

Projet de loi

insérant un article 444-2 dans le Code pénal en vue d'incriminer le harcèlement obsessionnel.

Avis du Conseil d'Etat

(17 février 2009)

Par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, du 8 juillet 2008, le Conseil d'Etat a été saisi du projet de loi sous rubrique qui a été élaboré par le ministre de la Justice.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs et un commentaire de l'unique article.

*

Considérations générales

Le présent projet de loi a pour objectif d'incriminer la pratique du harcèlement, mieux connue sous le terme anglais de « stalking ». Le bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes du département fédéral suisse de l'intérieur définit, dans une note d'information datant de novembre 2007, le « stalking » dans les termes suivants: « Appartenant au jargon de la chasse, le mot anglais « stalking » signifie au sens propre « s'approcher furtivement ». Aujourd'hui, ce concept désigne le fait de persécuter et de harceler une personne à dessein et de façon réitérée, en menaçant son intégrité physique ou psychique et en lui faisant du tort, directement ou indirectement, à court ou à long terme. Le harcèlement obsessionnel englobe des faits de gravité très variable, qui peuvent aller d'une recherche insistante d'attention jusqu'au terrorisme psychologique prolongé. Il n'est pas rare que les cas de harcèlement obsessionnel aboutissent à une agression physique ou sexuelle ou à l'homicide de la victime »¹.

¹ Dans ce document, le Bureau fédéral suisse propose une liste d'actes relevant du harcèlement:

- communiquer de façon continue et non désirée, à toute heure du jour et de la nuit via des lettres, des courriels, des appels téléphoniques ou des SMS;
- déposer des messages p.ex. sur la porte du domicile, sur le lieu de travail ou sur le véhicule de la victime;
- observer, traquer en permanence la victime ou se poster à proximité gênante de la victime;
- investiguer sur la manière dont se déroule sa journée;
- interroger des tierces personnes et prendre contact indirectement avec la victime;
- voler et lire le courrier de la victime;
- commander des marchandises et des services au nom de la victime;
- envoyer des cadeaux non souhaités, p.ex. des fleurs;
- propager des propos diffamatoires, manigancer des intrigues, insulter et menacer explicitement par oral la victime ou ses proches de recourir à la violence;
- menacer ou enlever les enfants;
 - entrer de force dans le logement de la victime;
 - endommager, salir ou détruire la propriété de la victime;

La Suisse ne connaît pas d'infraction spéciale concernant le harcèlement obsessionnel. Par contre, comme il est indiqué dans l'exposé des motifs, le Strafgesetzbuch allemand incrimine à l'article 238 l'acte de « Nachstellung »². Les auteurs du projet de loi indiquent qu'ils se sont inspirés du code pénal belge qui incrimine la pratique du harcèlement depuis 1998³.

Le harcèlement « obsessionnel » que le présent projet de loi entend incriminer doit être distingué du harcèlement sexuel ou moral en milieu de travail.

Au Luxembourg, l'interdiction du harcèlement sexuel en milieu de travail fait l'objet de la loi du 26 mai 2000 concernant la protection contre le harcèlement sexuel à l'occasion des relations de travail et portant modification de différentes autres lois. Les dispositions de cette loi ont été

-
- blesser ou tuer un animal domestique de la victime;
 - agresser physiquement ou sexuellement la victime.

² Strafgesetzbuch § 238 Nachstellung

(1) Wer einem Menschen unbefugt nachstellt, indem er beharrlich

1. seine räumliche Nähe aufsucht,
2. unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln oder sonstigen Mitteln der Kommunikation oder über Dritte Kontakt zu ihm herzustellen versucht,
3. unter missbräuchlicher Verwendung von dessen personenbezogenen Daten Bestellungen von Waren oder Dienstleistungen für ihn aufgibt oder Dritte veranlasst, mit diesem Kontakt aufzunehmen,
4. ihn mit der Verletzung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit oder Freiheit seiner selbst oder einer ihm nahe stehenden Person bedroht oder
5. eine andere vergleichbare Handlung vornimmt und dadurch seine Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter das Opfer, einen Angehörigen des Opfers oder eine andere dem Opfer nahe stehende Person durch die Tat in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt.

(3) Verursacht der Täter durch die Tat den Tod des Opfers, eines Angehörigen des Opfers oder einer anderen dem Opfer nahe stehenden Person, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.

(4) In den Fällen des Absatzes 1 wird die Tat nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

³ Code pénal belge:

Titre VIII. - Des crimes et des délits contre les personnes

Chapitre IVbis.- Du harcèlement

Art. 442bis. Quiconque aura harcelé une personne alors qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il affecterait gravement par ce comportement la tranquillité de la personne visée, sera puni d'une peine d'emprisonnement de quinze jours à deux ans et d'une amende de cinquante francs à trois cents francs, ou de l'une de ces peines seulement.

Le délit prévu par le présent article ne pourra être poursuivi que sur la plainte de la personne qui se prétend harcelée.

Art. 442ter. Dans les cas prévus par l'article 442bis, le minimum des peines correctionnelles portées par cette article peut être doublé, lorsqu'un des mobiles du délit est la haine, le mépris ou l'hostilité à l'égard d'une personne en raison de sa prétendue race, de sa couleur de peau, de son ascendance, de son origine nationale ou ethnique, de sa nationalité, de son sexe, de son orientation sexuelle, de son état civil, de sa naissance, de son âge, de sa fortune, de sa conviction religieuse ou philosophique, de son état de santé actuel ou futur, d'un handicap, de sa langue, de sa conviction politique, d'une caractéristique physique ou génétique ou de son origine sociale.

reprises aux articles L. 245-1 à L. 245-8 du Code du travail⁴. Des dispositions similaires ont été intégrées au statut général des fonctionnaires de l'Etat et au statut général des fonctionnaires communaux par la loi du 26 mai 2000 précitée⁵. Il faut encore citer la loi du 30 juin 2004 concernant les relations collectives de travail, le règlement des conflits collectifs de travail ainsi que l'Office national de conciliation intégrée au Code du travail sous les articles L. 161-1 et suivants⁶.

L'interdiction du harcèlement moral a été intégrée dans le statut général des fonctionnaires de l'Etat par la loi du 19 mai 2003⁷. Dans son

⁴ Code du travail:

Art. L. 245-2. Constitue un harcèlement sexuel à l'occasion des relations de travail au sens du présent chapitre tout comportement à connotation sexuelle ou tout autre comportement fondé sur le sexe dont celui qui s'en rend coupable sait ou devrait savoir qu'il affecte la dignité d'une personne, lorsqu'une des conditions suivantes est remplie:

1. le comportement est non désiré, intempestif, abusif et blessant pour la personne qui en fait l'objet;
2. le fait qu'une personne refuse ou accepte un tel comportement de la part de l'employeur, d'un travailleur, d'un client ou d'un fournisseur est utilisé explicitement ou implicitement comme base d'une décision affectant les droits de cette personne en matière de formation professionnelle, d'emploi, de maintien de l'emploi, de promotion, de salaire ou de toute autre décision relative à l'emploi;
3. un tel comportement crée un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant à l'égard de la personne qui en fait l'objet.

Le comportement visé peut être physique, verbal ou non verbal.
L'élément intentionnel du comportement est présumé.

⁵ Statut général des fonctionnaires de l'Etat: article 10, paragraphe 2.
Statut général des fonctionnaires communaux: article 12, paragraphe 3.

⁶ Code du travail:
Art. L. 162-12.

...
(3) Toute convention collective de travail doit obligatoirement prévoir:

- ...
4. l'inscription des modalités concernant la lutte contre le harcèlement sexuel et moral, dont le mobbing, dans le champ d'application de la convention collective et des sanctions notamment disciplinaires qui peuvent être prises dans ce cadre.

⁷ Statut général des fonctionnaires de l'Etat: article 10 (version actuelle):

« ...

2. Le fonctionnaire doit s'abstenir de tout fait de harcèlement sexuel ou harcèlement moral à l'occasion des relations de travail» (Loi du 29 novembre 2006) «, de même que de tout fait de harcèlement visé «aux alinéas 6 et 7» du présent paragraphe.» (Loi du 26 mai 2000)

«Constitue un harcèlement sexuel à l'occasion des relations de travail au sens de la présente loi tout comportement à connotation sexuelle ou tout autre comportement fondé sur le sexe dont celui qui s'en rend coupable sait ou devrait savoir qu'il affecte la dignité d'une personne au travail, lorsqu'une des trois conditions suivantes est remplie:

- a) le comportement est intempestif, abusif et blessant pour la personne qui en fait l'objet;»
- b) le fait qu'une personne refuse ou accepte un tel comportement de la part d'un collègue ou d'un usager est utilisé explicitement ou implicitement comme base d'une décision affectant les intérêts de cette personne en matière professionnelle;
(Loi du 29 novembre 2006)

«c) un tel comportement crée un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant à l'égard de la personne qui en fait l'objet.»
(Loi du 26 mai 2000)

«Le comportement peut être physique, verbal ou non-verbal.

L'élément intentionnel du comportement est présumé.»

(Loi du 19 mai 2003)

«Constitue un harcèlement moral à l'occasion des relations de travail au sens du présent article toute conduite qui, par sa répétition ou sa systématisation, porte atteinte à la dignité ou à l'intégrité psychique ou physique d'une personne.»

avis du 15 novembre 2005 sur le projet de loi modifiant la loi modifiée du 17 juin 1994 concernant la sécurité et la santé des travailleurs au travail ainsi que sur la proposition de loi relative à la protection contre le harcèlement moral à l'occasion des relations de travail (*doc. parl. n^{os} 5241⁴; 4979²*), le Conseil d'Etat avait estimé «opportun d'utiliser l'acquis relatif à la lutte contre le harcèlement sexuel pour légiférer en matière de harcèlement moral».

Le harcèlement, dans tous les domaines, est encore interdit par les lois du 28 novembre 2006⁸ et du 21 décembre 2007⁹ transposant en droit luxembourgeois des directives du Conseil mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement. Dès lors qu'il est lié à un des motifs de discrimination visés par la loi, le harcèlement est considéré comme une discrimination interdite et sanctionné au titre des articles 454 et suivants du Code pénal.

(Loi du 29 novembre 2006)

«Est considéré comme harcèlement tout comportement indésirable lié à l'un des motifs visés à l'alinéa 1^{er} de l'article 1*bis*, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.»

(Loi du 13 mai 2008)

«Est considéré comme harcèlement tout comportement indésirable lié au sexe d'une personne qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne ou à l'intégrité physique et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.»

⁸ Loi du 28 novembre 2006 portant

1. transposition de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique;
2. transposition de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail;
3. modification du Code du travail et portant introduction dans le Livre II d'un nouveau titre V relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail;
4. modification des articles 454 et 455 du Code pénal;
5. modification de la loi du 12 septembre 2003 relative aux personnes handicapées

Art. 1^{er}, paragraphe 3:

(3) Sans préjudice des dispositions spécifiques relatives au harcèlement sexuel et au harcèlement moral sur les lieux de travail, le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe (1) lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs y visés se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

⁹ Loi du 21 décembre 2007 portant

1. transposition de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services;
2. modification du Code pénal;
3. modification de la loi modifiée du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance

Art. 2, paragraphe 3:

(3) Le harcèlement et le harcèlement sexuel au sens de la présente loi sont considérés comme des discriminations et sont dès lors interdits.

Le rejet de tout comportement de harcèlement et/ou de harcèlement sexuel par une personne ou sa soumission à ceux-ci ne peut être utilisé pour fonder une décision affectant cette personne.

Le Conseil d'Etat peut suivre les auteurs du projet de loi dans leur souci de ne pas laisser impunis des actes de harcèlement et marque son accord avec le principe d'un complément à apporter au Code pénal.

Il voudrait toutefois attirer l'attention des auteurs du projet de loi sur une question qui lui semble importante.

Les auteurs du projet de loi indiquent, à juste titre que la loi du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée ne suffit pas pour appréhender le phénomène du harcèlement. Il n'en reste pas moins que l'article 6 de cette loi, qui utilise d'ailleurs le terme de « harceler », vise certains actes spécifiques qui rentrent dans la nouvelle définition du harcèlement. A relever que les peines prévues sont différentes, ce qui soulèvera inéluctablement de délicats problèmes de qualification. Le Conseil d'Etat se demande si, dans un souci de sécurité juridique, il n'aurait pas été indiqué d'abroger l'article 6 de la loi du 11 août 1982.

Examen de l'article unique

Le nouvel article qu'il est proposé d'insérer au Code pénal prend modèle sur l'article 442*bis* du code pénal belge. L'infraction de harcèlement se définit par un élément matériel et un élément moral.

L'élément matériel consiste dans un comportement qui affecte gravement la tranquillité de la victime. Ce comportement n'est pas autrement défini. La réaction subjective de la victime à l'égard de l'acte devient l'élément objectif de l'incrimination. A cet égard, le Conseil d'Etat ne peut s'empêcher d'exprimer sa crainte de voir le nouveau texte devenir l'instrument auquel il est fait appel dans le cadre des troubles de voisinage.

La seule précision que le texte apporte au niveau de l'élément matériel est que l'acte soit répété, ce qui exclut l'application du nouveau texte dans l'hypothèse d'un acte unique, voire d'actes isolés. Sur ce point, le texte proposé se distingue de l'article 442*bis* du code pénal belge qui fait abstraction du caractère répété de l'acte. Le Conseil d'Etat comprend qu'on ne saurait parler de harcèlement que dans l'hypothèse où l'acte ne reste pas isolé. En effet, seule la répétition de l'acte à l'égard d'une personne permet de conclure que l'acte vise à affecter la personne qui s'estime victime. Il est toutefois évident que l'exigence d'une répétition de l'acte n'est pas sans poser des problèmes dans l'application pratique du texte. S'ajoute à cela qu'en droit pénal la répétition des mêmes actes est la caractéristique de l'infraction dite d'habitude. Or, dans le cadre du harcèlement, la répétition ne saurait signifier que des actes identiques doivent être réitérés un certain nombre de fois. Ce qui importe est que l'auteur pose de façon réitérée des actes, de nature éventuellement variée, à l'égard de la même personne avec

la conscience d'affecter négativement la victime. Il est encore intéressant de noter qu'en droit français le caractère répétitif du comportement est requis pour la définition du harcèlement moral, mais non pour celle du harcèlement sexuel¹⁰. Le Conseil d'Etat constate que les auteurs du projet de loi ne fournissent pas d'explication sur le choix qu'ils ont opéré.

L'élément moral consiste dans la connaissance par l'auteur que son comportement cause préjudice à la victime. Contrairement à une définition orthodoxe de l'élément moral, l'intention de nuire peut également être fondée sur le fait que l'auteur aurait dû savoir qu'il nuit à la victime. L'infraction de harcèlement, sans être juridiquement une infraction objective, s'en rapproche, dans la mesure où l'élément moral peut être déduit « négativement » de l'attitude qu'aurait eue « un bon père de famille » conscient des effets de ses actes.

Le Conseil d'Etat constate que les auteurs du projet de loi proposent au niveau de l'intitulé du nouveau chapitre IV-2 d'ajouter au concept de harcèlement le qualificatif d'obsessionnel. Le Conseil d'Etat comprend le souci des auteurs de souligner la distinction avec le harcèlement sexuel et moral. Il note toutefois que le caractère obsessionnel de l'acte ne revient pas au niveau des éléments constitutifs de l'infraction. Le terme obsessionnel renvoie d'ailleurs à un état d'esprit psychologique de l'auteur qui n'est pas pertinent en droit pénal, sauf en relation avec l'application éventuelle des articles 71 et 71-1 du Code pénal sur les causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité. A noter que le texte de référence belge omet ce qualificatif. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat propose d'en faire abstraction. Il y aurait également lieu d'omettre ce qualificatif dans l'intitulé de la loi en projet.

A l'instar de ce que l'article 450 du Code pénal prévoit pour les atteintes à l'honneur ou à la considération des personnes, une poursuite pour infraction au nouvel article 442-2 du Code pénal ne pourra être entamée que sur plainte de la personne qui s'estime victime d'un harcèlement. Les auteurs du projet justifient cette condition par la sauvegarde de l'intérêt de la victime et le caractère essentiellement préventif de la nouvelle incrimination. Si la victime agit par citation directe

¹⁰ *Code pénal français*

Art. 222-33. Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

Art. 222-33-2. Le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

Code du travail français

Art. L. 1152-1. Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.

Art. L. 1153-1. Les agissements de harcèlement de toute personne dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers sont interdits.

ou par plainte avec constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction, elle déclenche l'action publique. Elle peut toutefois se limiter à adresser sa « plainte » au parquet. Dans ce dernier cas de figure, elle met le ministère public en mesure d'agir; elle ne saurait toutefois l'obliger à poursuivre, dès lors que le parquet reste maître de l'opportunité des poursuites.

Le Conseil d'Etat relève que la condition de la plainte préalable n'existe pas dans le code belge. Elle est retenue à l'article 238 du Strafgesetzbuch allemand, qui réserve toutefois le droit pour le ministère public d'agir d'office dans certaines circonstances.

Le Conseil d'Etat relève encore que les auteurs du projet ne sont pas allés jusqu'au bout de leur raisonnement en omettant de reprendre la disposition de l'alinéa 3 de l'article 450 du Code pénal qui prévoit que « dans les cas où les poursuites auraient été commencées sur la plainte de la partie qui se prétendra lésée, celle-ci pourra les arrêter par son désistement ».

Sous réserve des observations qui précèdent, le Conseil d'Etat marque son accord avec le projet de loi sous rubrique.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 17 février 2009.

Le Secrétaire général,

Le Président,