explicitement hostiles et offensifs dirigés de façon répétée contre tout salarié sur le lieu de travail ou en relation avec le travail, et à prendre toute mesure appropriée pour protéger les travailleurs contre de tels comportements». En France, la Cour d'Appel Aix-en-Provence a déclaré la société «Le Crédit commercial de France» civilement responsable du harcèlement professionnel subi par le salarié, en se fondant expressément sur l'article 26-2 de la CSE. Voy. Cour d'Appel Aix-en-Provence (17^{ème} Chambre), 18 décembre 2001, *Droit Social*, 2002, pp. 701-703. La Belgique n'a, pour sa part, pas ratifié cet article de la Charte.

³⁰ «La dignité de la personne humaine en droit social ou la relativité d'un concept absolu», *Chroniques de droit social*, 2003, p. 1.

³¹ Selon C. BARNARD toutefois, pour la détermination de la présence de harcèlement tel que défini par les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, «the test is subjective». Voy. C. BARNARD, *The Changing Scope of the Fundamental Principle of Equality*, in *McGill Law Journal*, 2001, vol. n. 46, p. 973.

³² Il n'est pas inutile de relever que les femmes sont régulièrement jugées plus susceptibles que les hommes de souffrir de certaines attitudes qu'elles ressentiront comme «harcelantes». Voy.: V. SAVICKI, E. COOLEY et J. GJESVOLD, *Harassment as predictor of Job Burnout in correctional officers*, in *Criminal Justice and Behavior*, 2003, vol. 30 n. 5, pp. 602-618: «The clearest gender difference was that female correctional officers perceived more harassment than male officers. [...] women were not only more likely than men to report that they were harassed, but they were also more likely to be strongly influenced by this harassment. [...] Harassment is seen as a more significant contributor to level of perceived stress, and harassment plays a greater role in reducing organizational commitment and in increasing intentions to leave for women» (pp. 615 et 617).

qu'il appartient à chaque individu de déterminer quel comportement il peut accepter et quelle conduite il juge offensante³³. Au sujet du harcèlement sexuel, J. Jacquain affirmait dans le même sens que «si l'on veut que notre société prenne conscience que [c]e triste phénomène [...] doit être combattu, la première exigence consiste en ce que la victime soit libre de définir quand elle se sent agressée»³⁴. Dans son avis n. 44 du 22 mai 2001 au sujet du projet de loi relative à la protection contre la violence, le harcèlement moral et sexuel au travail, la Commission permanente du travail du Conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes n'en défend pas moins à son tour qu'une place essentielle doit être réservée à la perception de la victime dans la détermination du comportement de harcèlement³⁵. La jurisprudence en ce domaine s'est toutefois montrée hésitante, substituant parfois au sentiment du plaignant la compréhension objective des événements³⁶.

Il apparaît en effet impraticable de rendre la qualification d'un comportement totalement et exclusivement tributaire de la sensibilité individuelle de la personne vers qui il est dirigé. Il faut éviter les écueils que sont la difficulté d'analyse de la personnalité de la victime de harcèlement, ses excès, mais plus encore, le risque de manipulation de ses propres émotions en vue d'obtenir la condamnation du prétendu agresseur³⁷. Dans cette perspective, il est recommandé que les faits soient également considérés «objectivement» pour baliser le champ d'évaluation.

³³ La Recommandation stipule que «tout comportement à connotation sexuelle et tout autre comportement fondé sur le sexe [...] est inacceptable si a) ce comportement est intempestif, abusif et blessant pour la personne qui en fait l'objet». Dans le Code joint, il est ensuite précisé que «la caractéristique essentielle du harcèlement sexuel réside dans le fait qu'il est ressenti comme indésirable, qu'il appartient à chaque individu de déterminer quel comportement il peut accepter et quelle conduite il juge offensante». Voy. Recommandation de la Commission du 27 novembre 1991 sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail, n. C 27/4 et s., *J.O.C.E.*, 4 février 1992; Code de pratique visant à combattre le harcèlement sexuel «Protection de la dignité de la femme et de l'homme au travail», n. C 27/6 et s., *J.O.C.E.*, 4 février 1992.

³⁴ Voy. son Observation «Mieux vaut ne pas en rire» sous Arbh. Gent (8ste k.), 1er juillet 1988, *Chroniques de droit social*, 1989, pp. 20-21: dans cette décision est prise en considération la perception de la victime, jeune travailleuse de 18 ans, dans le sentiment d'avoir été harcelée, alors que lui avaient été montrées des photos pornographiques et qu'on lui avait fait comprendre qu'elle devait suivre l'intéressé en un autre endroit que le lieu de travail.

³⁵ Voy. *Documents parlementaires de Belgique, Ch. Repr.*, 10 janvier 2002, DOC 50 1583/002.

³⁶ Voy. par exemple Arbh. Brussel (5de k.), 1er juin 1992, *Chroniques de droit social*, 1993, pp. 274-275; Cour Trav. (Bruxelles), 4 septembre 1996, *Journal des tribunaux*, 1997, p. 638; Corr. Marche-en-Famenne, 18 avril 2001, *Aud. trav. c./L. et S.C. Taverne des Bateliers* (R.G. n. 69.99.187/00), *Chroniques de droit social*, 2003, 02, p. 104. Pour une recension de la jurisprudence relative au harcèlement sexuel, voy. notamment J.PH. CORDIER, *La loi du 11 juin 2002*, cit., p. 392.

³⁷ Dans un litige qui l'opposait à un de ses employés s'affirmant harcelé en son sein, la Banque européenne d'investissement cherchait ainsi à savoir «si les allégations [du requérant] relatives au délits allégués et à la chaîne de complicité qui lierait les responsables, les vérificateurs, voire les organes directeurs de la BEI, tous coalisés perfidement contre M. De Nicola pour faire obstacle à son avancement, sont le fruit de sa manie de la persécution, alimentée par la surestimation de ses capacités [...], ou d'une tentative d'exercer des pressions illégales sur la Banque afin de la contraindre, sous la menace d'un scandale, à satisfaire immédiatement à ses prétentions» (c'est nous qui soulignons). Voy. Le tribunal de première instance des Communautés européennes, 23 février 2001, *De Nicola c. Banque européenne d'investissement*, T-7/98, T-208/98 et T-109/99, § 267.

A condition d'éviter le risque qu'*in fine* soient seuls sanctionnés les comportements qui sont de nature à porter atteinte à la dignité de l'*homme normalement prudent et résistant*³⁸. Ainsi, dans l'affaire *Steward v. Cleveland Guest*, la juridiction anglaise saisie, après avoir admis que l'objection de la requérante à des images qui représentent la femme comme un objet sexuel était compréhensible, déclarait toutefois sa demande contre le «prétendu harceleur» non fondée, sur base de la démonstration que la perception de la requérante n'était pas partagée par les autres femmes de l'entreprise³⁹. La juridiction a probablement estimé qu'en l'absence d'un tel «standard objectivant» (à savoir la référence à la perception comparée, moyenne, de l'ensemble des femmes de l'entreprise), raison pourrait être donnée à une personne d'une sensibilité exceptionnelle qui décèlerait du harcèlement dans ce qui n'est en réalité qu'un comportement anodin et inoffensif. Le souci est légitime mais la méthode est critiquable. Car comme le relevait A. McColgan, il est probable que les collègues féminines interrogées aient été «desensitized by the general ethos that was male oriented»⁴⁰. La sensibilité collective moyenne ne serait donc pas toujours un indicateur fiable pour apprécier à sa juste mesure le caractère humiliant d'un comportement⁴¹.

Toute qualification d'une action étant par nature intersubjective⁴², une fragile dialectique doit être observée entre les versants objectif et subjectif de la définition du harcèlement⁴³; les excès de l'un seront ainsi compensés par l'invocation de l'autre. Il reste à identifier les indices permettant de conclure au

³⁸ Voy. les illustrations nuancées de C. MEUNIER, *La répression du harcèlement*, in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1999, p. 743. Pour un regard comparatif avec la doctrine française à ce sujet, voy. dans le même sens: B. LAPEROU-SCHENEIDER, *Les mesures de lutte contre le harcèlement moral*, in *Droit Social*, n. spécial, mars 2002, p. 315; E. MONTEIRO, *Le concept de harcèlement moral dans le code pénal et le code du travail*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, avril/juin 2003, pp. 277-288. L'auteur déclare que ne sera probablement pas écartée non plus la référence à l'individu «normalement sensible» (p. 282).

³⁹ Voy. *Steward v. Cleveland Guest (Engineering) Ltd* [1996] ICR 535, [1994] IRLR 440.

⁴⁰ A. MCCOLGAN, *Discrimination Law – Text, cases and materials*, Oxford-Portland, Hart, 2000, p. 59.

⁴¹ L'importance à réserver à la perception subjective individuelle a, par la suite, été renforcée au Royaume-Uni à travers plusieurs décisions. Voy. *Reed v. Stedman* [1999] IRLR 98; *Driskel v. Peninsula Business Services Ltd* [2000] IRLR 151.

⁴² La légende attribuée à L. Wittgenstein rappelle que tout sens que l'on donne à une action est toujours intersubjectif. Ainsi, rapporte-t-il, quand on procède à un vote à main levée dans une assemblée et qu'une personne lève sa main au moment même du vote, peut-on ne pas tenir compte de son vote dès lors que la personne en question prétendrait qu'il ne s'agissait *in casu* pas de l'expression d'un vote positif mais de la manifestation d'un réflexe actionné au mauvais moment. Wittgenstein répondra par la négative, arguant que personne ne peut donner seul un sens à son action: c'est toujours de manière intersubjective que l'on construira un sens à ce qui s'est passé.

⁴³ La Cour suprême américaine a ainsi rappelé à plusieurs reprises que le harcèlement «[...] requires an *objectively hostile or abusive environment* – one that a *reasonable person* would find hostile or abusive – *as well as the victim's subjective perception* that the environment is abusive». Voy. *Meritor Saving Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986). Dans le même sens: *Faragher v. City of Boca Raton*, 524 U.S. 775 (1998); *Harris v. Forklift Sys., Inc.*, 510 U.S. 17, 22 (1993).

caractère objectivement harcelant d'une situation. Conduit à se prononcer sur des prétentions de harcèlement subi par un travailleur démissionnaire, le Tribunal de première instance des Communautés européennes avait ainsi décidé d'analyser successivement les *divers éléments de fait* invoqués par le requérant, «afin de vérifier si, en raison de leur *gravité* ou de leur *répétition* éventuelles, le requérant a été *objectivement* contraint de démissionner (...)»⁴⁴. Avant de conclure que le consentement de l'employé n'avait *objectivement* pas pu être considéré comme vicié de par l'environnement de contrainte infligé, le Tribunal avait pris soin de relever que la perception subjective que le requérant avait pu avoir des événements litigieux ne suffisait pas à conclure au harcèlement⁴⁵.

c. Une simple relation causale doit exister entre le comportement reproché et l'impact subi par la victime

Davantage que l'intention de l'auteur de harcèlement, ce sont les conséquences pour la victime de ces agissements qui ont retenu l'attention du législateur. L'article 32ter, 2° de la loi «bien-être» qualifie de harcèlement le comportement «indésirable» ayant *pour objet ou pour effet* de porter atteinte à la dignité de la personne et de créer un «environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant»⁴⁶. Autrement dit, la personne suspecte qui se convainc de la légitimité de son action et se défend de toute intention harcelante sera coupable de harcèlement si, au regard des circonstances de fait – telles l'inlassable répétition des interventions sur les lieux de travail ... –, elle aurait dû prendre conscience du dommage prévisible causé à la victime.

Ainsi, on peut constater chez l'auteur des pratiques reprochées *tantôt* une *volonté délibérée* de dégrader, par exemple, les conditions de travail d'un employé: le harcèlement est alors l'œuvre d'un groupe qui pourrait vouloir rejeter la promotion d'un nouveau supérieur hiérarchique féminin par la falsification de son travail, par l'assignation de tâches impossibles à réaliser, par le refus de la formation nécessaire pour pouvoir accomplir pleinement ses nouvelles responsabilités, ou encore en l'isolant des réseaux professionnels informels essentiels pour pouvoir améliorer ses compétences, ... On qualifiera, dans cette

⁴⁴ Tribunal de première instance des Communautés européennes arrêt du 23 février 2001, *De Nicola c. Banque européenne d'investissement*, T-7/98, T-208/98 et T-109/99, point 270.

⁴⁵ *Ibid.*, point 286: «Indépendamment de la *perception subjective* qu'il a pu avoir des faits qu'il allègue, l'ensemble des éléments avancés par le requérant ne permet pas d'établir que sa démission a été objectivement provoquée par un comportement de la défenderesse visant à le discréditer et à dégrader délibérément ses conditions de travail».

⁴⁶ Les travaux préparatoires précisent que «tant les comportements intentionnels [«pour objet»] que non intentionnels [«pour effet»] sont visés par la notion de harcèlement moral. Pourtant, «certains tribunaux excluent de manière erronée les comportements non intentionnels en exigeant une intention malveillante». Voy. Projet de loi modifiant la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs, *Documents parlementaires de Belgique*, Chambre, 2005-2006, n. 51-2686/1, p. 16.

hypothèse, le comportement de «harcèlement stratégique»⁴⁷. Le harcèlement aurait cette composante performative en ce que par l'émission de paroles et d'actes invalidants, il supprimerait l'écart pré-existant entre le contexte, l'intention du locuteur et l'effet qu'il produit sur le destinataire du discours dont les compétences s'affaiblissent.

Au contraire, le harcèlement peut advenir *sans que l(es) auteur(s) à l'œuvre ai(en)t véritablement conscience de la nuisance de leur comportement*. On remarque ici le statut hybride de ce phénomène. A travers la distance prise avec l'intention, on assiste à une «désindividualisation» des pratiques dont on semble reconnaître la structure systémique «qui échappe en partie aux acteurs»; en même temps seuls les individus demeurent condamnés, au risque de renoncer à réformer les éventuelles déficiences du système⁴⁸.

Ne pas se limiter à condamner le harcèlement intentionnel satisfait à la nécessité de s'attaquer au *racisme* – mais aussi au sexisme, homophobie... – dit *aversif*, qui, selon Dovidio et Gaertner, consiste en «a subtle, often nonintentional, form of bias that characterizes many [people] who possess strong egalitarian values and who believed that they are non prejudiced»⁴⁹. Si on en comprend le bien-fondé, il faut toutefois admettre que la possibilité de condamner une personne malgré l'absence d'intention harcelante en son chef plaide une fois encore pour que le seul sentiment du plaignant d'être harcelé ne suffise pas pour conclure au harcèlement. Non corroboré par une appréciation rationnelle de la situation, ce sentiment isolé conduirait à des condamnations «par surprise», voire arbitraires, d'individus prétendument harcelant mais aucunement animés d'une volonté de harceler. La formule prévalant dans la définition du «harcèlement sexuel» selon laquelle s'en rend coupable celui «qui *sait* ou *devrait savoir* qu'il affecte la dignité» le démontre parfaitement: il y aurait un *sens commun* de ce qui est constitutif de harcèlement. A défaut d'être d'emblée partagé, ce *sens commun* est accessible tant au plaignant qu'à l'agresseur qu'il se désigne: même dépourvu d'intention de

⁴⁷ Il y est recouru tant dans le secteur privé (où la crainte du chômage favorise une attitude de silence de la part des collègues) que dans le secteur public (utilisé pour se séparer de quelqu'un en principe nommé à vie). Voy. à ce sujet E. MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 277-288. L'auteur distingue traditionnellement le harcèlement stratégique du harcèlement institutionnel (management par le stress). Ces notions figuraient également dans une décision française récente. Voy. Trib. Aff. Séc. Soc. Epinal, 18 février 2002, C.R. c/ Institution Notre-Dame et CPAM des Vosges (n. 218/2001), *Chroniques de droit social*, 2003, 07, pp. 360-363: le Tribunal déclare «qu'il y a lieu de préciser qu'au vu des différentes attestations, pétitions et déclarations, il ne s'agissait pas d'un harcèlement destiné à contourner les procédures classiques de licenciement mais d'un harcèlement institutionnel qui participait d'une stratégie de gestion du personnel» (p. 362).

⁴⁸ L'existence de harcèlement pouvant, par exemple, être un révélateur pertinent de tel ou tel type d'organisation du travail dont, au-delà des conduites pathologiques individualisées, il est nécessaire d'interroger les structures.

⁴⁹ J.F. DOVIDIO et S.L. GAERTNER, *On the Nature of Contemporary Prejudice. The causes, Consequences, and Challenges of Aversive Racism*, in *Confronting Racism, the Problem and the Response*, Sage Publications, 1998, p. 5 ss.

harcèler, ce dernier sera par conséquent, à juste titre, responsable de l'effet *objectivement* dégradant (au sens décrit précédemment) de ses actions sur un tiers ⁵⁰.

d. Le comportement reproché est lié ou non à un motif de discrimination

Peu importe que le harcèlement s'adosse ou non sur une «caractéristique discriminatoire» de la victime pour que la loi du 4 août 1996 puisse s'appliquer: c'est la recherche du bien-être individuel du travailleur qui constitue la raison majeure de son intervention. L'auteur de harcèlement peut en effet frapper «aveuglément», sans s'appuyer sur une caractéristique constitutive d'un critère suspect de sa victime, mais mû uniquement par des considérations liées à l'envie ou au dégoût que cette dernière lui inspire.

En revanche, lorsque des actes ont pour objet exprès ou pour effet d'humilier certains individus *en raison de* leur sexe, de leur origine ethnique ou de leur prétendue race, de leur orientation sexuelle, de leur religion ou leurs convictions, de leur handicap ou de leur âge, le processus de harcèlement à l'œuvre sera jugé discriminatoire ⁵¹. La loi «bien-être» fait dès lors, dans son exposé des motifs, explicitement référence aux directives européennes 76/207/CEE, 2000/43/CE et 2000/78/CE dont elle assure la transposition pour ce qui la concerne ⁵².

Une controverse autour de l'assimilation du harcèlement sexuel à de la discrimination sur la base du sexe illustre toutefois une difficulté: celle de l'importance que doit représenter, dans la détermination de l'auteur du

⁵⁰ PH. COPPENS déclare ainsi que «l'autocompréhension de l'action ne peut prévaloir sur l'intercompréhension qui lui serait contraire». Voy. PH. COPPENS, *Normes et fonction de juger*, Paris, L.G.D.J. et Bruylant, 1998, p. 50.

⁵¹ Il peut, à l'évidence, également y avoir «harcèlement discriminatoire» entre personnes de même sexe, de même race,...à savoir, plus généralement, au sein de l'«endogroupe». La Cour suprême américaine rappelait ainsi, à juste titre, que «[b]ecause of the many facets of human motivation, it would be unwise to presume as a matter of law that human beings of one definable group will not discriminate against other members of that group». Voy.: *Castenada V. Partida*, 430 U.S. 482 (1977).

⁵² Il s'agit, plus précisément de:

1° la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail;

2° la directive 2000/43/CE 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;

3° la directive 76/207/CEE du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, modifiée par la directive 2002/73 du 23 septembre 2002.

Cette référence aux directives européennes 76/207/CEE, 2000/43/CE et 2000/78/CE entraîne des conséquences non négligeables quant aux moyens mis en œuvre pour lutter contre le harcèlement moral au travail: le renversement de la charge de la preuve au profit de la victime (cfr. l'article 32 *nonies* de la loi du 4 août 1996 introduit par la loi du 11 juin 2002), la reconnaissance d'un droit d'action aux établissements d'utilité publique et aux associations sans but lucratif (cfr. l'article 32 *duodecies*), ou encore la protection contre les mesures de rétorsion (cfr. l'article 32 *tredecies*) sont directement inspirés des directives européennes d'égalité de traitement.

harcèlement, l'appartenance abstraite de sa victime à un groupe. Certains soutiennent que dès lors que l'auteur est généralement un homme, la victime une femme et que l'activité litigieuse est sexuelle, le harcèlement sexuel est logiquement une «pratique d'inégalité» fondée sur le sexe de la victime⁵³. D'autres ont épinglé le simplisme du raisonnement présentant le harcèlement sexuel comme une discrimination. Cette dernière reposant sur une conception abstraite du sexe – comme appartenance à une catégorie, à un groupe – alors que le harcèlement serait une conduite individualisée: «ce n'est pas seulement en raison de son sexe que la victime est harcelée, ce peut être en raison de son aspect physique, de son *sex-appeal*, voire des qualités morales et/ou intellectuelles»⁵⁴. Ce serait, dans ce cas, la conduite ou la personnalité de la victime plutôt que la caractéristique prohibée qui aurait animé le processus chez l'auteur du harcèlement⁵⁵. La Cour d'appel de Manitoba avait estimé que le harcèlement était discriminatoire uniquement lorsque l'agresseur avait pour objectif de décourager la femme visée d'atteindre ou de maintenir telle position professionnelle, *ou lorsqu'il était l'expression d'un mépris général à l'égard des femmes*. Elle ajoutait que nous n'étions plus en présence de discrimination lorsque le harcèlement était manifestement stimulé par telle ou telle caractéristique singulière de la victime⁵⁶. Réformant cette décision, la Cour suprême canadienne a jugé, dans un arrêt significatif, que si le concept de discrimination est enraciné dans la notion de traitement d'un individu comme la partie d'un groupe, plutôt que sur la base de ses caractéristiques personnelles individuelles, la discrimination ne requiert pas pour autant le traitement uniforme de tous les membres d'un groupe particulier: «it is sufficient that ascribing to an individual a group characteristic is one factor in the treatment of that individual»⁵⁷. C'est ce dernier enseignement qui nous semble devoir prévaloir: le caractère discriminant d'un comportement n'exclut pas qu'il se fonde également sur des traits particuliers de la victime.

⁵³ Voy. C. MACKINNON et R.B. SIEGEL, *Directions in sexual Harassment Law*, in *Public Law & Research Theory – Research Paper Series n. 67*, 2004.

⁵⁴ Voy. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Le harcèlement sexuel en droit français: discrimination ou atteinte à la liberté ?*, in *La Semaine Juridique, J.C.P.*, n. 13, p. 138.

⁵⁵ Voy. J. DINE et B. WATT, *Sexual Harassment: Moving Away from Discrimination*, 58 [1995] *Modern Law Review*, pp. 343, 347-352. Ces auteurs défendent qu'«an acceptance of the theory that the power differential between men and women turns harassment into discrimination is too narrow a view of the problem of harassment».

⁵⁶ Voy. *Dianna Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, (1986) 43 Man R(2d) 293, 33 DLR (4th) 32 CA

⁵⁷ Voy. *Dianna Janzen et Tracy Govereau c. Platy Enterprises Ltd., et Platy Enterprises Ltd, faisant affaire sous la dénomination sociale de Pharos Restaurant, et Tommy Grammas et Le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ)*, [1989] 1 R.C.S. 1284 (S.C.). Voy. dans le même sens, au sujet de la jurisprudence anglaise, A. MC COLGAN, *op. cit.*, pp. 52-64: un employeur qui traiterait de manière humiliante/harcelante un employé Noir, ne pourra se défendre de «discrimination raciale» en invoquant le fait que les autres employés Noirs ne sont pas soumis aux mêmes conditions d'emploi que le plaignant.

Encore faut-il préciser que pour qu'il y ait «harcèlement discriminatoire», la caractéristique «suspecte» qui distingue la personne harcelée doit avoir été la cause ou l'objectif principaux du harcèlement qui lui est infligé, et non pas seulement un élément incident⁵⁸. Prétendre le contraire reviendrait à qualifier tous les cas de harcèlement de discriminatoires (vu le nombre de motifs prohibés de distinction, toute personne harcelée pourrait en effet toujours prétendre appartenir au moins à une catégorie protégée), ce qui n'était en aucun cas l'objectif poursuivi par le législateur.

II. Le harcèlement comme forme de discrimination: aux origines de leur parenté

L'assimilation expresse – et à certaines conditions – du harcèlement à de la discrimination, le premier pouvant être un mode d'expression parmi d'autres de la seconde, n'est pas anodine. Sur le plan sémantique, c'est dans une relation «à double sens» que s'unissent ces deux notions: elles enrichissent mutuellement leur portée respective. Considérer le harcèlement comme une forme de discrimination rappelle d'abord que les jugements sur ce qui constitue des pratiques discriminatoires sont des constructions sociales évolutives: la création d'un environnement hostile, conséquence classique du harcèlement, est actuellement reconnue parmi les manifestations potentielles de la discrimination. Mais l'identification des deux phénomènes témoigne aussi d'une compréhension téléologique du recours au harcèlement: expression sans maîtrise d'un désir sexuel ou volonté gratuite d'offenser, le harcèlement (sexuel) peut davantage encore être utilisé comme acte de subordination pour asseoir ou maintenir la distance ou la différence entre celui qui harcèle et sa victime privée *de facto* du droit à l'égalité de traitement, pour acquérir ou préserver des droits au détriment de cette dernière⁵⁹. Le harcèlement constituera donc une discrimination lorsque l'expression des «pulsions harcelantes» manifeste aussi, comme conséquence, un pouvoir par

⁵⁸ Dans le même sens, voy. D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *De anti-discriminatiewet*, in *Nieuw Juridisch Weekblad*, n. 23, 5 mars 2003, p. 269.

⁵⁹ On n'ignore pas aujourd'hui que les personnes perçues comme vulnérables sont les plus exposées au harcèlement (sexuel), telles les femmes souffrant d'un handicap, les femmes issues de minorités raciales, les femmes ou les hommes jeunes ou homosexuels. Voy. à ce sujet le Code de pratique visant à combattre le harcèlement sexuel «Protection de la dignité de la femme et de l'homme au travail», n. C 27/6 et s., *J.O.C.E.*, 4 février 1992. Selon l'étude conduite en Belgique en 2002 par A. GARCIA, les femmes sont plus souvent victimes de harcèlement sexuel (10,8 % contre 5,7 % chez les hommes), suivies ensuite par les travailleurs les plus jeunes et les personnes seules. Voy. A. GARCIA, *Une recherche nationale sur les violences au travail*, in Actes du colloque *Violence, harcèlement moral et sexuel au travail: la loi, les risques et la prévention*, Ministère de l'Emploi et du Travail, Bruxelles, 17 septembre 2002. D. CUYPERS affirme à son tour que le harcèlement sur base de l'orientation sexuelle est fréquent. Voy. D. CUYPERS, *There will never be equality in the servants' Hall. Gelijkheid in het arbeidsrecht*, in *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Anvers, Maklu, 2003, p. 458.

lequel des droits par rapport à la personne harcelée sont garantis à son «agresseur».

Il importe de revenir aux sources. L'apparement historique entre les notions de harcèlement et de discrimination trouve ses racines dans la jurisprudence anglo-saxonne qui, dès les années 80, a condamné sur base de la législation anti-discrimination des auteurs de *harcèlement sexuel* perpétrés dans le cadre de *la relation de travail*. Elle faisait certes valoir que pareil harcèlement est un acte de différenciation illicite puisqu'il se fonde précisément sur le «sex» de la victime⁶⁰. Mais l'attention portée aux conséquences sociales, pour le plaignant, du harcèlement subi fut décisive pour interpréter ce phénomène comme une forme de discrimination. A l'instar de cette dernière et selon le credo des *radical feminist*, le harcèlement serait en effet susceptible de soutenir largement la stratification sociale par la domination masculine qu'il renforce à travers une sexualité imposée: fin en soi, chaque expression du désir sexuel dans l'entreprise serait aussi le moyen de l'exercice du pouvoir⁶¹. En contraste avec cette lecture, V. Schultz observera que c'est en réalité de par l'inscription profonde des normes masculines de compétence dans l'emploi que le harcèlement fournit aux travailleurs «a mechanism for achieving exclusion [of women] and protection of privileges»⁶²: en méprisant par le harcèlement la qualité des femmes, les

⁶⁰ Pour le Royaume-Uni, voy. *Strathclyde Regional Council v. Porcelli* [1986] ICR 564, [1986] IRLR 134 (Court of Session), soit la première décision britannique consacrant le harcèlement sexuel comme une forme de discrimination: «Sexual harassment is a form of direct sex discrimination», [...] «it was a particular kind of weapon, based upon the sex of the victim, which...would not have been used against an equally disliked man». Voy. également *Driskel v. Peninsula Business Services Ltd* [2000] IRLR 151 EAT (pour plus d'informations à ce sujet, consultez A. MCCOLGAN, *op. cit.*, p. 57 ss.). Concernant l'assimilation entre harcèlement sexuel et discrimination, voyez également la décision initiale de la Cour suprême américaine en la matière: *Meritor Saving Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57 [1986] (la juridiction d'appel de Columbia avait, dix ans plus tôt, reconnu que le harcèlement sexuel pouvait être poursuivi sous le titre VII du Civil Rights Act relatif à la discrimination, voy. *Barnes v. Costle*, 561 F.2d 983, 988-95 (D.C. Cir.1977)), ainsi que celle de la Cour suprême canadienne: *Dianna Janzen et Tracy Govereau c. Platy Enterprises Ltd., et Platy Enterprises Ltd, faisant affaire sous la dénomination sociale de Pharos Restaurant, et Tommy Grammas et Le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes* (FAEJ), [1989] 1 R.C.S. 1284 (S.C.).

⁶¹ C'est Catherine MacKinnon, *leader* du mouvement des «radical feminists», qui a pour la première fois mis en lumière ce constat aux Etats-Unis. C. MacKinnon parle du harcèlement comme de «practices which express and reinforce the social inequality of women»; [...] «The relationship of sexuality to gender is the critical link in the argument that sexual harassment is sex discrimination». Elle ajoute que les «sexual assaults as experienced during sexual harassment seems less than an ordinary act of sexual desire directed toward the wrong person than an expression of dominance laced with impersonal contempt, the habit of getting wants, and the perception (usually accurate) that the situation can be safely exploited in this way – all expressed sexually. It is *dominance eroticised*». Voy. «Introduction: a short history of Sexual Harassment», by R.B. SIEGEL, pp. 10 et 11, in C. MACKINNON et R.B. SIEGEL, *op. cit.*

⁶² Voy. V. SCHULTZ, *Reconceptualizing sexual harassment*, 107 *Yale Law Journal* 1683, 1714 (1998), p. 1760. Dans cette étude au sujet du harcèlement sexuel aux Etats-Unis, Vicki Schultz précisait que «[c]ontrary to the assumption of the cultural-radical feminist tradition that inspired the development of harassment law, men's desire to exploit or dominate women sexually may not be the exclusive, or even the primary, motivation for harassing women at work. Instead, a drive to maintain the most highly rewarded forms of work as domains of masculine competence underlies

stéréotypes négatifs à l'égard de leurs aptitudes et le statut privilégié des hommes sont tous deux maintenus. La propension des femmes à être l'objet de harcèlement sexuel serait la résultante logique de leur position de subordination dans la société: une catégorie vulnérable que le «harcèlement discriminatoire» permet de maintenir définitivement hors jeu, à l'écart de toute concurrence sérieuse, par la neutralisation des compétences des femmes et la dévalorisation de leurs particularités.

A travers la reconstruction des étapes par lesquelles les juridictions anglo-saxonnes furent conduites à assimiler le harcèlement sexuel à la «discrimination traditionnelle», il est également permis d'observer comment furent progressivement et sélectivement identifiées les pratiques jugées discriminatoires.

Il est d'abord apparu aux tribunaux canadiens et américains une parenté évidente entre harcèlement et discrimination sexuels lorsque de l'acceptation ou non d'activités sexuelles dépendent des avantages tangibles liés à l'emploi. Les avances sexuelles sont alors explicitement ou implicitement utilisées comme base d'une décision affectant les droits d'un travailleur en matière de formation, de maintien d'emploi, de promotion, de salaire ou de toute autre décision relative au parcours professionnel ⁶³: le traitement inégal entre (candidats) travailleurs sur la base de leur seule appartenance sexuelle n'était ici pas à démontrer davantage ⁶⁴.

L'assimilation entre les deux concepts fut ensuite élargie, et c'est une étape significative, aux cas où les comportements harcelant créent, insidieusement, un environnement hostile pour le travailleur qui en est la cible ⁶⁵. De par l'hostilité

many, if not most, forms of sex-based harassment on the job». Voy. V. SCHULTZ, *Reconceptualizing*, cit., p. 1755. Dans le même sens, voy. notamment K. ABRAMS, *The New Jurisprudence of Sexual Harassment*, 83 *Cornell Law Review*, 1998, p. 1169 ss. Cette précision n'est pas sans conséquence: si selon les *radical feminist*, la «déssexualisation» du travail, indispensable pour préserver l'égalité et la dignité des femmes, pourrait devoir conduire à la ségrégation (comme «mal nécessaire»), V. Schultz estimera que loin de les diminuer, la ségrégation sexuelle ne produira que la persistance des inégalités résultant du harcèlement. Selon elle, il faut au contraire accroître les initiatives pour intégrer pleinement la diversité des genres et donc des compétences au sein de la force de travail: et ainsi seront dissuadés les harceleurs.

⁶³ Le harcèlement peut déjà se produire durant l'entretien d'embauche ou pendant la conclusion du contrat de travail (sous forme de vexations ou d'intimidations «invalidantes» pour le candidat).

⁶⁴ Un juge canadien affirmait ainsi «[qu'] il est manifeste qu'une personne qui subit un désavantage à cause de son sexe, fait alors l'objet de discrimination dans son emploi lorsque la conduite de l'employeur la prive de rétributions financières à cause de son sexe ou lui soutire des faveurs sexuelles d'une forme ou d'une autre en retour de l'amélioration ou du maintien de ses avantages actuels. Le tort qu'il s'agit de redresser, c'est le recours au pouvoir économique ou à l'autorité afin de refuser à une femme l'accès garanti ou égal au marché du travail et à tous ses avantages, libre de pressions extérieures fondées sur le seul fait qu'elle est une femme [...]». Voy. *Bell v. Ladas* (1980), 1 C.H.R.R., D/155 (Ont. Bd. Inq) [Eng. 6 pp.].

⁶⁵ Le premier cas aux Etats-Unis à avoir qualifié de discrimination la création d'un environnement de travail hostile était fondé sur la race et l'origine nationale. Voy. *Rogers v. Equal Employment Opportunity Commission*, 454 F.2d 234 (5th Cir. 1971), *cert. denied*, 406 US 957 (1972): un employé hispanique avait invoqué le traitement discriminatoire de son employeur (bureau dentaire) à son

latente entretenue à son égard et la perturbation de l'environnement professionnel, le travailleur harcelé ne bénéficie plus de conditions de travail égales à celles des collègues préservés⁶⁶. Dès alors, la discrimination ne signifiera plus seulement la *privation expresse* et *arbitraire* d'un droit ou d'un avantage; elle englobe dorénavant la *perte prévisible* de ces derniers «provoquée» par la création d'un environnement hostile. Le dénigrement de l'environnement d'une personne par d'autres peut lui ôter son autorité, miner ses compétences sur le lieu de travail, et conduire «inéluctablement» au refus de promotion voire à l'exclusion de la profession⁶⁷. Les juridictions anglo-saxonnes sont désormais résolues à qualifier de discriminatoires les mécanismes subtils à l'issue desquels, de par leur désengagement professionnel, les individus visés «se disqualifient» eux-mêmes. Elles déjoueront ainsi les «justifications» *a posteriori* du traitement défavorable infligé à la victime par les auteurs du harcèlement: ce procédé par lequel les harceleurs se targuent de la «prophétie auto-réalisatrice» (la personne devient ce à quoi elle fut réduite⁶⁸) opérée sur la personne harcelée pour légitimer son sort⁶⁹.

égard en ce qu'il créait un environnement de travail offensant par l'hostilité et le service discriminatoire qu'il offrait à la clientèle hispanique (politique du bureau de ségréguer les patients selon leur origine nationale). Le 5^{ème} circuit avalisa cette défense en affirmant que le Titre VII «should be read broadly to protect not only employees' financial fringe benefits, but also their psychological fringe benefits, from abusive employer practices, including the "practice of creating a working environment heavily charged with ethnic or racial discrimination". "[...] One can readily envision working environments so heavily polluted with discrimination as to destroy completely the emotional and psychological stability of minority group workers [...]".

⁶⁶ Voyez, pour les Etats-Unis, les *Guidelines de l'EEOC (Equal Employment Opportunity Commission) on Discrimination because of sex*, 29 C.F.R.1604.11 (a) (1985). Selon l'EEOC, les avances non sollicitées, les demandes de faveurs sexuelles et les autres conduites verbales ou physiques de nature sexuelle constituent des actes de harcèlement sexuel assimilé à de la discrimination sexuelle lorsque (1) le fait de s'y soumettre devient une condition de travail expresse ou explicite de l'individu, (2) le fait pour un individu de s'y soumettre ou de s'y opposer est utilisé comme fondement de décisions en matière d'emploi à son sujet, ou (3) ces conduites visent à porter atteinte de façon déraisonnable au rendement du travail d'un individu, ont cet effet ou créent un milieu de travail menaçant, hostile ou offensant.» Vicki Schultz rapporte que «[t]he concept of hostile work environment was developed out of an awareness that some actions by supervisors or coworkers can create an atmosphere that undermines "the right to participate in the workplace on an equal footing" even though these actions may not affect any tangible job benefit.» Voy. V. SCHULTZ, *Reconceptualizing*, cit., p. 1709.

⁶⁷ Voy. notamment l'arrêt de la Cour suprême américaine *Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 114 S. Ct. 367 (1993) qui juge que l'étendue de l'interdiction de discriminer "is not limited to "economic" or tangible "discrimination"[...] et qu'un "discriminatorily abusive work environment, even one that does not seriously affect employees' psychological well-being, can and often will detract from employee's job performance, [discourage employees from remaining on the job, or keep them from advancing in their careers] to such a degree as to be actionable under Title VII". Voy. également *infra: Rogers v. EEOC*, 454 F.2d 234 (CA5 1971), *cert. denied*, 406 U.S. 957 (1972).

⁶⁸ Voy. dans la décision d'une Cour of Appeals américaine «*Jenson v. Eveleth Taconite Co.*, 130 F.3d at 1304»: «Workplace harassment was designed to destroy the human psyche as well as the human spirit [of the plaintiff]».

⁶⁹ Voy. également à ce sujet, O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2001, pp. 78-79.

Le 27 novembre 1991, la Commission européenne relevait à son tour, à travers sa Recommandation sur la *protection de la dignité des femmes et des hommes au travail*, que dans certaines circonstances, le harcèlement sexuel peut être *contraire au principe de l'égalité de traitement*⁷⁰; elle introduisait ainsi, pour la première fois à l'échelle de l'Union européenne, le rapprochement entre ces deux concepts. La Recommandation prévoit que tout comportement à connotation sexuelle «intempestif, abusif ou blessant» est inacceptable si la soumission ou non de la personne qui en fait l'objet est utilisée pour *affecter ses droits* dans l'emploi *et/ou* qu'un tel comportement *crée un climat d'intimidation, d'hostilité ou d'humiliation* à son égard (exposition de photos pornographiques, agressions sexuelles ...). On retrouve une présentation similaire, en «deux temps», du phénomène. Le Code de pratique visant à combattre le harcèlement sexuel, joint à la Recommandation, mentionne ensuite le fait que *«le harcèlement sexuel est un problème de discrimination sur la base du sexe [...en ce] que le sexe de la personne qui en fait l'objet est un facteur déterminant du harcèlement»*. Il ajoute que l'anxiété et le manque de confiance en soi qui en résultent, très dommageables pour la victime, atteignent inévitablement ses performances⁷¹. Et que le harcèlement sexuel étant souvent fonction du statut de la victime dans la hiérarchie de l'emploi, «les meilleures *politiques permettant de résoudre le problème du harcèlement sexuel* sont celles qui sont *liées à une politique plus générale de promotion de l'égalité des chances [...]*». Sans exclure que le harcèlement sexuel puisse constituer une atteinte à la dignité humaine indépendamment de toute discrimination, la Recommandation de 1991 amorçait au sein de l'Union européenne la reconnaissance véritable de l'existence du «harcèlement discriminatoire».

La directive 2002/73/CE fera de la création d'un «environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant» qui porte atteinte à la dignité du travailleur, la notion déterminante permettant l'assimilation du harcèlement sexuel – ou lié au sexe – à la discrimination; elle s'aligne en cela sur les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE. L'apport remarquable de ces dernières est toutefois d'avoir étendu l'assimilation du harcèlement au travail à de la discrimination lorsqu'il est fondé sur d'autres critères prohibés de distinction que le sexe. La conscience de pareil harcèlement en Europe occidentale prenant sa source dans la psychologie des organisations, attentive aux conflits de «personnalités» singulières, l'analyse du phénomène sous l'angle des inégalités inter-groupes ne s'imposait pourtant pas naturellement⁷².

⁷⁰ Recommandation de la Commission du 27 novembre 1991 sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail, n. C 27/4 et s., *J.O.C.E.*, 4 février 1992.

⁷¹ Code de pratique visant à combattre le harcèlement sexuel «Protection de la dignité de la femme et de l'homme au travail», n. C 27/6 et s., *J.O.C.E.*, 4 février 1992.

⁷² Voy. à ce sujet G.S. FRIEDMAN, *The Real Harm, Sexual harassment law should fight discrimination, not regulate desire*, in *Legal Affairs*, september-october 2003: «Mobbing is a fairly recent phenomenon in

III. Identification des responsabilités, prévention et sanctions

Dans le code de pratique joint à la Recommandation de la Commission du 27 novembre 1991 sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail ⁷³, il était déjà précisé que le harcèlement impliquant fréquemment un abus de pouvoir, «les employeurs peuvent être responsables de tout mauvais usage qui peut être fait de l'autorité qu'ils délèguent [...], que tous les travailleurs ont la responsabilité du maintien d'un climat de travail respectant la dignité des travailleurs et [que] les directions (y compris le personnel d'encadrement) ont le devoir, en particulier de veiller à ce que le harcèlement sexuel ne sévisse pas dans les secteurs de travail dont ils assument la responsabilité» ⁷⁴.

Le comportement harcelant comportant un danger pour la santé et la sécurité des travailleurs – qu'il soit infligé par l'employeur (harcèlement «vertical»), les collègues (harcèlement «horizontal») ou d'autres personnes (tels les patients ou les clients) –, l'employeur doit adopter des mesures pour prévenir ce risque. Il est possible d'assigner l'employeur pour des faits commis par un autre travailleur, en lui imputant, le cas échéant, l'absence d'une politique de prévention. Cela ne signifie en revanche pas que le travailleur puisse revendiquer l'application de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, et donc l'immunité, puisque le harcèlement résulte soit du dol (ou à tout le moins la faute

Europe. It originated not in law but in organizational psychology, which is concerned with the emotional distress caused by abusive environments. [...] Mobbing appears to have won out over antidiscrimination law on the continent. And that is not really surprising. Instead of dealing with abstractions like gender hierarchy or structural job market inequities, mobbing focuses on personality clashes. It appeals to our innate sense that there are certain things civilized people do not tolerate».

⁷³ Voy. C 27/4 et s., *J.O.C.E.*, 4 février 1992.

⁷⁴ De la même façon, il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour suprême américaine qu'au delà du harcèlement dont il est lui-même l'auteur, l'employeur peut être tenu civilement responsable de faits de harcèlement qui auraient été portés à sa connaissance mais qu'il n'aurait point sanctionnés. Voy. *Burlington Industries, Inc. v. Ellerth*, 524 U.S. 742 (1998): "Although a supervisor's sexual harassment is outside the scope of employment because the conduct was for personal motives, an employer can be liable, nonetheless, where its own negligence is a cause of harassment. An employer is negligent with respect to sexual harassment if it knew or should have known about the conduct and failed to stop it"(At. 759); voy. également *Faragher v. City of Boca Raton*, 524 U.S. 775 (1998). Au Canada comme au Royaume-Uni, les principes sont similaires: *Dianna Janzen et Tracy Govereau c. Platy Enterprises Ltd., et Platy Enterprises Ltd, faisant affaire sous la dénomination sociale de Pharos Restaurant, et Tommy Grammas et Le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes* (FAEJ); [1989] 1 R.C.S (Cour suprême américaine); *Jones v. Tower Boot Co Ltd* [1997] 2 All ER 406 (Cour d'appel britannique). Au sujet de ces arrêts, voyez notamment: M. CROSSELY, *Reasonable Accommodation as Part and Parcel of the Anti-discrimination Project, paper from Florida State University College of Law*, 2003. Pour la France, voy. C. BOUTY, *Harcèlement moral et droit commun de la responsabilité*, in *Droit Social*, juill.-août 2002, pp. 695-703.

lourde), soit de la répétition de fautes légères habituelles (le travailleur n'étant exonéré de sa responsabilité qu'en cas de faute occasionnelle)⁷⁵.

La loi «bien-être» se distingue par les obligations préventives précises qu'elle fait peser sur l'employeur. Ainsi, il lui appartient – avec la collaboration des différents acteurs de l'entreprise – de créer un plan de prévention après avis du Comité pour la prévention et la protection au travail (CPPT, organe de concertation interne à l'entreprise). L'employeur doit planifier l'organisation, les relations et conditions de vie au travail dans un but de gestion des risques. Il s'agit d'un système dynamique qui s'adapte différemment selon les entreprises (taille, activités, ...) et l'évolution des conditions: en conséquence, le plan doit faire l'objet d'une révision annuelle, puis quinquennale, pour prendre sans cesse en compte le nouveau contexte de l'entreprise. Ce plan prévoit trois types de prévention: *primaire* (mesures visant principalement l'élimination des risques par l'adoption de mesures matérielles et organisationnelles telles, par exemple, des mesures visant à concevoir des horaires équilibrés, à laisser le temps nécessaire au travailleur pour qu'il réalise son travail, à adapter les tâches aux capacités du travailleur, ...), *secondaire* (mesures tentant de limiter, voire d'éviter le dommage) et *tertiaire* (mesures envisagées lorsque l'employeur n'a pas pu éviter les risques ni les éventuels dommages, et permettant dès lors une remise au travail et un accompagnement des travailleurs pour obtenir réparation). L'établissement de ce plan de prévention est obligatoire selon la loi bien-être; des sanctions pénales sont prévues en cas de défaillance, en application du Code pénal social⁷⁶. Toutefois, les cas d'employeurs poursuivis pour cette raison sont inexistant tant les inspecteurs sociaux manquent.

Au-delà du devoir de s'abstenir eux-mêmes de harceler, l'article 6 alinéa 2, 7° de la loi «bien être» prévoit l'obligation pour les travailleurs de participer positivement à la politique de prévention mise en place par l'employeur. Dans cette perspective, la question se posera aux juridictions de savoir si serait passible

⁷⁵ Voy. de la même façon, Tribunal de 1^{ère} Instance des Communautés européennes (3^{ème} chambre), 18 octobre 2001, X. c/ Banque centrale européenne (T-333/99), *Chroniques de droit social*, p. 235 ss. Alors que le requérant invoquait le caractère disproportionné de la procédure disciplinaire, en ce que, selon lui, le conflit l'opposant à la «prétendue» victime du harcèlement «aurait dû être résolu d'une façon plus efficace et préventive par l'administration de la Banque Centrale européenne, qui aurait dû donner des *instructions de travail claires, assorties, le cas échéant, d'un avertissement*», le Tribunal de 1^{ère} Instance des Communautés européennes juge pour sa part qu'une carence éventuelle des supérieurs du requérant – *quod non* dans le cas d'espèce (puisque dès qu'il a pris connaissance de la plainte, le supérieur hiérarchique a réuni la victime et l'auteur présumé des faits pour un entretien, et a établi des règles de conduite) – «ne saurait justifier les fautes de ce dernier, qui reste responsable de ses actes».

⁷⁶ Voy. art. 119 et s. du Code pénal social. Le nouveau Code pénal social est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2011 (loi du 6 juin 2010 introduisant le Code pénal social, *Moniteur Belge*, 1^{er} juillet 2010). Il résulte d'un grand exercice de coordination du droit pénal social, dans le cadre duquel différents cadres réglementaires existants ont été regroupés en un seul code. Ce Code comporte notamment des modifications au niveau des pouvoirs des inspecteurs sociaux et des sanctions.

de sanction le témoin assistant passivement à des actes de harcèlement sans les dénoncer⁷⁷. Répondre par l'affirmative permettrait de clôturer parfaitement le système collectif de prévention contre le harcèlement puisque les collègues passifs s'exposeraient à une sanction, pendant que les témoins actifs se voient protégés contre toute mesure de représailles. Un mécanisme jusqu'alors inédit de protection des dénonciateurs, introduit au § 6 de l'article 32*tredecies* de la loi du 4 août 1996, interdit en effet à l'employeur de licencier ou de modifier unilatéralement les conditions de travail d'un travailleur qui a témoigné dans le cadre d'un litige pour harcèlement⁷⁸. On pourrait ainsi parier sur l'efficacité de ce dispositif pour enrayer le système de «complicité de groupe» entretenu par les individus soucieux de se protéger eux-mêmes dans un contexte concurrentiel. Des individus qui choisissent l'immobilisme aussi par crainte de perdre leur appartenance au collectif et, à leur tour, subir le traitement harcelant infligé à la victime⁷⁹.

L'employeur doit aussi désigner au sein de son entreprise un conseiller en prévention et, le cas échéant, une personne de confiance, venant en soutien au précédent. Ces deux acteurs accueillent les personnes qui s'estiment victimes de harcèlement et peuvent notamment tenter d'instaurer une médiation. Depuis 2007, le juge du travail saisi par un travailleur prétendument harcelé a le loisir de demander au travailleur de recourir prioritairement à la procédure interne à l'entreprise.

Comme déjà évoqué, la Belgique a également prévu un mécanisme salutaire de protection contre les représailles – tant pour la victime que pour le témoin – d'inspiration européenne⁸⁰. Lorsqu'un travailleur dépose une plainte formelle pour harcèlement, il ne peut pas être licencié pour une cause liée à ce dépôt de plainte. Si l'employeur opère malgré tout un licenciement, le salarié peut demander sa réintégration ou une indemnité forfaitaire équivalente à six mois de rémunération ou plus si un dommage majoré est concrètement prouvé. Si dans

⁷⁷ Voy. à l'appui de cette hypothèse: J.PH. CORDIER, *La loi du 11 juin 2002*, cit., p. 385.

⁷⁸ Favoriser les témoignages sera en outre très utile à la victime pour laquelle y recourir est un moyen non négligeable pour établir la présomption de harcèlement. Le risque de représailles auxquelles ces dernières s'exposent n'est pas une vue de l'esprit. Voy. par exemple: Cons.d'Etat (sect. d'adm., 8^{ème} ch.), 24 septembre 1997, *H.A. c/Etat belge (min. Défense nationale)*, *Chroniques de droit social*, 1998, pp. 63-64. Dans cette décision que nous ne détaillerons pas, la requérante, sous-officière de carrière, alors qu'elle s'était plainte auprès de la hiérarchie des comportements de harcèlement sexuel auxquels se livrait son supérieur immédiat, avait fait l'objet d'une mesure de *mutation dans l'intérêt du service*, motivée par sa mauvaise manière de servir et ses difficultés relationnelles avec le personnel.

⁷⁹ Dans son ouvrage «Souffrance en France», C. DEJOURS rapporte que réagir, pour un travailleur au harcèlement subi par un autre, c'est «risquer du même coup de s'exclure de la communauté des forts et des virils, et risquer aussi de partager le sort réservé aux victimes». Voy. C. DEJOURS, *Souffrance en France – La banalisation de l'injustice sociale*, Paris, Seuil, 1998, p. 165.

⁸⁰ Voy. Les directives européennes d'égalité de traitement, précitées.

les douze mois suivant le dépôt de plainte ou dans les trois mois suivant la chose jugée, l'employeur veut licencier le travailleur, il devra démontrer que c'est pour une raison totalement indépendante au dépôt de plainte pour harcèlement.

IV. Le harcèlement, son interdiction et la protection des libertés fondamentales: un chassé-croisé

De par l'assimilation du harcèlement à la discrimination, nous avons constaté que l'interdiction du «harcèlement discriminatoire» est pleinement garantie en ce qu'il 'devient' contraire au droit fondamental à l'égalité de traitement.

Les victimes bénéficiaient toutefois déjà d'une protection relative contre les pratiques harcelantes, à travers leur droit à la vie privée ⁸¹ voire plus précisément le droit à la réputation ⁸². Lorsqu'un individu membre d'un «groupe cible» est victime d'un environnement hostile suscité par des propos ou opinions discriminatoires émis à l'encontre du groupe auquel il appartient, il puisera effectivement dans la protection de la réputation du groupe d'appartenance une défense adéquate de nature à justifier une restriction à la liberté d'expression des personnes «harcelantes». Dans l'affaire *Ross c. Canada*, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, après avoir constaté avec la Cour suprême canadienne «qu'il était *raisonnable de supposer l'existence d'un lien de cause à effet entre les expressions de l'auteur et l'atmosphère scolaire envenimée*' que connaissaient les enfants juifs dans le district scolaire», a ainsi considéré que «l'influence qu'exercent les enseignants peut justifier l'imposition de restrictions afin de veiller à ce que le système scolaire n'accorde pas de légitimité à l'expression d'opinions qui sont discriminatoires». Le Comité conclut que les limitations imposées à la liberté d'expression du requérant, conformes à l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, avaient pour but «de protéger les droits ou *la réputation* des personnes de religion juive, y compris leur droit à l'éducation dans un système public d'enseignement libre de parti pris, de préjugé et d'intolérance» ⁸³.

⁸¹ La Commission européenne des droits de l'homme ayant eu à se prononcer sur la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme à propos des relations entre une femme et son ancien compagnon la harcelant déclara, le 7 mars 1994, que «the alleged harassment of the applicant by Mr. B is of a level which could arguably constitute an interference with the applicant's right to respect for a private life [...]». Par conséquent, «The responsibility of the state is engaged and [...] it is on positive obligation to secure the applicant's right by providing adequate protection against this type of deliberate prosecution». Voy. *Commiss. eur. D.H.*, 7 mars 1994, *Whiteside c./ Royaume-Uni*, req. n. 20357/92.

⁸² Voy. dans ce sens O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 77.

⁸³ Voy. points 11.5. et 11.6., Comité des droits de l'homme des Nations Unies – Communication n. 736/1997 – *Malcolm Ross c. Canada* - Constatations du 18 octobre 2000, CCPR/C/70/D/736/1997. Dans l'exposé des faits que comportent les constatations du Comité

Le Conseil d'Etat belge insistait pour sa part sur la nécessité impérieuse de préserver entre individus la liberté d'expression, y compris pour les idées «qui *heurtent, choquent ou inquiètent* l'Etat ou une *fraction quelconque de la population*»⁸⁴: «fondement essentiel d'une société démocratique» et l'une «des conditions primordiales de l'épanouissement de chacun», la liberté d'expression ne peut se voir restreinte que «par l'interdiction de l'injure, de la calomnie, de la diffamation ou de l'atteinte à la vie privée»⁸⁵. La protection de la liberté d'expression impose donc réciproquement une limite à l'interdiction du harcèlement lorsque les propos litigieux d'un individu ont pour destinataires un public plus large que la victime (faute de quoi il ne pourrait être valablement soutenu que le message constitutif de harcèlement représente l'émission d'une véritable opinion dont l'expression constitue un droit fondamental)⁸⁶. Dans la recherche de cet équilibre délicat à sauvegarder entre égalité de traitement et liberté d'expression, il apparaît toutefois qu'une «présomption favorable» devrait être offerte à la liberté d'expression «par rapport à laquelle l'interdiction du harcèlement est une exception [d'interprétation stricte] devant n'être admise que dans des circonstances limitées»⁸⁷.

Cet ordonnancement *principliel* s'avèrera-t-il, dans les faits, salvateur pour la liberté d'expression ? Pour mesurer la complexité potentielle des situations, il suffit d'imaginer un employé agnostique qui s'estimerait harcelé par une prolifération d'affiches à connotation religieuse épinglées par ses collègues sur le lieu de travail;

des droits de l'homme, il est d'ailleurs significatif de relever que le témoignage de deux élèves fait état, pour décrire le milieu scolaire, d'«actes répétés et constants de harcèlement consistant à insulter les élèves juifs, à graver des croix gammées sur leurs pupitres, à dessiner des croix gammées sur les tableaux et, d'une façon générale, à intimider les élèves juifs» (point 4.3.), soit un environnement hostile auquel il était reproché à M. Ross d'avoir contribué de façon permanente. Au sujet de la protection contre le harcèlement offerte par le «droit à la réputation», voy. également *Commiss. Eur. D.H.*, 6 septembre 1995, *Otto Remer c./ Allemagne*, req. n. 25096/94.

⁸⁴ Voy. C.E. (sect. légis.), Avis n. 30.462/2 du 21 décembre 2000 sur le Projet de loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (*Documents parlementaires de Belgique*, Sénat, n. 2-12/1), *Documents parlementaires de Belgique*, Sénat, n. 2-12/5, 21 décembre 2000, V.2. Il reprend l'enseignement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme constante en la matière. Voy. *Cour eur. D.H.*, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, série A n. 24, p. 23, § 49. Voy. plus récemment *Cour eur. D.H.*, 27 février 2001, *Jérusalem c./ Autriche*, req. n. 26958/95.

⁸⁵ Voy. C.E. (sect. légis.), *op. cit.*

⁸⁶ Voy. dans ce sens O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, pp. 79-80.

⁸⁷ O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 82: «[...] cette méthode semble conforme à ce qui constitue le statut spécifique de chacune des prérogatives en cause – d'un côté une liberté d'expression qui, pour s'épanouir, n'a qu'à être exercée par celui à qui elle est reconnue; de l'autre côté une protection, qui résulte de l'intervention du législateur, au bénéfice des victimes du harcèlement». La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de préciser à plusieurs reprises que la liberté d'opinion consacrée à l'article 10 de la Convention est soumise à des exceptions qui doivent cependant s'interpréter strictement, et que la nécessité de restrictions quelconques doit être établie de manière convaincante. Voy., entre autres, *Cour eur. D.H.*, 23 septembre 1994, *Jersild c./ Danemark*, série A n. 298, p. 23, § 31; *Janowski c. Pologne* [GC], n. 25716/94, § 30, CEDH 1999-I; *Nilsen et Johnsen c. Norvège* [GC], n. 23118/93, § 43, CEDH 1999-VIII.

ou un élève d'origine étrangère jugeant harcelant le discours xénophobe de ses camarades au sujet des mouvements migratoires. L'analyse consistera à déterminer si les propos et les images véhiculés sont de nature à générer un «environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant» portant atteinte à la dignité de l'intéressé. Force est d'admettre que face à l'indétermination relative de ces termes, l'interdiction d'harceler, sur la base de chaque motif prohibé de la loi, pourrait avoir sur la liberté d'opinion et d'expression des individus un extraordinaire «chilling effect» – soit une renonciation par le titulaire de la liberté à en faire usage – et conduire à une «dictatuur van de politieke correctheid»⁸⁸.

De la même façon, sous couvert de leur devoir non seulement de réparer, mais également de prévenir les dommages encourus par leurs employés victimes de harcèlement, E. Volokh a observé, aux Etats-Unis, la tendance des employeurs à purger l'environnement de travail de tout ce qui pourrait mener, même abusivement, à des plaintes pour harcèlement (prohibition des tableaux «impudiques», de tout humour suggestif, de chaque 'signe' de prosélytisme religieux ...) ⁸⁹. L'obligation préventive présente certes la difficulté qu'aucun propos ne peut être d'office écarté de la suspicion, le harcèlement n'étant pas seulement la manifestation d'une opinion d'une sévérité particulière puisqu'il peut également se déduire d'une répétition de paroles plus bénignes. La Cour suprême américaine avait ainsi prédit que le caractère «vague» d'une norme conduit ses destinataires «to 'steer far wider of the unlawful zone', then if the boundaries of the forbidden areas were clearly marked. Those [...] sensitive to the perils posed by [...] indefinite language, avoid the risk [...] only by restricting their conduct to that which is unquestionably safe»⁹⁰.

V. Schultz relève, dans le même esprit, que nombreux employeurs américains – plus soucieux d'éviter les coûts superflus d'une action du chef de harcèlement sexuel que de veiller au respect des libertés fondamentales de ses employés – introduisent une réglementation sévère des relations interpersonnelles entre les travailleurs leur interdisant toute intimité ⁹¹: et se confirme le constat de R. Dworkin selon lequel «while the purpose of [...] Title VII [of the Civil Rights

⁸⁸ Voy. D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *op.cit.*, p. 271.

⁸⁹ Voy. E. VOLOKH, *What Speech Does "Hostile Work Environment" Harassment Law Restrict?*, in *The Georgetown Law Journal*, vol. 85, 1997, p. 627 ss. Décivant l'état d'esprit des employeurs, E. Volokh relate ainsi qu'«[a]fter all, the typical employer doesn't profit from its employees' political discussions; it can only lose because of them». Voy. également E. VOLOKH, *Freedom of Speech and Appellate Review in Workplace Harassment Cases*, 90, *Northwestern University law review*, 1009 (1996).

⁹⁰ Voy. *Baggett v. Bullitt*, 377 U.S. 360, 372 (1964).

⁹¹ V. SCHULTZ, *The Sanitized Workplace*, in *Yale Law Journal*, vol. 112, 2003, p. 2101: Many experts advise companies «to go one step beyond the law» and «be extra prudent» to be «more conservative than the law [demands],» to «be a little strict, since you never know when something may be taken the wrong way».

Act] is to level the playing field and make sure that women have legal access to a chance for success, the effect [of sexual harassment law] has been to control significantly the visual, conversational, and associational behaviors of employées »⁹².

Certes une grande latitude dans les restrictions à la liberté d'expression et au droit à la vie privée des travailleurs semble accordée aux employeurs américains (tant du secteur public que privé)⁹³. Il reste en revanche à espérer que la consécration, par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de ces libertés dans le cadre des relations d'emploi⁹⁴ permettra de faire obstacle à ce que les politiques de prévention contre le harcèlement dans l'entreprise n'aboutissent impunément à la censure généralisée des employés et à la normalisation – le cas échéant par les juridictions saisies – de leurs comportements dans l'expression sexuelle, verbale ou gestuelle ...⁹⁵. Si l'interdiction légale du harcèlement s'est avéré indispensable pour préserver la dignité de ceux qui en étaient la cible, un excès de juridicisation des relations privées mettrait en péril les libertés dont l'exercice effectif doit être garanti par le droit.

La législation interdisant le harcèlement fait peser une seconde menace sur les droits fondamentaux des individus: celle des plaintes pour harcèlement introduites, par exemple, par un travailleur ou un employeur à l'égard d'un de leur collègue aux fins de lui nuire. Tout comme le harcèlement d'un travailleur, la poursuite abusive d'un prétendu harceleur peut être utilisée managérialement pour se séparer, à faible coût (pas d'indemnité de préavis à payer) voire même à profit (si l'intéressé devait, erronément, être reconnu coupable de harcèlement) de membres du personnel devenus indésirables⁹⁶. Au cours des travaux

⁹² Cité par V. SCHULTZ, *The Sanitized*, cit., p. 2131. Voy. également sur cette problématique J.L. COHEN, *Harcèlement sexuel: les dilemmes de la législation américaine*, in *Esprit*, mars-avril 2001, p. 149.

⁹³ Voy. *Connick v. Myers*, 461 U.S. 138 (1983).

⁹⁴ Voy.: O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 79; et notamment Cour eur. D.H., 29 février 2000, *Fuentes Bobo c. Espagne*, req. n. 39.293/98, § 38; Cour eur. D.H., 14 mars 2002, *De Diego Nafria c. Espagne*, req. n. 46833/99 (dans ce dernier cas, après avoir reconnu le droit à la liberté d'expression de l'employé, la Cour a toutefois été jugée légitime l'ingérence subie par le travailleur dans l'exercice de son droit, au regard de l'atteinte que ses propos portait à l'honorabilité et à l'image de la Banque en tant qu'institution financière et à ses employés).

⁹⁵ Il est utile de rappeler qu'en application du Code pénal social, l'employeur peut être pénalement condamné s'il n'a pas pris de «mesures appropriées» à l'encontre d'actes de harcèlement qui avaient été portés à sa connaissance, sans que le législateur ne définisse ce qu'il convient d'entendre par ces dernières. Un excès de prudence dans le chef des employeurs n'est par conséquent pas à exclure.

⁹⁶ Ce phénomène est largement décrit par V. SCHULTZ, *The Sanitized*, cit., p. 2113: «Disturbingly, the specter of pretextual motives haunts many decisions in which employees are fired for sex harassment. In some of the cases, the accused's offense seems so small, its connection to any sexist motivation or pattern so slight, and the managerial response so overblown, that it is hard to resist the conclusion that management is using sexual harassment as a justification for punishing an employee they want to punish for other reasons. Many of the case involve older men. Although it is possible that older men are simply slower to adjust to "modern" workplace norms, it is also possible that companies are seizing on their sexual misconduct to railroad aging men out

préparatoires de la future loi du 11 juin 2002, le législateur relevait que «la protection d'une victime contre tout acte de violence ou de harcèlement ne peut avoir comme conséquence qu'une personne qui est accusée à tort d'un tel acte resterait démunie de tout droit. Il ne peut en effet être exclu qu'une loi qui a pour objet de protéger les personnes puisse avoir des effets pervers surtout lorsque *la réputation de l'auteur prétendu est mise en cause* par vengeance ou mauvaise foi»⁹⁷. Il s'avérera aussi dommageable pour une personne d'être victime de harcèlement que d'une plainte abusive – l'un comme l'autre pouvant être utilisé pour priver une personne de son droit au travail, de son droit à la réputation, ou plus largement de son droit à l'égalité⁹⁸. C'est pourquoi la loi «bien être» introduit l'obligation formelle pour le travailleur «de s'abstenir de tout usage abusif de la procédure de plainte» (article 6 alinéa 2, 7°) et de motiver cette dernière (article 32*nonies* de la loi «bien être»). Encore faudra-t-il distinguer délicatement entre, d'un part, l'erreur d'appréciation subjective du plaignant doté d'une sensibilité (trop) aiguë dont la plainte sera 'simplement' jugée non fondée, et d'autre part, les détournements finalisés de la loi en vue de nuire à autrui. Dans cette dernière hypothèse seulement, la responsabilité civile ou pénale – par application des articles 443 et suivants du Code pénal relatifs à la calomnie et à la diffamation – de l'auteur de la plainte abusive pourra être mise en cause. Car il faut également prendre garde à ne pas dissuader de déposer plainte les personnes s'estimant, de bonne foi, harcelées.

of their jobs (and out of their pensions or accrued bonuses). There are a number of cases in which employees have alleged age-related and other improper motivations explicitly." V. Schultz relate également que certaines entreprises ont parfois utilisé l'accusation de harcèlement comme subterfuge pour licencier un salarié homosexuel: elle observe que les homosexuels, souvent harcelés, sont rarement reconnus ou protégés comme victimes de harcèlement, mais, en revanche, fréquemment pénalisés comme harceleurs sexuels. Voy. V. SCHULTZ, *The Sanitized*, cit., pp. 2213 et 2170.

⁹⁷ Voy. *Documents parlementaires de Belgique Chambre*, 2001-2002, n. 1583/003, p. 9.

⁹⁸ Avant même l'introduction du terme de «harcèlement moral» dans nos législations, le Tribunal du travail de Nivelles, saisi par un employé estimant abusif son licenciement pour faits de harcèlement moral, a ainsi jugé «que le *harcèlement moral* est un *comportement éminemment grave* [...]. Cependant, à l'inverse, *l'accusation formulée à l'égard d'un travailleur d'être l'auteur d'actes de harcèlement systématiques est aussi extrêmement grave, en ce qu'elle porte atteinte à son honorabilité* et à son équilibre personnel, mais qu'en outre, elle est de nature à compromettre son avenir professionnel. En l'espèce, des éléments concordants amènent le tribunal à conclure que Systemat a agi à la légère en reprochant à M. S. une attitude de harcèlement moral.» Trib. Trav. Nivelles (1^{ère} ch.), 19 décembre 2001, *Journal des tribunaux du travail*, 2002, pp. 69-70, point 3.4.2.