

CONTROVERSE

12

Sous la responsabilité de Jérôme Porta, Professeur à l'Université de Bordeaux
et Tatiana Sachs, Maître de conférences à l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense

Le harcèlement sexuel dans les relations de travail, quels moyens pour quelles spécificités ?

Depuis l'affaire Weinstein, la lutte contre les agressions sexuelles, dont les victimes sont principalement des femmes, polarise le débat public français. Fin novembre 2017, l'égalité entre les femmes et les hommes a été érigée au rang de « grande cause nationale », que doivent servir « l'éducation et le combat culturel en faveur de l'égalité », un « meilleur accompagnement des victimes » et un « renforcement de l'arsenal répressif » (discours d'E. Macron du 25 novembre 2017). Sur ce dernier versant, si les pouvoirs publics affichent un certain volontarisme, en créant, notamment, « le délit d'outrage sexiste », force est de constater que la lutte contre les agressions sexuelles dans les relations de travail a très faiblement retenu l'attention. Plus encore, l'affaiblissement, voire la suppression de certains acteurs et institutions, tels les délégués du personnel ou le CHSCT, pourrait fragiliser la situation des victimes d'agressions sexuelles en milieu professionnel. Aussi convient-il de s'interroger sur les spécificités du harcèlement sexuel en entreprise ainsi que sur celles des moyens pour l'éradiquer. C'est à cet exercice que se sont livrés Maude Beckers, avocate au Barreau de la Seine-Saint-Denis, ainsi que Nicolas Chaignot Delage, philosophe et sociologue du travail, membre de l'équipe de recherche « psychodynamique du travail et de l'action » de l'Université Paris V. Tous deux dressent un constat des insuffisances du droit positif. La première souligne combien le droit positif a contribué à réfréner la parole des victimes. Et s'il peut être constaté que leurs droits ont été quelque peu consolidés à la suite de la reformulation de l'incrimination de harcèlement sexuel en 2012, cette consolidation se trouve indirectement mais substantiellement abîmée par les ordonnances du 22 septembre 2017... La « grande cause nationale » et la refondation du modèle social ne semblent pas faire bon ménage. Pour dépasser les insuffisances du droit positif, Nicolas Chaignot Delage invite à un véritable changement des mentalités qui repose sur une approche interdisciplinaire. Celle-ci est une condition indispensable pour saisir les rapports de domination et la violence qui sont les substrats du harcèlement sexuel.

La lutte contre le harcèlement sexuel dans l'entreprise : d'un dispositif muselant à des protections vacillantes

Maude Beckers, Avocate au Barreau de la Seine-Saint-Denis, spécialiste en droit du travail
qualification spécifique droit de la discrimination au travail

DSK, Ducray, Tron, Baupin, Weinstein, au fil de ces affaires, la parole des femmes se serait libérée. De muettes elles seraient devenues parlantes, voire, selon certains, sans doute gênés par les hashtags « balance ton porc » ou « me to », bruyantes. Mais, s'il est incontestable que la médiatisation de ces affaires a permis à certaines femmes de comprendre qu'elles ne devaient pas culpabiliser de s'être tues, puisque des femmes politiques et des stars hollywoodiennes n'avaient pas davantage été en mesure de parler, il est étonnant de constater à quel point cette analyse fait une nouvelle fois peser la responsabilité de ce silence sur les femmes. Par ailleurs, ces phénomènes médiatiques ne doivent pas occulter une réalité de terrain qui leur a précédé : de nombreuses femmes parlent, elles parlent à leur entourage, aux délégués du personnel, à leurs collègues, à leur employeur, aux services de police. Elles parlent... sans, pour autant, être entendues. On sait qu'une femme sur 5 est victime de harcèlement sexuel sur son lieu de travail mais on dit moins que 40 % de celles qui parlent subissent des représailles professionnelles. Les entreprises ne sont que 18 % à avoir pris des mesures de prévention pour lutter contre le harcèlement sexuel alors que les articles L. 1153-5 et L. 4121-2 du Code du travail les obligent à prévenir ce risque au sein de leur entreprise (Enquête sur le harcèlement sexuel au travail réalisé par l'IFOP pour le compte du Défenseur des Droits, mars 2014). Au pénal, 93,8 % de ces plaintes ne sont suivies d'aucune condamnation (Rapport d'information déposé par la commission des lois sur l'évaluation de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 présenté par M^{me} Pascale Crozon et M. Guy Geoffroy). Alors silence des femmes ou surdité du système législatif et judiciaire ? Répondre à cette question nécessite de faire un rappel de l'arsenal juridique relatif au harcèlement sexuel. Ce rappel est d'abord celui d'un dispositif qui a considérablement muselé la parole des femmes avant de leur accorder un minimum d'attention (I). La consolidation des protections difficilement acquise depuis 2012 ne résiste cependant pas à la vague de fragilisation actuelle des salarié-e-s dans la rupture de leur contrat de travail (II).

I. - Rappel d'un dispositif muselant

Le délit de harcèlement sexuel a été introduit dans le Code pénal le 22 juillet 1992 (loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et des délits contre les personnes). Il était alors défini comme « le fait de harceler autrui en usant d'ordres, de menaces ou de contrainte, dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ». La loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs a ajouté à la liste des termes pouvant constituer l'élément matériel de l'infraction « les pressions graves ». Le harcèlement sexuel était ainsi appréhendé comme un comportement menaçant exercé par un supérieur hiérarchique dans la perspective de contraindre à des relations sexuelles. Par une loi du 17 janvier 2002, le législateur a supprimé les conditions tenant à l'élément matériel et à l'abus d'autorité. Le délit de harcèlement sexuel est alors devenu « le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle ». Outre le fait que cette définition ne définissait plus l'élément matériel du harcèlement et qu'elle utilisait le terme de faveur sexuelle, là où il n'était question que de violence sexuelle, cette appréhension du délit a tenu à l'abri de la répression un certain nombre de comportements pourtant dénoncés par les femmes comme insupportables sur leur lieu de travail. Ainsi, les propos et comportements à connotation sexuelle, utilisés dans l'entreprise pour humilier, dominer et porter atteinte à la dignité, ne pouvaient pas être sanctionnés en tant que tels, la salariée devant avant tout démontrer l'intention de l'auteur d'obtenir des relations sexuelles non consenties. Or la démonstration de cette intention, était impossible dans la majorité des dossiers, les mis en cause ne laissant pas de trace de leur intentionnalité... Mais surtout cette définition interdisait aux femmes de faire sanctionner, et donc

cesser, les comportements ou propos à connotation sexuelle humiliants, dégradants, portant atteinte à leur dignité, lorsque leurs auteurs ne cherchaient pas à obtenir une relation sexuelle mais « simplement » à asseoir une domination. Sous l'égide de cette définition, les affaires de harcèlement sexuel étaient ainsi promises à un échec certain devant les juridictions pénales. Devant les juridictions sociales, elles l'étaient tout autant lorsque les plaideurs se contentaient de ne mobiliser que le droit interne, la définition du Code du travail étant exactement la même que celle du Code pénal. Ce n'est ainsi que grâce à la directive européenne du 23 septembre 2002 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes qui définit le harcèlement sexuel comme : « 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 » que les affaires de harcèlement sexuel ont pu être gagnées.

Une telle carence du droit interne étant cependant inacceptable, l'Association contre les violences faites aux femmes au travail (Communiqué de l'AVFT du 4 mai 2012 : <https://lc.cx/gsmn>), a attiré l'attention du législateur, sur la nécessité de définir le harcèlement sexuel au regard des impératifs européens. Cette nécessité était renforcée par le risque d'inconstitutionnalité d'une incrimination vidée, depuis 2002, de tout élément matériel. Un risque qui devait d'autant plus être pris au sérieux que l'existence de la QPC ouvrait la possibilité à un auteur condamné de soulever l'inconstitutionnalité de cette loi pour échapper à sa peine. Les signaux d'alerte existaient... le législateur est resté aveugle. C'est dans ces conditions que Monsieur Gérard Ducray, ancien député, ancien secrétaire d'État au Tourisme sous Valéry Giscard d'Estaing conseiller municipal du Rhône et adjoint au Maire de Villefranche-sur-Saône, condamné par la cour d'appel de Lyon, à trois mois de prison avec sursis et 5 000 € d'amende, pour avoir harcelé trois femmes fonctionnaires territoriales faisait abroger l'article 222-33 du Code pénal le 4 mai 2012 (décis. n° 2012-240 QPC, 4 mai 2012). Deux mille femmes assistaient ainsi à l'élimination pure et simple de leurs dossiers, l'abrogation intervenant avec effet immédiat et rétroactif sur toutes les affaires ouvertes sur le fondement de l'article 222-33 du Code pénal censé n'avoir jamais existé depuis 2002. Après avoir muselé pendant 20 ans la parole des femmes en créant tour à tour un délit inefficace, non conforme au droit européen et promis à la censure constitutionnelle, le législateur, par son abstention, parvenait finalement à réduire cette parole au silence définitif.

Ce musellement législatif était parachevé par une définition de la dénonciation calomnieuse, faisant de celles qui osaient porter plainte de véritables héroïnes... Jusqu'à la loi du 9 juillet 2010, l'article 226-10 du Code pénal prévoyait en effet que la fausseté du fait dénoncé résultait nécessairement et automatiquement d'une décision d'acquiescement, de relaxe et de non-lieu. Les victimes dont l'affaire s'était soldée par une relaxe ou à un acquiescement de leur agresseur au bénéfice du doute, ou encore à une ordonnance de non-lieu parce que les faits n'avaient pas pu suffisamment être établis, étaient ainsi automatiquement condamnées sans qu'aucun débat ne puisse avoir lieu sur leur prétendue mauvaise foi... Or ce n'est pas parce que les preuves relatives à la culpabilité de l'auteur étaient insuffisantes pour conduire à une condamnation ou à des poursuites que cela signifiait pour autant que les femmes mentaient ! Il n'est pas besoin d'être grand clerc pour comprendre qu'un certain nombre de femmes qui souhaitaient parler étaient ainsi vite réduites au silence, notamment lorsque les possibilités de poursuite pour dénonciation calomnieuse leur étaient rappelées dès leur premier déplacement au commissariat... Ce n'est qu'après un combat mené par l'AVFT (<https://lc.cx/gsmx>), et parallèlement à une saisine de la CEDH ayant donné lieu à la condamnation de la France pour violation de la présomption d'innocence (CEDH 30 juin 2011, n° 30754/03, *Klouvi c. France*), que la loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants est venue préciser que la condamnation ne peut être automatique que si la décision de relaxe d'acquiescement ou de non-lieu déclare que le fait n'a pas été commis. Dans les autres cas, la condamnation ne peut plus être automatique, le tribunal

« Ce musellement législatif était parachevé par une définition de la dénonciation calomnieuse, faisant de celles qui osaient porter plainte de véritables héroïnes... Jusqu'à la loi du 9 juillet 2010, l'article 226-10 du Code pénal prévoyait en effet que la fausseté du fait dénoncé résultait nécessairement et automatiquement d'une décision d'acquiescement, de relaxe et de non-lieu. »

saisi des poursuites contre la dénonciatrice devant apprécier la pertinence des accusations portées par celle-ci (C. pén., art. 226). Tant de temps et de procédures pour rappeler ce qui aurait dû être l'évidence si l'on avait véritablement souhaité que les femmes sortent de leur silence...

II. - Des avancées qui ne résistent pas à la fragilisation du droit de la rupture du contrat de travail

Le 6 août 2012, après vingt années de désintérêt et contraint par l'abrogation, le législateur a défini le délit de manière à ce que les situations de harcèlement sexuel puissent enfin être appréhendées par le droit positif interne. C'est ainsi que l'article 222-33 du Code pénal et l'article L. 1153-1 du Code du travail définissent désormais le harcèlement sexuel comme « le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à

« Le nouvel article L. 1235-3-1 issu des ordonnances Macron a rapidement mis fin à ces nouveaux espoirs indemnitaires, le rappel de salaires entre le licenciement et le jugement étant tout simplement supprimé par le nouvel article L. 1235-3-1 pour un certain nombre de salarié-e-s victimes de discrimination et notamment pour les femmes victimes de harcèlement sexuel. Une large majorité des victimes de licenciement discriminatoire, si elles échappent aux barèmes scandaleux des ordonnances, restent ainsi indemnisées *a minima*. »

son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ». Le législateur a ainsi repris la définition de la directive en ajoutant cependant la nécessité de la répétition des propos ou des comportements là où le texte européen ne le prévoyait pas (V. cependant l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 17 mai 2017 [n° 15-19.300] qui reconnaît le harcèlement sexuel sur un acte unique et la note de Laure Ignace et Marilyn Baldeck [Dr. ouvrier 2017. 673]). Le nouveau texte assimile également « au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers ». Cette seconde partie de la définition est éloquent sur la manière dont le droit positif français traite encore des relations sexuelles non consenties. Le législateur en apportant ce complément de définition afin de dispenser les victimes de démontrer une répétition lorsqu'elles sont confrontées à une pression grave pour obtenir des relations sexuelles, aboutit en réalité à créer une infraction permettant une déqualification de la tentative de viol. En application de cette définition, un employeur qui menace sa salariée de la licencier si elle n'accepte pas de coucher avec lui sera ainsi susceptible d'être poursuivi pour l'infraction de harcèlement sexuel, alors même qu'il profite ni plus ni moins de sa position et de son autorité pour contraindre la salariée à avoir des relations sexuelles non consenties. Tout à chacun appréciera la volonté affirmée du législateur de lutter contre le droit de cuissage dans l'entreprise...

Les avancées législatives en matière de harcèlement sexuel se révèlent ainsi difficiles, et nécessitent une attention et un combat sans relâche. Et quand s'allient patriarcat et volonté décomplexée de faire du Code du travail un outil de protection des seules entreprises, la lutte s'intensifie encore... Le gouvernement actuel n'a eu de cesse de communiquer autour des ordonnances du 22 septembre 2017 en affirmant notamment que les salarié-e-s victimes de discrimination ou de harcèlement ne seraient pas visé-e-s par les barèmes de l'article L. 1235-3 du Code du travail. S'il est vrai que l'article L. 1235-3-1 protège les salariées licenciées pour avoir révélé des faits de harcèlements sexuels, l'article L. 1235-3-2 initialement rédigé soumettait cependant au barème les salariées ayant quitté l'entreprise par le biais de prises d'acte. Or selon l'AVFT, 40 % des dossiers de l'association concernent des dossiers où les salariées ont été contraintes de prendre l'initiative de la rupture pour s'extirper de la relation harcelante et de l'absence de protection de l'employeur... Interrogée sur la question la ministre du travail indiquait ne pas comprendre le problème (dépêche AFP 26 sept. 2017). Ce n'est ainsi qu'après dénonciation médiatique et intervention du Défenseur des droits qu'un amendement a été proposé pour rectifier cette disposition (« une violence faite aux femmes par ordonnance » Louis Carzou, Le Canard enchaîné du 29 novembre 2017). Quelles que soient les modalités de départ de l'entreprise, la victime de harcèlement sexuel ne devrait donc finalement jamais être soumise aux barèmes. Sera-t-elle pour autant indemni-

sée de manière à dissuader l'entreprise de discriminer les salariées victimes de harcèlement sexuel ? Point trop n'est faut... Rappelons qu'en 2014 l'article 10 de la loi pour l'égalité réelle entre les hommes et les femmes modifiait l'indemnisation des licenciements nuls, fixé par la jurisprudence à 6 mois de salaire, et disposait : « Lorsque le juge constate que le licenciement est intervenu en méconnaissance des articles L. 1132-1, L. 1153-2 et L. 1225-5 et que le salarié ne demande pas la poursuite de son contrat de travail ou lorsque sa réintégration est impossible, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure aux salaires des douze derniers mois. Elle est due sans préjudice du paiement du salaire qui aurait été perçu pendant la période écoulée entre le licenciement et la décision de justice définitive et, le cas échéant, de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9. » Le Conseil constitutionnel est venu censurer cette disposition considérée comme un cavalier législatif (décis. n° 2014-700 DC, 31 juill. 2014,). Malgré les promesses faites, cette modification de l'indemnisation n'a jamais été réintroduite telle que dans les lois ultérieures. Pourtant, ces dispositions, qui prévoyaient le doublement de l'indemnité forfaitaire fixée à six mois par la jurisprudence et le paiement des salaires du jour du licenciement à la décision de justice, étaient pour la première fois de nature à véritablement lutter contre le harcèlement sexuel et les discriminations en règle générale. La loi Travail du 8 août 2016 a repris cependant en partie cet article en prévoyant à l'article L. 1235-3-1 une indemnité forfaitaire de six mois et un rappel de salaires entre le licenciement et le jugement. Le nouvel article L. 1235-3-1 issu des ordonnances Macron a rapidement mis fin à ces nouveaux espoirs indemnitaires, le rappel de salaires entre le licenciement et le jugement étant tout simplement supprimé par le nouvel article L. 1235-3-1 pour un certain nombre de salarié-e-s victimes de discrimination et notamment pour les femmes victimes de harcèlement sexuel. Une large majorité des victimes de licenciement discriminatoire, si elles échappent aux barèmes scandaleux des ordonnances, restent ainsi indemnisées *a minima*. Ne reste donc plus qu'à souhaiter que cette discrimination gouvernementale, opérée au sein même du traitement des discriminations, soit corrigée par l'amendement adopté le 19 décembre 2017 par la commission des affaires sociales du Sénat (Projet de loi Ordonnances renforcement dialogue sociale, 1^{re} lecture, n° 119. Amendement présenté par M. Milon, rapporteur) qui tend à réinstaurer une égalité entre les victimes de discrimination en rétablissant le rappel de salaire entre la rupture du contrat et la décision de justice pour toutes les victimes, quelle que soit la nature de la discrimination. En décider autrement ne ferait que confirmer la volonté du gouvernement de protéger les employeurs au détriment des salariés, même victime des faits les plus graves, tout comme il l'a déjà démontré en matière de réformes relatives à la prescription. Car en la matière, ce n'est pas un euphémisme que de soutenir que les droits des salarié-e-s ont été sacrifiés sur l'autel des intérêts du patronat. En moins de 10 ans, le délai pour saisir le conseil de prud'hommes pour contester un licenciement est ainsi passé de trente ans à deux ans puis à une année... Or, si ce délai est pour tout salarié qui subit le choc de la perte de son emploi déjà court, il est ingérable pour des salariées victimes de harcèlement sexuel dont l'état de santé dégradé inhibe bien souvent dans un premier temps toute volonté d'ester en justice. L'état du droit en matière de prescription se révèle alors totalement hypocrite en matière de lutte contre le harcèlement sexuel. D'un côté, le législateur ne cesse d'augmenter les délais de prescription au pénal pour poursuivre la personne physique auteur du harcèlement sexuel, pendant que, de l'autre, il ne cesse de diminuer les délais au civil et protège ainsi les employeurs qui privent pourtant des salariées de leur emploi, de leur carrière, de leur indépendance financière, au seul motif qu'elles ont révélé des faits de harcèlement sexuel. Cette hypocrisie est également décelable à la lecture de l'article L. 1235-2-1 du Code du travail qui prévoit qu'en cas de pluralité des motifs de licenciement, si l'un des motifs porte atteinte à une liberté fondamentale, la nullité encourue ne dispense pour autant pas le juge d'examiner l'ensemble des motifs pour en tenir compte, dans l'indemnité allouée. Une femme victime de harcèlement sexuel et licenciée pour avoir osé révéler ces faits pourra ainsi voir l'indemnisation de la nullité de son licenciement réduite, et ce au regard des autres griefs visés dans la lettre de

« En moins de 10 ans, le délai pour saisir le conseil de prud'hommes pour contester un licenciement est ainsi passé de trente ans à deux ans puis à une année... Or, si ce délai est pour tout salarié qui subit le choc de la perte de son emploi déjà court, il est ingérable pour des salariées victimes de harcèlement sexuel dont l'état de santé dégradé inhibe bien souvent dans un premier temps toute volonté d'ester en justice. »

licenciement, tels que l'insuffisance professionnelle, somme toute assez courante chez des salariées fragilisées par un harcèlement... Que harcelée ne devienne surtout pas synonyme de bien indemnisée...

En protégeant de la sorte les employeurs, en leur assurant une réduction des contentieux et une faiblesse des condamnations, le gouvernement menace *in fine* la prévention dans les entreprises, celle-ci pouvant s'avérer plus couteuse qu'un procès hypothétique. Cette prévention est en outre considérablement menacée par la suppression des CHSCT et la baisse drastique des effectifs de l'inspection du travail, interlocuteurs et enquêteurs pourtant très efficaces au sein de l'entreprise pour lutter contre le harcèlement sexuel au travail (L. Ignace, « Quand les droits des femmes sont sacrifiés sur l'autel de l'austérité. L'inspection du travail en voie de disparition », L'Humanité 6 oct. 2017). Or la lutte contre le harcèlement sexuel ne peut exister sans prévention...

À la lecture de ces évolutions, il apparaît clairement que la protection des salarié-e-s contre le harcèlement sexuel se trouve affaiblie et n'échappe pas, en dépit de la gravité des situations, au mouvement global de fragilisation des salariés vis-à-vis de leur employeur. Ce diagnostic tranche avec la communication gouvernementale autour de la volonté de lutter contre les violences faites aux femmes. Pour y parvenir le discours et les modalités d'action sont ainsi essentiellement focalisés sur la sphère pénale et concentrent l'attention sur les débats relatifs la prescription pénale. L'égalité entre les hommes et les femmes et la lutte contre les violences faites aux femmes sont en outre déclarées « grande cause nationale 2018 » par le président de la République, notamment grâce à la création de la nouvelle infraction de harcèlement sexuel de rue. Joli tour de passe-passe pour faire oublier que le harcèlement sexuel est loin d'être l'apanage des hommes des quartiers populaires, mais bien celui très souvent, de celui des hommes en « col blanc » !

Pour une véritable justiciabilité du droit en matière de harcèlement sexuel au travail : l'évolution du droit positif passe par un changement des mentalités

Nicolas Chaignot Delage, Philosophe et sociologue du travail,
équipe de recherche psychodynamique du travail et de l'action, Université Paris V

La question des violences sexuelles et sexistes faites aux femmes et particulièrement le harcèlement sexuel en milieu professionnel a connu ces derniers mois un regain d'intérêt sans égal. L'importance des mobilisations, la multiplication des témoignages de victimes ainsi qu'une certaine forme de « libération » de leur parole sur les réseaux sociaux semblent montrer une évolution significative dans la légitimation des luttes antiharcèlement. Des questions se posent cependant. Ces événements constituent-ils une illusion médiatique qui sera peu ou prou oubliée dans quelques mois ? Ou bien, sommes-nous désormais dans un contexte plus favorable pour entendre cette injustice, depuis longtemps déniée et banalisée ? Les temps seraient-ils devenus propices pour qu'une véritable justiciabilité puisse enfin voir le jour ? Si l'on en juge à l'effectivité du droit, le constat est jusqu'à présent accablant, en dépit de certains progrès récents notamment jurisprudentiels. Si le droit est toujours perfectible dans sa technicité (I), c'est aussi à un changement des mentalités auquel il faut nous atteler. Une pratique de l'interdisciplinarité pourrait, me semble-t-il, contribuer à donner de nouveaux ressorts pour la pensée et l'action (II).

I. - Les imperfections du droit positif

En matière de harcèlement sexuel comme pour les violences sexuelles dans leur ensemble (qui peut aussi concerner les hommes mais plus minoritairement), le traitement des plaintes, quand elles existent, ressemble à s'y méprendre à une sorte de déni de justice. D'après le rapport d'information du 16 novembre 2016 sur l'évaluation de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, les poursuites engagées par le parquet demeurent peu nombreuses et « 6,2 % des plaintes aboutissent [au final] à une condamnation » pénale. Dans le domaine du contentieux prud'homal où il ne peut y avoir de classement sans suite, les condamnations ne sont pas aussi rares mais les délais pour les obtenir sont beaucoup trop longs.

Cette difficulté à faire reconnaître le harcèlement sexuel dans les relations de travail perdure encore, malgré la clarification conceptuelle apportée par la loi du 6 août 2012, à la suite de la « fameuse » censure du Conseil constitutionnel. Une nouvelle définition similaire est donnée au Code pénal (art. 222-33) et au Code du travail (art. L. 1153-1) où deux types de situation sont distingués : les faits de harcèlement sexuel (tels que « des propos ou comportements ouvertement sexistes, grivois, obscènes », selon la circulaire du 7 août 2012 du ministère de la Justice) et les faits assimilables au harcèlement sexuel (tel que le chantage sexuel). La terminologie utilisée pour les définir montre une influence certaine du droit de l'Union européenne, en particulier l'article 2 de la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002.

Cependant, la rédaction de la loi française défigure l'esprit plus protecteur du texte européen où le harcèlement sexuel est considéré comme ayant pour conséquence (« avec pour objet ou pour effet ») « l'atteinte à la dignité d'une personne ». La perte de la centralité de ce concept dans la définition française n'aura échappé à personne. Elle devient une circonstance parmi d'autres du harcèlement sexuel (« qui soit portent atteinte à sa dignité [...] soit créent à son encontre », soulignés par nous). On ne voit pas bien d'ailleurs en quoi « une situation intimidante, hostile ou offensante » n'est pas en soi attentatoire à la dignité d'une personne... Mais cette perte de sens dans les textes nationaux n'a pas suffi, il a fallu aussi rendre plus complexe la tâche des victimes en adjoignant la condition de la répétitivité des actes pour que le harcèlement sexuel (première catégorie) puisse être qualifiable juridiquement. Dans la pratique, l'exigence de répétition constitue un obstacle de taille pour que les victimes puissent faire valoir leurs droits. Le message qui leur est envoyé est troublant : la loi prohibe l'acte en tant que tel mais elle ne le sanctionne pas dès son commencement. Pourquoi cette indulgence ? Faut-il y voir une préservation du pré carré de la domination masculine et ses modalités de sujétion ? Les féministes ont raison de considérer que cette exigence de répétition protège *in fine* les harceleurs. La loi elle-même leur laisse une marge de manœuvre d'impunité tout à fait inacceptable.

Ces dernières années, des progrès législatifs et jurisprudentiels ont pu néanmoins être constatés (du moins avant les ordonnances Macron). En particulier, un récent arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation laisse à penser que la conception restrictive du harcèlement sexuel au travail, qui prédomine jusqu'à présent, serait en train de s'éroder en droit du travail. Fruit d'un long combat judiciaire de la plaignante et de l'AVFT, un arrêt du 17 mars 2017 (n° 15-19.300) réaffirme de manière opportune la nécessité de protéger les victimes en revenant sur ce critère de répétitivité des actes. Pour le juge de cassation, « un fait unique peut suffire à caractériser le harcèlement sexuel ». Autrement dit, les juges du fond ne peuvent écarter sa qualification sous prétexte qu'un seul fait a été établi. Cet attendu de principe semble bel et bien avoir une portée générale en raison de sa formulation. L'arrêt ne précise pas, en l'espèce, s'il s'agit de la 2^e catégorie de harcèlement (« faits assimilés au harcèlement sexuel ») et ne fait pas mention non plus du critère de « pression grave » qui est essentiel pour ne retenir, selon les textes, qu'un seul fait.

Il se pourrait bien que nous soyons en présence d'un « revirement de jurisprudence » comme l'affirment Marilyn Baldeck et Laure Ignace (préc.). Nul doute que cet arrêt va créer des

« Reste à savoir maintenant quelle va être l'ampleur des dégâts des ordonnances Macron. On peut d'ores et déjà craindre de multiples abus au niveau de la rupture du contrat de travail, ce qui sera inévitablement source de contentieux (notamment dans le domaine des discriminations après harcèlement). En outre, les salarié-e-s se verront progressivement privé-e-s d'une part importante de leurs relais protecteurs essentiels sur le terrain. »

remous du côté des juges du fond, d'autant que d'autres points confortent cette interprétation. Ainsi, l'aménagement de la charge de la preuve en faveur de la partie demanderesse doit tenir compte de l'attendu de principe : « la salariée établissait un fait qui permettait de présumer l'existence d'un harcèlement sexuel » (souligné par nous). Enfin, l'arrêt étend au domaine du harcèlement sexuel au travail, le principe du « cumul d'indemnisations en cas de méconnaissance d'obligations distinctes par l'employeur », qui avait été précédemment appliqué au harcèlement moral (Soc. 3 mars 2015, n° 13-23.521 P). Une opportunité est ainsi donnée aux salarié-e-s de faire valoir leur droit à réparation de leurs préjudices subis et que ces derniers ne soient pas confondus dans un seul et même préjudice moral. Il s'agit d'une avancée substantielle pour le droit des victimes et une occasion aussi pour la Chambre sociale de promouvoir, dans la continuité de sa construction jurisprudentielle, l'effectivité du droit de la prévention dans les relations de travail.

Cet arrêt de la Cour de cassation est important à plus d'un titre. Reste à savoir maintenant quelle va être l'ampleur des dégâts des ordonnances Macron. On peut d'ores et déjà craindre de multiples abus au niveau de la rupture du contrat de travail, ce qui sera inévitablement source de contentieux (notamment dans le domaine des discriminations après harcèlement). En outre, les salarié-e-s se verront progressivement privé-e-s d'une part importante de leurs relais protecteurs essentiels sur le terrain. Cette situation exacerbera peu à peu un sentiment généralisé de peur et de soumission déjà très présent, et deviendra un terreau encore plus fertile pour le harcèlement tant moral que sexuel.

II. - Les voies interdisciplinaires d'un changement de mentalités

En dépit de ces vents contraires, il n'est pas moins urgent de chercher d'autres voies pour faire « changer les mentalités », comme l'appelait de ses vœux le Rapport d'information du 16 novembre 2016, précédemment cité. La recherche en sciences humaines et sociales a un rôle important à jouer pour donner de nouvelles conceptions aux citoyen-ne-s et forger de nouveaux outils et matériaux aux juristes. Une pratique interdisciplinaire reste à construire sur un sujet qui reste très mal documenté, peu étudié, surtout en France. Les motifs de révolte se trouvent être également à ce niveau. Les enquêtes et études sont, proportions gardées, en aussi faible nombre que les condamnations pénales de harcèlement sexuel au travail ! C'est dire...

Quels pourraient être les linéaments d'une telle recherche interdisciplinaire ? L'évolution des mentalités passe d'abord par une meilleure compréhension de ce que signifie le harcèlement sexuel, en tant que harcèlement, sans nier ses spécificités. Jusqu'à présent le harcèlement sexuel est socialement banalisé et cette banalisation est le reflet d'une naturalisation de la domination masculine. La parole des victimes fait systématiquement l'objet de discrédits multiples y compris de la part de leurs proches, leur plainte ridiculisée y compris par les magistrats. Il y a une juxtaposition de violences. Peut-être serait-il alors nécessaire de rappeler ce qui constitue le sens générique du terme harcèlement. Dans le champ de la psychologie sociale, les travaux d'Ariane Bilheran (2009) montrent notamment la proximité du harcèlement (sexuel ou moral) avec le phénomène de torture. Il existe un « semblable processus de déshumanisation et de destruction psychique » de l'identité. Torturer et harceler sont deux manières distinctes de transformer le sujet humain en un objet de jouissance perverse par la mise sous terreur. Dans le cas de harcèlement sexuel, il est bien question de « tourmenter. » l'autre, de le fatiguer, de l'éreinter comme l'indique une partie de son étymologie, avec le verbe *harasser*. Il s'agit de l'attaquer par la dimension sexuelle, de le-la faire céder, d'obtenir sa reddition en vue notamment de lui voler son intimité, son identité, de l'exploiter... Pour le droit, il apparaît important de relier juridiquement le harcèlement sexuel en situation de travail tant à l'atteinte de la dignité, qu'à la dégradation de l'état de santé des travailleuses et des travailleurs (notamment sur le fondement de l'obligation générale de préserver la santé tant physique que mentale, au visa de l'article L. 4121-1 du Code du travail).

Il pourrait ainsi être utile aux juristes de pouvoir identifier les conséquences cliniques observables. Quelques travaux remarquables dans le domaine de la psychopathologie nous donnent à voir les ressorts du « harcèlement sexuel traumatique ». Selon Khadija Chahraoui (2015), ce concept permet notamment d'éclairer les raisons pour lesquelles

il existe un aussi faible nombre de plaintes. À l'expérience d'une violence sexuelle subie succède très fréquemment un sentiment de honte et de culpabilité qui provoque le repli sur soi, le mutisme et la dépression. Le harcèlement sexuel peut être assimilé à un « viol psychique ». Les agressions verbales, les scènes de mépris, d'humiliation, les brimades, le chantage sexuel à l'emploi constituent des « effractions psychiques » qui reviennent en boucle et qui peuvent occasionner un syndrome de répétition. Les sphères cognitives et oniriques peuvent être alors constamment sous attaque, provoquant de l'angoisse, des cauchemars, des phobies. La personnalité peut alors être altérée, désorganisée, avec une perte de confiance en soi et d'amour de soi. Il faudrait que l'on nous explique comment, dans de telles conditions, les victimes qui se retrouvent au bord de « l'effondrement psychique » peuvent aller porter plainte, témoigner, défendre leurs droits ; etc. ? Dans leur appréciation des faits et l'évaluation des préjudices, les magistrat-e-s qui ont à se prononcer sur une affaire doivent aussi tenir compte des incidences psychopathologiques potentielles du harcèlement sexuel.

Enfin, dans cette analyse interdisciplinaire, il n'est pas envisageable de faire l'économie du rapport au travail en tant que tel, car il est un opérateur central dans la construction de la santé et dans la distribution de la domination. Le harcèlement sexuel au travail ne peut se réduire à une relation entre une personne harcelée et une personne harceleur. Il s'inscrit dans un ensemble de rapports sociaux au centre desquels se trouve la division sexuelle du travail. Il doit également être compris au prisme du rapport subjectif au travail, à l'organisation du travail avec laquelle et pour laquelle les sujets travaillent. La puissance d'analyse de la psychodynamique du travail associée à celle de la sociologie des rapports sociaux de sexe permettraient de comprendre, dans quelle mesure certaines organisations du travail, qui ont déstructuré les solidarités collectives de travail, peuvent également favoriser le harcèlement sexuel en particulier.

Eu égard à un précédent travail qui a eu lieu entre la clinique du travail et le droit (2017), nous avons de bonnes raisons de penser qu'une pratique interdisciplinaire permettrait de consolider et d'enrichir une argumentation juridique en constante évolution.

« Le harcèlement sexuel au travail ne peut se réduire à une relation entre une personne harcelée et une personne harceleur. Il s'inscrit dans un ensemble de rapports sociaux au centre desquels se trouve la division sexuelle du travail. Il doit également être compris au prisme du rapport subjectif au travail, à l'organisation du travail avec laquelle et pour laquelle les sujets travaillent. »

Bibliographie indicative

- M. Baldeck et L. Ignace, « La Cour de cassation consacre l'acte unique de harcèlement sexuel en droit du travail », *Dr. ouvrier* 2017, 671.
- A. Bilheran, *Harcèlement*, Armand Colin, 2009.
- N. Chaignot Delage et C. Dejours (dir.), *Clinique du travail et évolutions du droit*, Presses universitaires de France, 2017.
- K. Chahraoui, « Harcèlement sexuel et traumatisme psychique : aspects cliniques et psychopathologiques », *Champ psy* 2015/2 (n° 68), p. 141.
- C. Dejours et I. Gernet, *Psychopathologie du travail*, Elsevier Masson, 2016.
- S. Lepastier et J.-F. Allilaire, « Le harcèlement sexuel, de la psychopathologie individuelle aux facteurs sociaux », *Annales médico-psychologiques*, t. CLXII, n° 7, p. 577, 2004.
- M.-A. Moreau, « L'obligation générale de préserver la santé des travailleurs (ou ne pas oublier l'ancrage communautaire de certains textes) », *Dr. soc.* 2013, 410.