



CONTROVERSE

348

Sous la responsabilité de Cyril Wolmark, Professeur à l'Université Lyon 2

La définition du harcèlement sexuel est-elle satisfaisante ?

La revendication de dignité n'est pas nécessairement une demande d'égalité. Plus large, elle est souvent plus forte. Aussi n'est-il pas surprenant d'observer que les revendications féministes ¹ ne portent pas uniquement sur l'égal accès à un bien, une prérogative, un droit, un statut. Elles visent aussi à écarter le spectre d'un méfait, d'une atteinte que seules ou principalement les femmes subissent. Le harcèlement sexuel fait partie de ces dispositifs qui visent à garantir leur dignité, au-delà de la seule question d'égalité. Vingt ans après l'introduction contestée du délit, le débat s'est déplacé sur le terrain de sa définition. D'aucuns, tel Bruno Py, Professeur à l'Université de Poitiers, redoutent une extension sans fin de la notion. D'autres, tels l'AVFT (Association européenne contre les Violences faites aux Femmes au Travail) représentée ici par Marylin Baldeck, déplorent au contraire une définition étriquée et incertaine. Les positions s'opposent frontalement.

De la prohibition de l'abus de pouvoir à la répression d'une ambiance ?

Par Bruno Py, Professeur des Universités, Faculté de droit de Poitiers EPRED-EA 1228

Le droit pénal et les relations de travail

La promiscuité et la féminisation des relations de travail entraînent forcément des conséquences dans le domaine sexuel. L'entreprise, l'atelier ou le service administratif sont des lieux de rencontre et de coexistence d'hommes et de femmes dont la dimension sexuelle n'est pas annihilée par la motivation principalement économique de leur tâche. Toutefois, si l'immense majorité des rapports humains respecte la liberté et la pudeur des différents acteurs du monde du travail, il apparaît que le droit doit encadrer voire réprimer certaines pratiques qui ne sont pas, loin de là, contemporaines et qu'on appelait autrefois chantage, ou droit de cuissage. Il faut au préalable rappeler que l'entreprise, privée ou publique, est un espace entièrement soumis aux règles pénales ordinaires ; ce qui signifie que les viols et autres agressions sexuelles qui pourraient y être commis sont susceptibles d'entraîner les mêmes conséquences judiciaires que toutes les infractions pénales. Un collègue, un subordonné, un patron ou un client peut être un violeur ordinaire sans que cela n'appelle de commentaire particulier. D'autre part, ces comportements délinquants ont toujours pu avoir des prolongements en droit disciplinaire et aboutir parfois à des licenciements pour faute grave. Toutefois, la mise en œuvre de ce pouvoir de « police interne » à l'entreprise relève de la responsabilité de l'employeur, ce qui est parfois très aléatoire.

(1) Sur le féminisme, et l'usage du terme, on se permettra de renvoyer à la pièce de théâtre intitulée « Modèles », créée en janvier 2010 au centre dramatique national de Montreuil (reprise en nov. 2011), mise en scène de Pauline Bureau. Rappelons simplement que féministe est l'adjectif qui permet de désigner ce qui est relatif à « l'amélioration et à l'extension du rôle et des droits des femmes » (Larousse). Toute connotation péjorative associée doit être exclue, sauf à vouloir disqualifier *a priori* toute tentative « d'amélioration et d'extension du rôle et des droits des femmes ».

A fortiori pouvait-on craindre qu'un employeur pervers profite personnellement de son pouvoir économique en matière sexuelle.

L'incrimination de l'abus de pouvoir : le harcèlement sexuel

Ce sont les mouvements féministes et les associations de défenses des femmes qui ont œuvré dès la fin de la décennie 1980-1990 à l'introduction dans la législation française de règles spécifiques pour réprimer le harcèlement sexuel. Cette notion nouvelle, bien qu'inspirée du concept anglo-saxon de *sexual-harassment*, diffère nettement de son modèle. Le droit anglo-saxon prohibe un ensemble de mauvaises manières qui peuvent consister aussi bien dans des propositions d'ordre sexuel qu'en des affiches pornographiques, des blagues « au dessous de la ceinture » ou des propos graveleux. Le droit français, d'essence latine, fondé sur une autre approche des rapports hommes-femmes, se limitait initialement (Nouveau Code pénal 1992) à interdire une forme particulière d'excès de pouvoir ou d'abus d'autorité. L'arsenal juridique reposait en la matière principalement sur le Code pénal et accessoirement sur le Code du travail : « Le fait de harceler autrui en usant d'ordre, de menaces ou de contraintes, dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende » (art. 222-33 nouv. c. pén.). Il est important de constater que le harcèlement au sens légal ne pouvait se produire que du supérieur à l'égard du subordonné et qu'il devait être accompli à fin « d'obtenir des faveurs de nature sexuelle » pour être punissable. Étaient donc hors du champ de la répression les propositions émanant de collègues ou de collaborateurs à l'égard de leur patron ainsi que les déclarations ou signes d'affection sans connotation directement sexuelle.

« Pour l'heure, la séduction reste permise. Cet espace de liberté subsiste grâce à la vigilance des juges qui distinguent le délit de harcèlement des pratiques humaines licites qu'elles s'appellent marivaudage, badinage, ou galanterie »

Vers une extension de la définition

La loi n° 98-468 du 17 juin 1998 a introduit la possibilité de harceler par l'exercice de « pressions graves » avant que la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 ne supprime l'exigence d'un lien hiérarchique et même toute référence aux relations de travail. Désormais, la définition de l'infraction est extrêmement large : « Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende » (nouv. art. 222-33 C. pén.). Le délit peut aujourd'hui être commis par tout un chacun à l'égard de quiconque. Le harcèlement sexuel est prohibé dans tous les rapports humains. Il ne subsiste qu'une faible marge de manœuvre, un îlot

de liberté, pour qui souhaite tenter de séduire son prochain sans encourir les foudres de la loi pénale...

Pour l'heure, la séduction reste permise. Cet espace de liberté subsiste grâce à la vigilance des juges qui distinguent le délit de harcèlement des pratiques humaines licites qu'elles s'appellent marivaudage, badinage, ou galanterie. Déjà en 1997, un PDG. avait été relaxé après des poursuites pour harcèlement sexuel engagées par une secrétaire à l'égard de laquelle il était démontré qu'il lui avait : effleuré les mains, fait du pied sous la table, dit qu'il l'aimait, porté des regards langoureux et enjôleurs, fait un cadeau, proposé de l'embrasser sur la bouche et dit qu'elle lui manquait. La cour d'appel pour confirmer la relaxe avait affirmé qu'il ne s'agissait que « de simples signes sociaux conventionnels, lancés de façon espacée les uns des autres dans le temps, de façon à permettre d'exprimer la manifestation, non fautive sur le plan pénal, d'une inclination pouvant être sincère. » (Douai, 10 sept. 1997, *JurisData* n° 1997-990026). Cette décision illustre la volonté du législateur qui était non pas d'empêcher tout « agacement ou désagrément de la vie sociale ou professionnelle, mais bien de lutter contre des pratiques scandaleuses. » Plus récemment (2009), la Cour de Dijon a tranché dans le même sens de la licéité au sujet d'un comportement de séducteur qui exprimait des déclarations enflammées à une femme à qui il avait offert des fleurs, des boucles d'oreilles, bague, bougie : « La cour relève que le supérieur hiérarchique de la salariée l'aurait courtisée à la manière presque d'un gentleman ; qu'il a cessé son empressement, dès lors que la subordonnée lui a mis des limites (...) ; qu'en conséquence, la cour, infirmant de ce chef le jugement entrepris, juge que les faits tels qu'ils sont établis ne permettent pas de présumer l'existence d'un harcèlement sexuel » (Dijon, 17 déc. 2009, *JurisData* n° 2009-380398). Il appartient au juge de tracer la frontière entre la simple tentative de séduction – qui n'est pas fautive – et le harcèlement qui est un délit. La vigilance s'impose dans la mesure où l'existence de sentiments

sincères n'exclut pas systématiquement le harcèlement sexuel. Il faut se féliciter du fait que la société française, dans le prolongement de l'amour courtois chanté par les troubadours, conçoit les rapports entre les hommes et les femmes comme une rencontre de deux libertés et non comme une guerre. Gardons-nous des excès d'outre-Atlantique.

Vers une aseptisation-asexualisation ?

Un courant féministe et masculinophobe très combattif voudrait néanmoins élargir encore le concept de harcèlement dans le dessein explicite d'interdire tout « bon déroulement de la vie quotidienne » ! Une première tentative avait échoué en 2003. « Le fait d'adopter un comportement à l'égard d'un tiers caractérisé par des agissements répétés, paroles, gestes ou actes, qui ont pour objet ou pour effet de créer un climat, humiliant, injurieux ou hostile susceptible de porter atteinte à sa liberté d'aller et venir et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale et de compromettre le bon déroulement de sa vie quotidienne, est constitutif de harcèlement et puni de 15 000 € d'amende et de 1 an d'emprisonnement » (Proposition de loi n° 1260, 27 nov. 2003 relative à la création d'un délit global de harcèlement. Présentée par M^{me} Valérie Pécresse). Un autre angle d'attaque a permis en 2010 d'introduire dans le Code pénal la notion de violence psychologique (Loi n° 2010-769 du 9 juill. 2010 créant un art. 222-14-3 C. pén.). Mais le courant victimophile ne désarme pas dans sa volonté d'extension de la définition du harcèlement sexuel, jusqu'à aboutir à une proposition de loi incriminant tout agissement à connotation sexuelle : « Tout agissement à connotation sexuelle subi par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant constitue un agissement de harcèlement sexuel. » (Proposition de loi n° 340 enregistrée à la Présidence du Sénat le 26 févr. 2010). Votée par l'Assemblée nationale à l'unanimité le 25 février 2010, cette proposition a heureusement été repoussée par le Sénat le 24 juin 2010.

« Si la loi reflète les valeurs sociétales du moment, alors il faut constater que le procès menace désormais bien peu celui qui heurte les valeurs communes ou l'intérêt général. En revanche, celui qui est suspecté d'une atteinte au bien être d'un individu à tout lieu de craindre un recours juridictionnel »

Les hommes, les femmes et la judiciarisation

La « démonétisation » de la notion de moralité publique aurait pu faire croire à une efflorescence de liberté en matière de relations hommes/femmes. L'évolution des règles juridiques et de leur application montre malheureusement l'inverse. La disparition du concept de bonnes mœurs s'accompagne paradoxalement d'une pénalisation et d'une judiciarisation croissante des rapports humains. Le mouvement partant de « il existe des interdits » conduit aujourd'hui à « rien n'est toléré ». Chacun veut protéger sa vie personnelle, fût-ce en recourant au juge. La tendance peut même être qualifiée de privatisation des interdits. Si la loi reflète les valeurs sociétales du moment, alors il faut constater que le procès menace désormais bien peu celui qui heurte les valeurs communes ou l'intérêt général. En revanche, celui qui est suspecté d'une atteinte au bien être d'un individu à tout lieu de craindre un recours juridictionnel. À force de prôner la « tolérance zéro », certains croient que la loi doit servir à gommer toutes les frictions qui jaillissent chaque fois que deux êtres humains sont en présence, or : « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société » (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, art. 5).

Une définition rénovée pour un droit plus effectif

Par Marilyn Baldeck, Déléguée générale de l'Association européenne contre les violences faites aux femmes au travail (AVFT)

« Réformer la définition du harcèlement sexuel n'est pas synonyme d'aseptiser les relations de travail, c'est, en y apportant une définition claire et opérante, garantir la liberté sexuelle des personnes qui travaillent »

Vouloir réformer la définition du harcèlement sexuel, un combat d'arrière-garde des tenants d'un ordre moral puritain ? Tendant vers une société « à l'américaine », « sur-victimisant » et infantilisant les femmes qui pourraient très bien régler « leurs » « problèmes » toutes seules ? Toucher à la définition du harcèlement sexuel, entend-on aussi, serait compromettre un si merveilleux modèle de « séduction à la française » – dans lequel la recherche de la réciprocité semble facultative – qui mériterait quasiment (comme la tauromachie ?) d'être inscrite sur la liste du patrimoine immatériel hexagonal. Étendre le champ d'application du harcèlement sexuel, entend-on encore, mettrait en péril le droit de certains d'imposer à d'autres des « propos graveleux », des images pornographiques, des confidences à caractère sexuel... autant d'éléments de « franche camaraderie » (*sic*) ô combien précieux pour la cohésion d'une équipe et la régulation

des affects dans l'entreprise (variante plus sophistiquée du bien connu « Si on ne peut même plus plaisanter... »). Voici en substance la partition qui est généralement jouée en guise de bouclier à toute amorce de réflexion sur la modification législative du harcèlement sexuel.

Cette doxa projette sur nous ses propres torts : en refusant de modifier la définition du harcèlement sexuel, en figeant dans le formol les relations entre individus et particulièrement entre hommes et femmes, c'est bien un certain ordre social, celui de privilèges sexués hérités du droit de cuissage, que l'on cherche à préserver et c'est bien de conservatisme judiciaire dont on fait preuve. Réformer la définition du harcèlement sexuel n'est pas synonyme d'aseptiser les relations de travail, c'est, en y apportant une définition claire et opérante, garantir la liberté sexuelle des personnes qui travaillent. On nous prête d'ailleurs des intentions ou des positions qui ne sont pas les nôtres : que des per-

sonnes, femmes ou hommes, se séduisent, se « draguent », aient des « aventures », entretiennent des « relations extraprofessionnelles » dans le cadre du travail, tant mieux pour elles. Ni les juristes ni les juristes féministes n'ont à redire à ces manifestations lorsqu'elles sont l'objet de l'assentiment de celles et ceux à qui elles sont destinées ni à ces unions tant qu'elles sont librement consenties.

Où en sommes-nous ?

Au pénal

En matière pénale, le harcèlement sexuel est « défini », c'est un bien grand mot, comme « le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle » (art. 222-33). Le terme de « faveurs », choix conscient ou lapsus révélateur, inscrit dans le texte depuis le vote de la loi en 1992, a d'emblée donné le ton pour les années à venir : le harcèlement sexuel appartiendrait plutôt au champ des relations sentimentales mal comprises qu'à celui des manœuvres dolosives.

Remarquable, la totale absence d'élément matériel de l'infraction (puisque le harcèlement sexuel, c'est tautologiquement « le fait de » harceler), manifestement contraire au principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines, puisque les juges sont ainsi privés de la possibilité de statuer sur le fondement d'une définition claire et précise et de faire une application stricte de la loi. Ils statuent donc subjectivement, en fonction de l'idée qu'ils se font du harcèlement sexuel. Ceci donne des jugements surprenants. Le Tribunal correctionnel de Villefranche-sur-Saône, dans un jugement du 29 juin 2010, après avoir rappelé la définition légale du harcèlement sexuel, continue de s'interroger : « Il reste à définir (...) la frontière au-delà de laquelle un comportement est sexuellement harcelant. Une ligne de départ peut s'établir si l'on retient que le harcèlement sexuel est un comportement lié au sexe de la victime, non désiré et subi par elle, et ayant pour elle des effets notamment dégradants ou humiliants ». Le tribunal crée donc *ab nihilo* une définition du harcèlement sexuel, en y incluant des éléments constitutifs absents du texte d'incrimination (pour un commentaire de ce jugement, www.avft.org). Autre résultat possible : point de harcèlement sexuel, mais « des signaux sociaux conventionnels de séduction ». Et lorsque des condamnations sont prononcées, les agissements à l'origine de la plainte auraient presque toujours dû recevoir la qualification d'agressions sexuelles. Pour exemple parmi tant d'autres : « Qu'ainsi (...), les actes de nature sexuelle constitués par le contact physique des mains de M. Y... sur les fesses, puis sur les seins de M^{me} X... et ce dans le but

d'assouvir ou d'accentuer le désir sexuel du prévenu sont ainsi établis ; qu'ils sont constitutifs du délit de harcèlement sexuel » (T. corr. Narbonne, 7 mars 2008).

Remarquable également, l'injonction déloyale qui est faite à la victime de rapporter, non pas la preuve de l'intention délictuelle du harceleur, mais d'une **intention bien particulière**, celle « d'obtenir des faveurs de nature sexuelle ». Déloyale car, comment prouver une telle **intention** ? De quels éléments est-elle supposée se déduire ? Pourquoi donner tant d'importance à cette finalité, qui **permet si facilement** au mis en cause de s'exonérer de sa responsabilité (« C'est elle qui prend tout mal », « C'était juste pour rire », etc.) ? Les manifestations du harcèlement sexuel et des conséquences mesurables sur la santé et le travail des victimes ne devraient-elles pas suffire à ce que l'infraction soit constituée ?

L'extrême difficulté à obtenir une condamnation pénale pour harcèlement sexuel n'est pas sans incidence sur la procédure prud'homale, quand les deux procédures sont introduites parallèlement. En dépit de la réforme de l'article 4 du Code de procédure pénale, les juridictions sociales ont toujours tendance à surseoir à statuer dans l'attente de la décision du juge pénal et à se réfugier derrière celle-ci, nonobstant le fait qu'en matière civile, les contours du harcèlement sexuel sont bien plus larges (V. *infra*).

Des tentatives de réforme

En 2008, à l'approche de la présidence française de l'Union européenne et avec trois ans de retard sur les délais exigés, est mise à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale la transposition de plusieurs directives européennes, dont la directive 2002/73/CE qui contient (art. 2) une définition du harcèlement sexuel : « La situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ». Cette directive apporte, elle, un certain nombre de précisions sur les manifestations possibles du harcèlement sexuel et supprime l'obligation de rapporter la preuve de l'intention « d'obtenir des faveurs de nature sexuelle ». Une bonne occasion de dépasser l'indigence de la définition française et de conformer celle-ci à la norme communautaire ? Que nenni ! Il en résulte le vote de la loi du 27 mai 2008, qui transpose (art. 1) une version « allégée » du texte européen : « La discrimination inclut : 1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant ». Exit toute précision sur la manière dont le harcèlement sexuel peut s'exprimer. Le texte n'est pas codifié. Il vient donc se superposer aux dispositions pénales et sociales existantes sans les modifier, et sans que leur articulation soit pensée. En prime, les termes « harcèlement sexuel » présents dans la directive ne sont pas repris. Ainsi la loi échappe-t-elle par exemple à une recherche avec ces mots-clés sur legifrance.gouv.fr et à tout avocat qui ne serait pas spécialisé dans ce type de procédure. Le législateur aurait-il voulu que cette loi ne soit pas effective, qu'il ne s'y serait pas pris autrement. En 2010, *bis repetita*. Tandis que l'Assemblée nationale vote à l'unanimité la codification aussi bien pénale que sociale de l'article 1 de la loi du 27 mai 2008, la commission des lois du Sénat fait volte face au motif de l'incompatibilité du texte d'inspiration communautaire avec... le principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines ! et se contente de retouches cosmétiques : les peines entre Code pénal et Code du travail sont harmonisées, une peine complémentaire d'affichage et de diffusion de la décision de condamnation est créée.

« Le texte [de la loi du 27 mai 2008] n'est pas codifié. Il vient donc se superposer aux dispositions pénales et sociales existantes sans les modifier, et sans que leur articulation soit pensée »

En matière sociale

Pour demander la condamnation de l'employeur et l'indemnisation de la salariée sur le fondement du harcèlement sexuel devant le conseil de prud'hommes, nous disposons donc de deux références juridiques : Le Code du travail, dont la rédaction est proche de celle du Code pénal, qui interdit « 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 » (art. L. 1153-1) et une défi-

inition communautaire, peu ou prou reprise à l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008. Si ces deux définitions sont applicables devant le conseil de prud'hommes et si, du fait de la hiérarchie des normes et de l'obligation pour le juge interne d'interpréter la loi française « à la lumière » du droit européen, la seconde prime légalement sur la première, il n'en reste pas moins que cette coexistence crée une cacophonie juridique qui rend le droit moins lisible et donc moins effectif. En outre, en première instance, les conseillers prud'hommes, juges non professionnels qui goûtent peu ce type de « complications », refusent en règle générale d'appliquer la définition européenne du harcèlement sexuel, qui n'est pas dans « leur » code. Il est donc encore possible de lire

dans un jugement qui déboute la salariée, au motif que la preuve de l'intentionnalité de l'auteur « d'obtenir des faveurs de nature sexuelle » n'est pas établie, que « même si les propos, faits et gestes doivent être jugés inadmissibles, vulgaires, voire obscènes, ils ne peuvent être constitutifs d'un harcèlement sexuel » (Cons. prud'h. Meaux, 25 juin 2009).

Devant la cour d'appel, les juges professionnels sauront mieux faire ? On peut en effet le supposer, même si la rédaction de certains arrêts trahit leur embarras : « Ces faits sont *plutôt à ranger* dans le cadre de la loi numéro 2008-496 du 27 mai 2008 (...) » (Orléans, soc., 17 févr. 2011).

Pour une réforme législative du harcèlement sexuel

Graves atteintes à la santé, tentatives de suicide, carrières stoppées, exclusions durables du monde du travail mais aussi rupture d'égalité professionnelle entre les hommes et femmes sont autant de conséquences du harcèlement sexuel que l'AVFT constate quotidiennement. Près de 20 ans d'ineffectivité de la loi doit conduire à une réforme qui rende le droit praticable pour les juges et qui préserve les victimes des aléas jusqu'alors observés.

Le plan global triennal de lutte contre les violences faites aux femmes présenté

en avril 2011 par le gouvernement prévoit « d'évaluer la possibilité d'harmoniser les définitions relatives au harcèlement sexuel ». La prudence de cette rédaction traduit encore les résistances à l'œuvre.

En matière sociale, nous plaçons pour que soit posée par le Code du travail l'interdiction de toutes les formes d'agissements à caractère sexuel non voulus (permettant ainsi d'inclure l'exhibition sexuelle, l'agression sexuelle et le viol), plus large que l'incrimination pénale, qui devra elle aussi être renouvelée, du harcèlement sexuel.

Et que l'on s'interroge : pourquoi et qui cela pourrait-il bien déranger ?

« En matière sociale, nous plaçons pour que soit posée par le Code du travail l'interdiction de toutes les formes d'agissements à caractère sexuel non voulus (permettant ainsi d'inclure l'exhibition sexuelle, l'agression sexuelle et le viol), plus large que l'incrimination pénale, qui devra elle aussi être renouvelée, du harcèlement sexuel »