

Paris, le 3 juin 2016

Avis du Défenseur des droits n°16-16

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Auditionné le 2 juin 2016 par la mission d'information sur l'évaluation de la loi n°2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel,

Émet l'avis ci-joint.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

A titre liminaire, il convient de souligner, de manière générale, que le harcèlement sexuel au travail est loin d'être un phénomène marginal.

Il ressort ainsi d'une enquête sur le sujet auprès de 1000 personnes âgées de plus de 18 ans et d'un échantillon complémentaire de 300 femmes actives âgées de 18 à 64 ans, réalisée par l'IFOP en janvier 2014 pour le compte du Défenseur des droits, que 20% des femmes actives disent avoir été confrontées à une situation de harcèlement sexuel au cours de leur vie professionnelle et 20% des femmes et des hommes déclarent connaître au moins une personne ayant été victime de harcèlement sexuel dans le cadre de son travail.

L'expérience du harcèlement sexuel au travail est équivalente dans les secteurs privé et public : 21% des femmes de 18 à 64 ans interrogées rapportent ainsi avoir subi un harcèlement sexuel dans le privé et 19% dans le public.

Les gestes et propos à connotation sexuelle sans le consentement de la personne, l'environnement de travail tolérant des blagues à caractère sexuel et le chantage sexuel sont, avec l'envoi de messages à caractère pornographique, les manifestations les plus souvent rapportées. Ces agissements sont avant tout le fait de collègues de travail, mais aussi de l'employeur ou d'un supérieur hiérarchique. Or, seuls 18% des femmes et des hommes déclarent que leur employeur a mis en place des mesures de prévention du harcèlement sexuel (information, sensibilisation, communication, formation).

L'enquête révèle que les femmes confrontées à ces situations doivent le plus souvent compter sur elles-mêmes et ne sont pas toujours en mesure de parler des agissements qu'elles ont subis. Ainsi, près de 30% des femmes actives qui ont été victimes de harcèlement n'en parlent à personne. Lorsqu'elles en parlent, c'est d'abord à leur famille (55%) ou à leurs collègues (43%) et moins d'un quart en font part à la direction ou à l'employeur. Au final, 5% seulement des cas sont portés devant la justice.

Les recours devant la justice sont donc très peu fréquents alors que la protection des victimes contre les agissements de harcèlement sexuel est reconnue tant par le droit communautaire que le droit interne.

1. Cadre juridique général

S'agissant de la protection particulière contre le harcèlement sexuel, la définition du harcèlement sexuel et les sanctions qui y sont attachées ont été entièrement revues par la loi n°2012-954 du 6 août 2012, précisée par une circulaire du ministère de la justice du 7 août 2012.

La loi du 6 août 2012 a modifié la définition du harcèlement sexuel dans le code pénal, le code de procédure pénale et le code du travail ainsi que dans la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. A cette occasion, le Défenseur des droits, Dominique BAUDIS, s'était exprimé le 6 juillet 2012 devant la commission des lois en défendant une nouvelle réécriture de la définition du harcèlement sexuel et avait relevé le fait que le harcèlement sexuel est une discrimination.

Le législateur appréhende de manière identique le harcèlement sexuel dans le code pénal (article 222-33-I-II), le code du travail (article L.1153-1) et dans le statut de la fonction publique (article 6 ter de la loi du 13 juillet 1983) et en donne une double définition.

Ainsi, le harcèlement sexuel comme « des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité (au salarié) en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante (...) ou comme une forme de pression grave, même non répété, exercé dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle ». Le harcèlement sexuel est désormais appréhendé de manière beaucoup plus large puisqu'il ne se définit plus uniquement par l'objectif poursuivi par son auteur - obtenir des faveurs sexuelles - mais par les conséquences du comportement sur la victime. Ces comportement ou agissements doivent ainsi soit porter atteinte à la dignité de la victime en raison de leur caractère humiliant ou dégradant, soit créer à l'encontre de la victime une situation intimidante, hostile ou offensante.

Il en sera ainsi des propos ou comportements ouvertement sexistes, grivois, obscènes, tels que les paroles ou écrits répétés. Il en est également ainsi d'agissements ne portant pas en eux-mêmes atteinte à la dignité mais ayant pour conséquence de rendre insupportables les conditions de travail de la victime. L'employeur a également, en matière de harcèlement sexuel, comme c'est le cas pour le harcèlement moral, une obligation de sécurité de résultat.

En effet, les dispositions de l'article L.1153-5 du code du travail précisent que « l'employeur prend toutes les dispositions nécessaires en vue de prévenir les faits de harcèlement sexuel ». L'obligation de prévention s'impose également aux employeurs publics.

Il est ainsi de jurisprudence constante que : « L'employeur, tenu d'une véritable obligation de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, manque à cette obligation, lorsqu'un salarié est victime sur le lieu de travail d'agissements de harcèlement moral ou sexuel exercés par l'un ou l'autre de ses salariés, quand bien même il aurait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements. » (Cass. Soc., 3 février 2010, n°08-44019).

Cette obligation de sécurité de résultat signifie que la responsabilité de l'employeur, dès lors que des faits de harcèlement sont constatés, est automatique.

Il convient également de rappeler que la société, employeur des réclamants, est responsable des agissements de ses préposés comme l'indique la Cour de cassation, dans un arrêt de la chambre sociale du 10 mai 2001 : « l'employeur doit répondre des agissements des personnes qui exercent de fait ou de droit une autorité sur les salariés ».

Le code du travail (article L1153-6), tout comme le statut de la fonction publique (article 6 ter de la loi du 13 juillet 1983), prévoient également depuis la loi n°2012-954 du 16 août 2012, des sanctions disciplinaires pour les auteurs de faits de harcèlement sexuel.

Enfin, comme il a été dit précédemment, la loi du 6 août 2012 a réécrit l'incrimination dans le code pénal.

Ainsi, en son article 222-33, le Code pénal énonce que « 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. Est assimilé à du 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 ou au profit d'un tiers ».

La Chambre criminelle de la Cour de Cassation s'est prononcée pour la première fois sur cette nouvelle définition du harcèlement sexuel dans sa décision n°14-85.591 du 18 novembre 2015. Elle précise que le terme « propos » doit être entendu dans sa plus large acception (propos écrits, oraux, courriels, sms etc...). De plus, elle considère que pour retenir la connotation sexuelle des faits, il n'est pas nécessaire qu'ils soient expressément ou directement sexuels, ni même qu'ils soient réalisés dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle.

Par ailleurs, selon l'article 1er de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 la discrimination inclut également « (...) *tout agissement à connotation sexuelle subi par une personne ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ».

Il faut rapprocher cette définition de celle retenue par l'article 2-1 d) de la directive 2006/54 du Conseil du 5 juillet 2006 précitée qui précise que le harcèlement sexuel s'entend de « 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 ».

Tout comme le harcèlement lié au sexe d'une personne, le harcèlement sexuel constitue également une discrimination.

Coexistent désormais en droit interne, trois définitions du harcèlement sexuel. Celle visée à l'article 1er de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 est plus large que celles de l'article 6 ter de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 en ce qu'elle n'implique pas que les agissements soient répétés et ne requiert aucune pression grave sur la victime.

On peut enfin rappeler que le Conseil d'Etat¹ a considéré que sont constitutifs de harcèlement sexuels et, comme tels, passibles d'une sanction disciplinaire « *des propos, ou des comportements à connotation sexuelle, répétés ou même, lorsqu'ils atteignent un certain degré de gravité, non répétés, tenus dans le cadre ou à l'occasion du service, non désirés par celui ou celle qui en est le destinataire et ayant pour objet ou pour effet soit de porter atteinte à sa dignité, soit, notamment lorsqu'ils sont le fait d'un supérieur hiérarchique ou d'une personne qu'elle pense susceptible d'avoir une influence sur ses conditions de travail ou le déroulement de sa carrière, de créer à l'encontre de la victime, une situation intimidante, hostile ou offensante* » (CE, 15 janvier 2014, La Poste SA c/MB, n°362495).

¹ A noter que les faits examinés par le Conseil d'Etat l'ont été à la lumière de l'article 6 ter de la loi du 13 juillet 1983 dans sa version antérieure à celle de la loi du 6 août 2012. Ce faisant, le Conseil d'Etat s'inspire des éléments introduits depuis cette date à l'article 6 ter.

2. Compétence du Défenseur des droits

- *Les saisines*

Le harcèlement sexuel constitue une discrimination. C'est sur cette qualification qu'il faut insister afin que les victimes puissent être orientées vers le Défenseur des droits. L'Institution intervient alors au titre de sa compétence en matière de lutte contre les discriminations définie par l'article 4 3° de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011.

S'agissant du principe général de non-discrimination, les dispositions de l'article L.1132-1 du Code du travail prévoient qu'« aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (...) ».

Bien que la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 ne soit pas mentionnée par l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, il importe de souligner que ses dispositions s'appliquent aussi aux fonctionnaires et aux agents publics.

Lorsque le Défenseur des droits est saisi d'une réclamation pour harcèlement sexuel, la technique d'enquête est extrêmement rigoureuse. Elle repose en premier lieu sur une écoute afin de mettre en confiance la personne. Cette écoute se prolonge systématiquement par une audition de la réclamante qui est le plus souvent assistée par une association, le cas échéant suivie d'une vérification sur place (avec prise de photos des locaux afin de pouvoir comparer les faits rapportés). Enfin, les services du Défenseur des droits procèdent à une audition des personnes mis en cause (respect du principe du contradictoire).

Depuis l'adoption de la loi du 6 août 2012 sur le harcèlement sexuel, le Défenseur des droits a été saisi de 18 dossiers en emploi privé et 12 dossiers en emploi public. Le plus souvent, ce sont des associations qui font la démarche de saisir l'Institution (l'AVFT notamment).

Le Défenseur des droits a ainsi pris 5 décisions concernant le secteur de l'emploi privé, parmi lesquelles figurent une recommandation et 4 décisions de présentations d'observations devant les juridictions.

À ce jour, les audiences au cours desquelles le Défenseur des droits a fait connaître sa position sont intervenues mais il n'y a pas encore eu de délibéré.

S'agissant de l'emploi public, le Défenseur des droits a adressé une recommandation au ministère de l'Intérieur lui demandant d'engager une réflexion sur la mise en place d'une cellule, extérieure à la ligne hiérarchique², qui serait chargée de recueillir et de traiter les réclamations des agents portant sur des faits de discrimination, de harcèlement fondé sur le sexe et de harcèlement sexuel.

Le principal constat que l'on peut donc faire est que le nombre de saisines du Défenseur des droits reste très faible au regard de l'ampleur de ce phénomène.

² A l'instar de la cellule *Thémis* mise en place par le ministère de la Défense (décision n°6877/DEF/CAB du 21 juillet 2014)

- *Les causes du faible nombre de saisines*

Ce phénomène semble relever de deux causes principales.

D'une part, comme on l'a déjà dit, les personnes victimes de harcèlement sexuel, bien souvent, ne connaissent pas leurs droits et ne se sentent pas suffisamment en confiance pour dénoncer les faits et assumer la lourdeur d'une procédure.

Il convient de s'interroger sur la seconde définition du harcèlement introduite par la loi de 2012. Celle-ci prévoit que le harcèlement sexuel puisse être caractérisé y compris lorsque le comportement du harceleur n'est pas destiné à obtenir des faveurs sexuelles et vise « des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité (au salarié) en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ».

L'insertion de cette seconde définition amène les victimes à ne pas pouvoir toujours distinguer entre les situations qu'elles subissent, et cette confusion étant renforcée par l'introduction dans le code du travail de la notion de sexisme.

Le Défenseur des droits a donc relancé en avril 2015 une campagne de sensibilisation au travers de dépliants pédagogiques destinés aux victimes potentielles comme aux employeurs. Cette démarche de communication mériterait d'être soutenue par l'Etat.

Le 17 décembre 2013, la ministre chargée de la Fonction publique et le Défenseur des droits ont signé une charte pour la promotion de l'égalité et la lutte contre les discriminations dans la fonction publique. L'application de cette charte a fait l'objet en 2015 d'un bilan. Celui-ci indiquait que « la question du harcèlement restait encore largement méconnue de la plupart des employeurs publics. Pourtant, tout agissement constitutif d'un harcèlement moral ou sexuel peut être sanctionné dans la fonction publique sur le plan disciplinaire comme sur le plan pénal et la responsabilité de l'employeur public peut être engagée du fait du comportement fautif d'un agent. ».

Dans le domaine de l'emploi public, l'insuffisance des actions mises en œuvre par les administrations à la suite d'un signalement est souvent soulevée : témoignages non pris au sérieux, enquête non diligentée, absence de mesures ou moyens insuffisants pour traiter la situation, protection fonctionnelle refusée à la victime, rares et symboliques mesures de sanction disciplinaire... Lorsqu'une femme qui a subi un harcèlement décide d'agir, l'autorité tend encore trop souvent à déplacer la victime pour la protéger, ce qui tend à l'isoler et à lui donner l'impression d'être l'objet d'une sanction, sentiment d'autant plus fort que souvent, dans le même temps, l'auteur des faits reste en place et n'est nullement sanctionné.

D'autre part, plusieurs questions d'ordre procédural se posent. La prescription fixée à trois ans n'est-elle pas trop courte pour permettre à des personnes souvent traumatisées de s'engager dans une démarche de dénonciation sachant les conséquences et les représailles que cela peut engendrer ?

La ministre des Familles, de l'Enfance et des Droits des femmes, Mme Laurence Rossignol s'est prononcée récemment pour le passage de trois à six ans des délais de prescription

pour les délits de harcèlement sexuel et d'agression sexuelle. Le Défenseur des droits est favorable à cet allongement du délai de prescription.

La proposition de loi portant réforme de la prescription en matière pénale présentée par les députés Alain TOURRET et Georges FENECH, adoptée à l'unanimité par l'Assemblée nationale le 10 mars dernier, propose notamment dans son article 1^{er} de porter de 3 à 6 ans le délai de prescription de l'action publique en matière délictuelle. L'adoption de ce texte constituerait une réponse sur ce point.

La ministre des Familles, de l'Enfance et des Droits des femmes a aussi indiqué que le gouvernement étudiait une autre mesure visant à "faciliter les dépôts de plainte" en permettant aux associations de déposer plainte en lieu et place des victimes. Un amendement pourrait être soumis dans la loi Egalité et Citoyenneté qui va être examinée par le Parlement en juin. Le Défenseur des droits y est favorable et suivra attentivement les débats sur ce texte.

Le Défenseur des droits insiste enfin sur le fait que les victimes de harcèlement sexuel bénéficient d'un aménagement de la charge de la preuve devant les juridictions civiles et administratives, ce qui facilite la preuve des faits et renforce leur protection. Or, ce dispositif ne vaut que pour les faits de harcèlement sexuel qui sont commis dans le cadre de l'emploi. Dès lors que les faits sont commis dans un cadre non professionnel, tel le milieu sportif ou politique, les victimes n'ont d'autre choix que d'emprunter la voie pénale.

- **Les évolutions législatives attendues**

Le projet de loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle comprend, comme le projet de loi Egalité et Citoyenneté, dans leurs rédactions actuelles, plusieurs dispositions visant à modifier la loi du 27 mai 2008.

Or, dans la mesure où l'objectif visé est d'harmoniser les régimes de protection, susceptibles de varier selon le motif de discrimination considéré et le domaine considéré (emploi, accès aux biens et services...), le Défenseur des droits recommande qu'un recours civil puisse être également prévu pour les personnes victimes de harcèlement sexuel commis dans d'autres domaines que celui de l'emploi, afin qu'elles puissent bénéficier, comme d'autres victimes de discrimination, de l'aménagement de la preuve tel que prévu par l'article de la loi du 27 mai 2008.

Par ailleurs, le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actif-ve-s, dans l'état actuel de sa rédaction, introduit un nouveau chapitre 1er bis intitulé « renforcer la lutte contre les discriminations, harcèlement sexuel et agissements sexistes » alignant l'aménagement de la charge de la preuve entre harcèlement et discrimination (présenter des éléments de faits et non plus établir des faits) et ajoutant les agissements sexistes dans les obligations de mention dans le règlement intérieur et au sein de l'obligation de sécurité de l'employeur (article L1142-2-1 du code du travail).

Le Défenseur des droits est bien entendu très favorable avec ces ajouts. Néanmoins, il serait tout aussi essentiel d'interdire ces agissements sexistes dans la fonction publique. Cela apparaît d'autant plus important que l'employeur est tenu de prendre des mesures de

prévention en matière d'agissements sexistes (article 1er quater). Dès lors que l'article L4121-2 du code du travail s'applique aux employeurs publics, il serait logique que les agissements sexistes soient également prohibés dans loi n°83-634 du 13 juillet 1983.

En conclusion, il est important de souligner que malgré l'importance de la réalité du harcèlement sexuel au travail, la réticence des victimes s'inscrit dans la réalité de la difficulté à mettre en œuvre le recours et le constat partagé avec les associations, de la difficulté à obtenir une réponse pénale. Ceci conduit le Défenseur des droits à s'interroger sur les conditions à mettre en œuvre pour améliorer l'effectivité de la protection pénale face à la vulnérabilité des victimes, qui sont particulièrement exposées lorsqu'il s'agit de harcèlement au travail.