

Une question de vocabulaire

On a beau lire et relire le discours de Jean-Marc Ayrault prononcé lors de l'Université d'été du MEDEF, on ne trouve pas trace du terme « flexibilité ». Il y est largement question de « sécurisation de l'emploi » d'« accompagnement des mutations économiques », d'« amélioration ou de sécurisation juridique des procédures de licenciement collectif » etc., mais de « flexibilité » il n'y a point. Un terme qui relève en revanche de l'ADN patronal et dont le MEDEF réclame la mise en musique à grand cri. Le document d'orientation qui sera remis aux organisations syndicales et patronales mi-septembre, et qui servira de base aux négociations sur la sécurisation de l'emploi, ne devrait pas davantage employer ce terme, sauf à heurter les organisations syndicales. Voici une négociation qui risque de s'avérer bien difficile à mener et à conclure. En attendant, Carrefour, premier employeur du secteur privé, vient d'annoncer la suppression de 500, voire de 600 postes. Pour ce faire, le plan de départs volontaires reste le dispositif privilégié, jusqu'ici le plus consensuel. Mais à force d'être utilisé, il n'est pas sûr qu'il le reste.

Françoise Champeaux

HARCÈLEMENT SEXUEL. L'incrimination de harcèlement sexuel est rétablie dans le Code pénal. Les peines encourues sont aggravées. Une répression spécifique du délit de discrimination suite à des faits de harcèlement est prévue.

Les nouveaux habits du harcèlement sexuel

C'était une belle tautologie. La définition du harcèlement sexuel issue de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, « harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles », n'a pas résisté aux foudres du Conseil constitutionnel qui a décidé le 4 mai dernier, suite à une QPC, d'abroger purement et simplement le délit de harcèlement sexuel (Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC; Semaine sociale Lamy n° 1538, p. 2, n° 1540, p. 5, entretien avec Cl. Waquet). Cette décision d'application immédiate a eu pour effet d'éteindre toutes les procédures pénales en cours. Devant ce vide juridique et les protestations des associations de victimes, le Gouvernement a très vite, le 13 juin, déposé un projet de loi au Sénat en tenant compte des sept propositions de loi. La procédure accélérée a été utilisée. Une première lecture a eu lieu à la chambre haute le 12 juillet, et le 24 juillet à l'Assemblée nationale. Le texte a été adopté à l'unanimité. La loi du 6 août sur le harcèlement sexuel est publiée au *Journal officiel* du 7 août.

UNE DOUBLE DÉFINITION

La nouvelle définition est insérée dans le Code pénal mais aussi dans le Code du travail et dans la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

► Des faits répétés

« 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 » (C. pén. art. 222-33.-1; C. trav., art. L. 1153-1 1°).

Cette définition s'inspire pour partie de celle figurant dans plusieurs direc-

tives européennes. Ces dernières font découler la notion de harcèlement sexuel de celle de discrimination fondée sur le sexe, et la définissent 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 » (directives 2002/73/CE, 23 sept. 2002, 2004/113/CE, 13 déc. 2004 et 2006/54/CE, 5 juill. 2006). Néanmoins, la rédaction communautaire a été jugée trop imprécise pour définir une infraction pénale, notamment parce qu'elle ne repose pas sur des éléments objectifs mais sur des considérations subjectives (la perception de la victime de harcèlement) et qu'elle retient une acception particulièrement large de l'élément intentionnel (« avec pour objet ou pour effet »).

La nouvelle définition suppose la réunion des conditions suivantes :

Des actes répétés

Selon la circulaire adressée aux procureurs généraux parue dans la foulée de la loi, il suffit que les faits aient été commis à deux reprises. Ces actes peuvent d'ailleurs être répétés dans un très court laps de temps.

Des propos ou comportements à connotation sexuelle

Il n'est pas exigé qu'ils présentent un caractère explicitement et directement sexuel. Pour être punissables, ces comportements ou propos doivent soit porter atteinte à la dignité de la victime en raison de leur caractère dégradant ou humiliant (comportements sexistes, grivois, paroles ou écrits répétés constituant des provocations, injures ou diffamations), soit créer à l'encontre de la victime une situation intimidante, hostile ou offensante (comportement

qui a pour conséquence de rendre insupportables les conditions de vie, de travail ou d'hébergement, de la victime).

Le non-consentement de la victime

Selon la circulaire, la loi n'exige pas que la victime ait fait connaître de façon expresse et explicite à l'auteur des faits qu'elle n'était pas consentante.

► Un acte unique

« 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 d'un tiers » (C. pén., art. 222-33.-II; C. trav., art. L. 1153-1 2°).

Initialement, le texte concevait ce harcèlement par chantage comme une forme aggravée du harcèlement sexuel exigeant des actes répétés : ses éléments constitutifs étaient donc ceux du délit de harcèlement/actes répétés, auxquels devaient s'ajouter l'usage « d'ordres, de menaces, de contraintes ou de toute autre forme de pression grave », et un objectif de recherche d'une relation de nature sexuelle. La Commission des lois a supprimé les termes « ordres », « menaces » et « contraintes » qui présentaient le défaut d'être trop proches de ceux constituant l'élément matériel de l'agression sexuelle ou du viol¹ et, de ce fait, créaient une confusion entre ces deux dernières incriminations et celle de harcèlement sexuel. Cette nouvelle définition permet de satisfaire au principe constitutionnel de légalité des délits et des peines, par l'emploi d'un terme précis et déjà connu de notre droit pénal, tout en réduisant le risque de déqualification de faits d'agression sexuelle ou de tentative de viol en harcèlement sexuel.

Le harcèlement acte unique suppose la réunion des conditions suivantes :

Toute forme de pression grave

La circulaire donne des exemples de « pression grave » : la personne tente d'imposer un acte de nature sexuelle à la victime en contrepartie d'un avantage comme l'obtention d'un emploi, d'une augmentation ou encore lui promet d'éviter son licenciement, une mutation non désirée, etc.

La finalité de la pression

La finalité peut être réelle ou apparente, ce qui permet, selon la circulaire, de sanctionner les personnes qui agissent sans avoir vraiment l'intention

d'obtenir un acte sexuel, par exemple pour humilier la victime, dès lors que celle-ci avait toutes les raisons de penser qu'un acte de nature sexuelle était recherché.

Il n'est pas nécessaire que l'acte soit recherché au profit de l'auteur du harcèlement dans la mesure où il peut l'être au profit d'un tiers.

LA RÉPRESSION DU HARCÈLEMENT SEXUEL

Pour les deux types de harcèlement, les faits sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende (C. pén., art. 222-33, III). Ces peines ont été doublées par rapport à celles qui étaient prévues auparavant.

La loi prévoit cinq circonstances aggravantes. Les peines sont alors portées à trois ans d'emprisonnement et à 45 000 euros d'amende lorsque les faits sont commis par :

« 1° 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 l'auteur ;

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

Remarques :

• La circonstance aggravante de vulnérabilité économique et sociale constitue une nouveauté introduite pour la première fois pour le délit de harcèlement sexuel. Cette disposition est issue de l'adoption d'un amendement du Gouvernement qui a répondu à des préoccupations exprimées par la Commission des affaires sociales du Sénat. Cet apport du Sénat permettra

de tenir compte de la situation de précarité ou de dépendance dans laquelle se trouvent de nombreuses femmes victimes de harcèlement sexuel.

• L'abus d'autorité qui, jusqu'en 2002, caractérisait un des éléments constitutifs du délit de harcèlement, est désormais une circonstance aggravante.

• Le harcèlement sexuel à l'égard d'un salarié n'est plus sanctionné par le Code du travail, puisque la sanction est désormais prévue par le Code pénal.

• L'article L. 8112-2 du Code du travail a été complété pour permettre aux inspecteurs du travail la constatation des délits de harcèlement sexuel ou moral prévus par les articles 222-33 et 222-33-2 du Code pénal dans leur nouvelle rédaction issue de la loi.

NB : les peines du harcèlement sexuel ayant été relevées, il a paru nécessaire de porter également à deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende les peines encourues en matière de harcèlement moral (C. pén. art. 222-33-2 mod.).

Le harcèlement moral est désormais uniquement sanctionné par les dispositions de l'article 222-33-2 du Code pénal et non plus par celles de l'article L. 1152-2 du Code du travail, ce dernier réprimant les discriminations dans le travail liées à un harcèlement sexuel.

LES DISCRIMINATIONS FAISANT SUITE À UN HARCÈLEMENT SEXUEL

► Les discriminations prévues par le Code pénal

« Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tel que définis à l'article 222-33 ou témoigné de tels faits, y compris dans le cas mentionné au 1 du même article [harcèlement sexuel exigeant des actes répétés], si les propos ou ●●●

La discrimination en raison de l'identité sexuelle

L'article 225-1 du Code pénal a été modifié pour intégrer un nouveau cas de discrimination, celui de l'identité sexuelle qui se conjugue à celui de l'orientation sexuelle. Il s'agit de mettre clairement en évidence que ces dispositions s'appliquent non seulement aux personnes homosexuelles, mais également aux personnes transsexuelles ou transgenres. Dans toutes les dispositions législatives qui utilisaient l'expression orientation sexuelle, le législateur a remplacé ce terme par « orientation ou identité sexuelle ». Selon la circulaire, ces ajouts ne modifient pas le fond du droit mais ont pour objectif de rendre le droit pénal plus explicite.

●●● *comportements n'ont pas été répétés* » (C. pén., art. 225-1-1 nouv.).

- Pour le volet droit du travail, ces discriminations consistent à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne, à subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à des agissements constitutifs de harcèlement sexuel.

- Ces faits sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende.

Le délit de discrimination faisant suite à un harcèlement sexuel concerne à la fois :

- les personnes victimes de harcèlement sexuel, qu'elles aient subi ou refusé de subir ces faits;
- les personnes qui ont témoigné sur les faits de harcèlement sexuel.

► Les discriminations prévues par le Code du travail

Les comportements discriminatoires dans les relations de travail sont précisés par l'article L. 1153-2 du Code du travail qui interdit que le salarié soit « *sanctionné, licencié* » ou qu'il fasse « *l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat* ».

Les peines prévues par l'article L. 1155-2 du Code du travail sont un an d'emprisonnement et 3 750 euros d'amende. Le législateur rétablit ainsi les peines applicables avant la recodification de 2008 qui avait omis d'assortir de sanctions pénales la discrimination suite à des faits de harcèlement sexuel. Ce qui a été présenté par le Gouvernement comme « *une erreur de codification* » vient d'être rétabli.

NB : les discriminations les plus graves (licenciement, sanction) sont

déjà réprimées par les articles 225-1-1 et 225-2 du Code pénal. En cas de poursuites, c'est la qualification la plus sévèrement sanctionnée, celle du Code pénal, qui doit être retenue.

Les dispositions du Code du travail ne s'appliqueront qu'aux autres cas (exemple : mutation, refus de promotion intervenant à la suite d'un harcèlement sexuel).

RENFORCEMENT DE LA PRISE EN COMPTE DES DROITS DE LA VICTIME

- Le Code de procédure pénale est modifié afin de permettre aux associations qui prévoient uniquement la lutte contre le harcèlement sexuel d'exercer les droits reconnus à la partie civile en cas d'infractions sexuelles (C. proc. pén., art. 2-2). Auparavant, seules les associations de lutte contre la violence sexuelle pouvaient exercer les droits reconnus à la partie civile.

- l'article 39 quinquies de la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 punit de 15 000 euros d'amende la diffusion par les médias de l'identité et de l'image des victimes d'« *agressions ou d'atteintes sexuelles* » si cette diffusion se fait sans leur accord écrit. Ces dispositions sont désormais applicables aux victimes de harcèlement sexuel.

ENTRÉE EN VIGUEUR

Les nouvelles dispositions ne peuvent s'appliquer qu'à des faits de harcèlement ou de discriminations faisant suite à des harcèlements commis à compter du 8 août 2012, jour suivant la publication de la loi au JO.

S'agissant du harcèlement sexuel exigeant des actes répétés, il suffit qu'un des actes exigés par la loi ait été commis à partir du 8 août pour que l'infraction soit caractérisée.

S'agissant des délits de discrimination en raison de faits de harcèlement sexuel,

l'élément constitutif de l'infraction consiste dans le comportement discriminatoire, tel le refus d'embauche ou le licenciement. Les nouvelles dispositions sont applicables à des discriminations commises à partir du 8 août, même si elles étaient motivées par des harcèlements commis avant cette date.

La loi et la circulaire détaillent la situation des victimes de faits de harcèlement commis avant l'entrée en vigueur de la loi. Plusieurs situations doivent être envisagées :

- si une juridiction d'instruction ou de jugement a été saisie avant la décision du Conseil constitutionnel, l'éventuelle requalification des faits constitue non pas une possibilité mais un devoir pour la juridiction ;

- en présence d'une décision de classement sans suite, les magistrats du ministère public doivent informer les victimes de leur possibilité de demander réparation devant les juridictions civiles sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ;

- l'article 12 de la loi prévoit une règle de droit transitoire permettant au tribunal correctionnel ou à la chambre des appels correctionnels de demeurer compétente pour allouer des dommages-intérêts sur le fondement du Code civil. ■

► L. 6 août 2012, n° 2012-954
JO 7 août; Circ., 7 août 2012,
Crim 2012-15/E8

AFFICHAGE

La nouvelle définition du harcèlement sexuel doit être affichée dans les lieux de travail ainsi que dans les locaux ou à la porte des locaux où se fait l'embauche.

Délit de discrimination vs délit de harcèlement

Il convient de bien distinguer le délit de discrimination de celui de harcèlement sexuel. Le délit de discrimination ne suppose pas nécessairement la commission préalable d'un délit de harcèlement sexuel.

Selon la circulaire, trois situations sont susceptibles de se présenter en pratique :

- une personne a été victime du délit de discrimination, sans que le délit de harcèlement ait été commis. *Exemple :* une personne qui a fait l'objet de la part de son employeur d'un propos à connotation sexuelle portant atteinte à sa dignité, même non répété, est licenciée pour avoir protesté à la suite de ce comportement sexiste ;
- une personne a été victime du délit de harcèlement sans que celui-ci soit suivi d'une discrimination. *Exemple :* une personne est harcelée par un collègue de travail, sans que ces faits aient une conséquence sur sa carrière ;
- une personne a été victime du harcèlement, puis d'une discrimination suite à ce délit. *Exemple :* une personne est harcelée par son employeur avant d'être licenciée pour cette raison. Le ministère devra poursuivre ces deux infractions puisque ces délits sont l'un et l'autre constitués.