



UNION SYNDICALE DES MAGISTRATS

18 rue de la Grange Batelière - 75009 PARIS

Tél : 01.43.54.21.26. - Fax : 01.43.29.96.20.

E-mail : contact@union-syndicale-magistrats.org

Site : www.union-syndicale-magistrats.org

Paris, le 2 juin 2016

OBSERVATIONS DE L'USM

BILAN D' APPLICATION DE LA LOI N° 2012-954 DU 6 AOÛT 2012 RELATIVE AU HARCELEMENT SEXUEL

L'Union Syndicale des Magistrats est le syndicat le plus représentatif des magistrats de l'ordre judiciaire (72,5% des voix aux élections au Conseil supérieur de la magistrature en 2014).

Elle s'interdit tout engagement politique et a pour objet d'assurer l'indépendance de la fonction judiciaire, garantie essentielle des droits et libertés du citoyen, de défendre les intérêts moraux et matériels des magistrats de l'ordre judiciaire et de contribuer au progrès du droit et des institutions judiciaires, afin de promouvoir une justice accessible, efficace et humaine.

La loi du 6 août 2012 a répondu à un besoin juridique né de l'abrogation par le Conseil Constitutionnel de l'article 222-33 du code pénal le 4 mai 2012. Elle a permis de définir plus précisément l'infraction de harcèlement sexuel et de lui donner un champ plus large que celui des relations de travail auquel le texte se limitait jusqu'en 2002. L'USM était également favorable à la création du délit assimilé. Le problème de la preuve reste cependant toujours central.

Après un rappel historique (I), nous reviendrons sur la définition de l'infraction de harcèlement sexuel (II) pour terminer sur les modalités de sa répression (III). Le problème de la preuve reste toujours central.

I - Rappels historiques

La conceptualisation du harcèlement sexuel est née dans les années 1970 aux États-Unis sous l'influence des mouvements féministes qui ont obtenu que celui-ci ne soit plus appréhendé comme le simple constat d'un irrésistible désir sexuel masculin mais désormais reconnu comme un élément marquant de la domination de la femme par l'homme.

Ce phénomène destructeur n'épargnant évidemment pas l'Europe, une recommandation du Conseil du 13 décembre 1984 relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes (JOCE, n° L 331 du 19 déc. 1984, p. 34-35) a demandé aux États membres de la CEE d'adopter une politique d'action positive permettant, dans la mesure du possible, d'assurer le respect de la dignité des femmes sur leur lieu de travail. Le 11 juin 1986, le Parlement européen a même adopté une ré-

solution invitant les États membres à définir le harcèlement sexuel et à mener des campagnes d'information à destination de tous les travailleurs.

Dans un très important rapport intitulé « *De la dignité de la femme dans le monde du travail. Rapport sur le problème du harcèlement sexuel dans les États membres* » et publié en octobre 1987, le commissaire européen Michael RUBENSTEIN a souligné la nécessité d'une réglementation juridique spécifique et demandé l'adoption d'une directive communautaire sur la question de la prévention du harcèlement sexuel dans le monde du travail.

Si une recommandation de la Commission n° 92/131/CEE du 27 novembre 1991 sur la protection de la dignité des hommes et des femmes au travail et le code de pratique qui lui sera ultérieurement annexé, ont certes entendu fournir aux organisations syndicales, aux employeurs et à leurs représentants ainsi qu'aux travailleurs des lignes directrices avec l'ambition d'obtenir « *l'élaboration et la mise en œuvre de politiques et de pratiques permettant d'établir des lieux de travail exempts de harcèlement sexuel et dans lesquels les hommes et les femmes respectent l'intégrité humaine de chacun* », il a cependant fallu attendre la directive de la Commission n° 2002/73 du 23 septembre 2002 pour que l'Europe communautaire se dote enfin d'un outil contraignant de lutte contre le harcèlement sexuel au travail.

La directive n° 2006/54 du Parlement et du Conseil du 5 juillet 2006 (JOCE, n° L 204, 26 juillet 2006) a refondu dans un texte unique (en intégrant la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes) les différentes directives communautaires - à quelques exceptions près - portant sur le thème de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail et ce en vue de simplifier, de moderniser et d'améliorer cette législation (le texte devait être transposé par les États membres au 15 août 2008).

Enfin, a été signé, le 26 avril 2007, un accord cadre européen sur le harcèlement et la violence au travail (il devra être mis en œuvre par les organisations patronales et syndicales nationales affiliées aux organisations signataires d'ici à trois ans selon les procédures et pratiques en matière de gestion et de travail des États, indépendamment d'une directive européenne). Cet accord, qui condamne fermement le harcèlement et la violence sous toutes leurs formes et reconnaît que le harcèlement et la violence peuvent potentiellement affecter le lieu de travail de chaque travailleur, vise à favoriser la prise de conscience et la compréhension des employeurs et des travailleurs et de leur représentants sur le harcèlement et la violence au travail et à fournir un cadre d'action en vue d'identifier, de prévenir et de gérer ces problèmes (Liaisons sociales - Quotidien, 23 avr. 2007, n° 14857, p. 1).

La notion juridique de harcèlement sexuel a été introduite dans notre droit en 1992. En premier lieu, la loi du 22 juillet relative à la répression des crimes et délits contre les personnes a inséré, au sein du code pénal, un article 222-33 sanctionnant le délit de harcèlement sexuel.

Utile, le volet pénal n'en était pas moins insuffisant. D'abord parce qu'il ne mettait à la charge de l'employeur aucune obligation spécifique de prévention des agissements harcelants. Ensuite, parce qu'il n'assurait au salarié victime de ces actes aucune protection particulière contre les mesures de rétorsion dont il pouvait faire l'objet dans son emploi.

La loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail et modifiant le code du travail et le code de procédure pénale - votée à l'initiative de Véronique NEIERTZ, secrétaire d'État aux droits des femmes - a introduit la notion de harcèlement sexuel dans le code du travail (art. L. 122-46). La France devenait ainsi un des pre-

miers pays européens après la Belgique (arrêté royal du 18 septembre 1992), la Finlande (loi du 1^{er} janvier 1987) et avant l'Espagne (Decreto Real n° 11/1993), l'Autriche (loi n° 833-1992 entrée en vigueur le 1er janvier 1993), l'Allemagne (loi du 24 juin 1994) et la Suisse (loi fédérale du 24 mars 1995) à se doter de textes spécifiques de lutte contre le harcèlement sexuel au travail.

Cette loi a toutefois suscité certaines critiques tenant à son apport technique jugé assez faible. La loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes a donc procédé à l'extension de la liste des victimes potentielles des agissements de harcèlement sexuel et celle n° 2002-73 - dite de modernisation sociale - du 17 janvier 2002 a modifié en profondeur la conception même de la notion de harcèlement sexuel supprimant, entre autres, toute référence à l'abus d'autorité. De même, la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques a supprimé la possibilité de recourir à la médiation en matière de harcèlement sexuel (possibilité à l'inverse maintenue en matière de harcèlement moral).

Ainsi, non seulement la référence à l'abus d'autorité était supprimée mais disparaissait également du texte de l'incrimination l'indication des moyens du harcèlement. C'est donc très faiblement défini que le harcèlement sexuel a survécu pendant dix années, en incriminant le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle.

Les dispositions de l'article 222-33 du code pénal qui incriminaient le harcèlement sexuel jusqu'en 2012 étaient totalement attentatoires au principe de légalité dès lors que le texte ne permettait pas d'appréhender précisément l'élément matériel du délit. C'est donc logiquement que par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité, l'incrimination a été déclarée inconstitutionnelle (Cons. const. 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC).

L'article 222-33 du code pénal, dans sa rédaction issue de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012, dispose désormais :

« I. - Le harcèlement sexuel est 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 son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante.

II. - Est assimilé 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.

III. - Les faits mentionnés aux I et II sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

Ces peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende lorsque les faits sont commis :

1° Par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;

2° Sur un mineur de quinze ans ;

3° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur ;

4° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de leur auteur ;

5° Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ».

II – La notion de harcèlement sexuel :

Le délit de harcèlement sexuel présente une réelle spécificité. Parce qu'il vise une conduite qui se manifeste par des actes, des gestes ou de simples paroles à connotation sexuelle envers une personne non consentante, ayant pour effet de porter atteinte à son intégrité physique ou psychologique, il présente ainsi une criminalité intrinsèque que les qualifications antérieures au nouveau code pénal n'envisageaient pas directement. Les discriminations (C. pén., art. 225-1) ne permettent par exemple pas de sanctionner le harceleur dans toute la spécificité et la diversité des actes possibles. De même, les agressions sexuelles sont impuissantes à réprimer le harcèlement sexuel dans la mesure où il ne s'agit pas véritablement de sanctionner une agression par contact. L'adoption dans le nouveau code pénal d'une qualification spécifique relative au harcèlement sexuel s'imposait donc réellement au regard de l'insuffisance des incriminations existantes.

La nouvelle définition du harcèlement sexuel distingue deux types de harcèlement sexuel. L'article 222-33 I du code pénal appréhende ainsi le harcèlement sexuel au sens strict. Y est assimilée une autre forme d'agissement qui peut être caractérisé par un fait unique.

A) Le harcèlement sexuel au sens strict :

Le 1^{er} type de harcèlement sexuel est donc une infraction d'habitude comme l'est d'ailleurs le délit de harcèlement moral. Il est caractérisé par la prononciation de paroles ou l'adoption d'un comportement à connotation sexuelle de manière répétée.

Le législateur n'a nullement évoqué les moyens modernes de communication susceptibles d'être utilisés (SMS, courriels...) et n'a visé que « *les propos* » à l'exclusion des écrits. Toutefois, il ne fait aucun doute que ces derniers entrent dans les prévisions de la loi dès lors que la jurisprudence l'admettait déjà sous l'empire du texte ancien (Crim. 17 oct. 2012, n° 12-80.619).

Quant au concept de comportement, il est suffisamment large pour embrasser la plupart des actes constitutifs de harcèlement sexuel. Tous les gestes et agissements ainsi que toutes les démarches ou attitudes à connotation sexuelle sont ainsi susceptibles de tomber sous le coup de la loi nouvelle. La connotation sexuelle sert donc aujourd'hui à caractériser l'acte de harcèlement, pour le distinguer notamment du harcèlement moral, et non à établir sa finalité. Quoi qu'il en soit, la loi n'indique pas comment apprécier cette connotation sexuelle qui reste donc très vague et que le juge devra interpréter. Si des propos ou attitudes peuvent se révéler tout à fait univoques en comportant un caractère pornographique ou obscène, d'autres exigeront du juge un travail de qualification juridique des faits plus épineux.

On peut déduire d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation rendu le 30 sept. 2009 (n° 09-80.971) que l'appréciation de la connotation sexuelle des paroles ou comportements doit s'effectuer de manière objective et ne pas relever simplement de la perception subjective de l'auteur ou de la victime du harcèlement.

B) Le délit assimilé au harcèlement sexuel :

En ce qui concerne la seconde forme de harcèlement sexuel, l'infraction est matériellement consommée par le fait d'user de toute forme de pression grave. Le juge aura à fixer le seuil au-delà duquel une simple insistance deviendra une pression grave, étant précisé que lorsque la pression n'atteindra pas la gravité exigée par le juge, le harcèlement sexuel restera punissable dès lors que la pression aura été répétée et qu'elle constitue des propos ou comportements à connotation sexuelle au sens de l'article 222-33 I du code pénal.

La circulaire d'application de la loi nouvelle indique à cet égard que « *le caractère de gravité s'appréciera au regard du contexte, et plus précisément des relations existant entre le harceleur et sa victime, de la situation dans laquelle se trouve cette dernière, et de sa capacité plus ou moins grande à résister à la pression dont elle est l'objet* » (CRIM 2012-15/E8, 7 août 2012). Il appartiendra également au juge répressif, face à cette imprécision, de définir les modalités d'appréciation de la gravité en choisissant entre l'appréciation in concreto et l'appréciation in abstracto et d'indiquer l'origine de la pression susceptible de constituer le harcèlement sexuel punissable.

C) De la séduction maladroite au harcèlement sexuel délibéré :

La loi du 6 août 2012 s'est abstenue de clarifier cette délicate distinction.

Antérieurement à la décision du Conseil constitutionnel du 4 mai 2012, la jurisprudence avait pris soin de séparer de différencier ce qui relevait d'une entreprise de séduction pataude et ce qui caractérisait des faits de harcèlement sexuel. Aujourd'hui encore, il appartient aux tribunaux pénaux de dire ce qui relève de la séduction autorisée - plus ou moins habile selon la sensibilité et le savoir-faire de chacun - et ce qui caractérise une attitude grossière visant à nier le désir de l'autre et à porter atteinte à sa liberté sexuelle.

D) Le contexte du harcèlement sexuel:

Le harcèlement sexuel stricto sensu est défini par l'article 222-33 du code pénal dans sa rédaction issue de la loi du 6 août 2012 comme le fait d'imposer des propos ou des comportements.

Lorsqu'il existe une relation d'autorité, cette contrainte est naturellement facilitée. Ainsi, même si le texte nouveau ne réintroduit pas l'exigence d'un abus de l'autorité au titre des modalités matérielles constitutives du délit supprimée par la loi du 17 janvier 2002, la présence d'un lien d'autorité demeurera en pratique une donnée très fréquente de l'incrimination de harcèlement sexuel même si l'auteur peut être un collègue ou un subordonné.

En outre, l'utilisation du terme « *personne* » plutôt que du terme « *autrui* » anciennement visé a eu pour objectif de faire du harcèlement sexuel une infraction asexuée, qui peut être constituée tant à l'égard de personnes du même sexe que de personnes de sexe opposé. Par ailleurs, au sein du monde de l'entreprise, la référence à la personne permet de retenir le délit à l'encontre de personnes qui ne sont pas liées par une relation individuelle de travail. De même dans le domaine de la fonction publique, le terme peut désigner un simple usager du service public.

Enfin, en dehors de la sphère du travail proprement dite, l'application de l'article 222-33 du code pénal semble sans limite tant son champ d'application est large. Le cercle familial, amical, mais aussi les simples relations de voisinage ou plus largement encore les relations humaines (sportives, associatives, spirituelles, etc.) sont autant de terrains d'élection du harcèlement sexuel.

Sous l'empire de l'ancien texte, l'infraction était formelle dès lors que le harceleur pouvait être sanctionné lorsqu'il avait agi « *dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles* ». Depuis l'intervention de la loi du 6 août 2012, le harcèlement sexuel au sens strict doit recevoir la qualification d'infraction matérielle car le comportement reproché doit avoir effectivement porté atteinte à la dignité de la victime ou créé à son encontre une situation malsaine. A l'inverse, le harceleur sexuel par assimilation est punissable s'il agit dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle indépendamment de toute atteinte effective à la valeur protégée. Cette forme de harcèlement, comme

l'ancienne incrimination, constitue donc une infraction formelle qui entend assurer une protection maximale de la liberté sexuelle d'une personne en sanctionnant davantage les moyens utilisés par l'auteur du harcèlement que le résultat réellement obtenu.

L'autre finalité (alternative) des propos ou comportements à connotation sexuelle visés à l'article 222-33 I du code pénal est la création, à l'encontre de la victime, d'une *situation intimidante, hostile ou offensante*.

L'indispensable élément intentionnel de l'infraction de harcèlement sexuel se déduit quant à lui du comportement de l'auteur du délit. Ainsi, il résulte de la répétition et de l'insistance des propositions de nature sexuelle faites à des salariées en dépit de leur refus que le prévenu a agi en connaissance de cause au sens de l'article 222-33 du code pénal (Crim. 18 nov. 2015, n°14-85.591). Le harcèlement sexuel comporte un dol général qui oblige à vérifier si l'agent avait la connaissance de l'interdit et la conscience de se livrer aux actes de harcèlement et un dol spécial permettant de s'assurer que le harceleur a délibérément accompli des actes de harcèlement afin de conduire la victime à céder face aux propos, aux comportements ou à la pression grave.

Le fait d'user de toute forme de pression grave est toutefois sanctionné dès lors que le harcèlement intervient dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle. La circulaire d'application de la loi du 6 août 2012 indique que le texte « *permet de sanctionner les personnes qui agissent sans avoir vraiment l'intention d'obtenir un acte sexuel, par exemple par jeu ou dans le seul but d'humilier la victime, ou afin d'obtenir sa démission, dès lors que, de façon objective et apparente, les pressions ne pouvaient que donner l'impression à la victime comme aux tiers qui ont pu en être les témoins, qu'un acte de nature sexuelle était recherché* ». Le dol spécial de l'infraction de harcèlement sexuel par assimilation a donc en réalité quasiment disparu. Cela aurait dû faciliter la répression du harcèlement sexuel.

III – **La répression du harcèlement sexuel** :

1 - les peines

Le harcèlement sexuel sous ses deux variantes est désormais puni de 2 ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende. Outre le doublement des peines principales, la réforme a prévu de nouvelles circonstances aggravantes liées à la qualité de l'auteur ou de la victime du harcèlement sexuel.

L'article 222-33-3 du code pénal a par ailleurs été modifié par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les hommes et les femmes afin d'inclure le harcèlement sexuel dans la liste des actes filmés susceptibles d'entraîner la condamnation pour complicité de celui qui enregistre ces actes. De même, la diffusion d'images de faits constitutifs d'un harcèlement sexuel est désormais réprimée sauf lorsque l'enregistrement ou la diffusion résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public ou est réalisé afin de servir de preuve en justice (C. pén., art. 222-33-3, al. 2 et 3).

2 - la preuve et la qualification pénale des faits

Le choix de la qualification pénale la plus adaptée résultera essentiellement des preuves qui auront pu être rassemblées (par exemple : contacts physiques de nature sexuelle ou non).

La difficulté principale réside dans la nécessité d'établir la preuve des "propos ou comportements à connotation sexuelle". En effet, il faut parvenir à démontrer d'une part que le comportement du prévenu était volontaire et d'autre part qu'il était de nature à humilier, intimider ou offenser la victime. Même en présence de témoins, des éléments matériels sont rarement présents et les faits peuvent alors ne pas être suffisamment caractérisés pour permettre une poursuite pénale. Les victimes peuvent alors ne pas se sentir protégées.

Un concours de qualifications peut être rencontré entre le harcèlement sexuel et l'agression sexuelle. Une différence substantielle sépare le harcèlement de l'agression. Le premier n'est pas un acte de nature sexuelle mais une stratégie destinée à obtenir sa réalisation, contrairement au second qui suppose une atteinte physique à connotation sexuelle. La Cour de cassation a ainsi jugé que des attouchements et caresses sont plus qu'une simple atteinte à la pudeur, incluant de véritables contacts de nature sexuelle, avec ce qu'ils impliquent d'agression physique incontestable (Crim., 23 septembre 2015, n° 14-84.842, publié au Bulletin criminel).

3 - le délai de prescription

S'agissant du délai de prescription, la proposition de loi n° 2931 déposée le 1er juillet 2015 et portant réforme de la prescription en matière pénale porte à 6 ans le délai de prescription de droit commun en matière délictuelle (adoptée en première lecture à l'Assemblée Nationale et qui sera débattue à compter du 2 juin au Sénat).

En tout état de cause, une réforme du délai de prescription en matière de harcèlement sexuel serait inutile dès lors que ce délit pose déjà des problèmes de preuve.

L'USM est opposée à un allongement du délai de prescription ou à une disposition spéciale permettant de repousser le point de départ de celle-ci. Un tel régime dérogatoire créerait une discrimination entre les victimes de harcèlement sexuel et celles d'autres infractions. De plus, cela ne ferait qu'engendrer des espoirs vains pour les victimes dès lors que le problème de la preuve s'aggrave avec le temps.

Plutôt qu'une nouvelle réforme, les victimes de harcèlement ont besoin de bénéficier d'une meilleure prise en charge, par des professionnels (enquêteurs, avocats, médecins, magistrats, inspecteurs du travail...) bien formés au recueil de ce type de témoignages et de preuves. De même, des moyens suffisants doivent être donnés aux associations qui les accompagnent et leur permettent de s'exprimer et de témoigner.

Les victimes doivent également être protégées afin de ne pas craindre de mesures de rétorsion. Sur ce point, il convient de citer un récent arrêt rendu le 12 novembre 2015 par la Cour administrative d'appel de Versailles (CAA Versailles, 12 novembre 2015, n° 14VE03618 14VE03620) qui estime que le fait pour un salarié de dénoncer un harcèlement sexuel de bonne foi, même si une enquête administrative détermine ensuite qu'il n'est pas établi, ne peut constituer un motif de sanction disciplinaire .