

LE SALARIÉ, ENTRE RUPTURE CHOISIE ET RUPTURE SUBIE ?

Interrogations sur des ruptures du contrat de travail

Les remous de la protection contre les harcèlements au travail

par *Christophe RADÉ*,

Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux

I. Le renforcement de la répression

A. Le harcèlement sexuel mieux défini

B. Des sanctions plus sévères

L'abrogation de l'article 222-33 du Code pénal. Alors que les juristes avaient tiré, dès 2002, la sonnette d'alarme après la redéfinition *a minima* dans le Code pénal de l'incrimination de harcèlement sexuel (1), le grand public a appris avec stupeur l'annonce de l'abrogation par le Conseil constitutionnel, qui plus est à effet immédiat, de l'article 222-33 du Code pénal, jugé comme étant contraire au principe de légalité (2).

II. Des discriminations mieux appréhendées

A. Des victimes mieux protégées

B. Des témoins mieux protégés

Contrairement à une idée un peu trop facilement reçue, l'abrogation du texte a, certes, fait tomber l'ensemble des procédures en cours à la date de la décision, à commencer par celle qui visait un ancien membre du gouvernement de Jacques Chirac, alors Premier Ministre de Valéry Giscard d'Estaing (*tous deux membres du Conseil constitutionnel, fallait-il le rappeler ?*), mais n'a pas privé les victimes de tout moyen d'action. Sans évoquer ici les autres infractions éventuellement caractérisées sur un plan pénal, il convient d'observer que, sur le plan du droit du travail, l'abrogation du texte pénal n'a eu aucune véritable incidence, et ce alors même qu'on pouvait craindre une contagion de l'effet aux dispositions pénales présentes dans le Code du travail et qui souffraient de la même coupable imprécision.

L'adoption d'un nouveau dispositif. Fort heureusement, les pouvoirs publics ont réagi rapidement et une nouvelle définition, à la fois plus précise et plus complète, de l'infraction a été réintroduite dans le Code pénal par la loi du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel (3), ce qui a, logiquement, entraîné la modification de la définition présente dans le Code du travail. Le texte a eu une ambition plus large et a également doublé les sanctions infligées aux coupables et renforcé la protection accordée aux victimes.

Ces textes ne bouleversent pas le régime juridique du harcèlement en droit du travail, et ne retirent aucun droit aux victimes, fort heureusement d'ailleurs. Celles-ci, ainsi que les salariés qui dénoncent les faits ou témoignent de leur existence, disposent toujours d'un arsenal juridique extrêmement efficace qui leur permet d'obtenir l'annulation de toutes les mesures subies en lien avec un harcèlement, et la réparation des préjudices qui leur ont été causés.

(1) Critiquant l'imprécision de la définition nouvelle : P. Conte, « Une nouvelle fleur de légistique : le crime en boutons. À propos de la nouvelle définition du harcèlement sexuel », JCP G 2002, act. 320 ; D. Roets, « L'inquiétante métamorphose du délit de harcèlement sexuel », D., 2002, p. 2059.

(2) Cons. const., 4 mai 2012 : D. 2012, p. 1372, n. S. Detraz ; *ibid.* 1177, édito. F. Rome ; *ibid.* 1344, point de vue G. Roujou de Boubée ; *ibid.* 1392, entretien Ch. Radé ;

Dr. soc. 2012. 714, n. B. Lapérou-Schneider ; *ibid.* 720, chron. R. Salomon et A. Martinel.

(3) Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel (JORF n° 0182 du 7 août 2012) ; circulaire du 7 août 2012 : Lexbase Hebdo édition sociale n° 496 du 6 septembre 2012, et l'étude (n° Lexbase : N3350BTA). Également L. Lerouge, « Harcèlement : nouvelles dispositions issues de la loi du 6 août 2012 », Dr. soc. 2012, p. 944.

Répression et protection. Les dispositions issues de la loi du 6 août 2012 n'ont donc pas modifié le sort du licenciement d'une victime ou d'un témoin, qui demeure annulable, mais sensiblement facilité leur protection en affichant une plus grande sévérité à l'encontre des auteurs de harcèlements professionnels, ce dont on ne

peut que se réjouir (I). Le texte a également enrichi l'arsenal juridique, singulièrement en approfondissant les liens déjà existants entre harcèlement et discrimination, abordant cette fois-ci la question du côté des victimes, qui se trouvent mieux protégées (II).

I. Le renforcement de la répression

Précision et sanctions. La loi du 6 août 2012 retient une conception à la fois plus précise et plus large du harcèlement sexuel (A), et a renforcé les sanctions de tous les harcèlements (B).

A. Le harcèlement sexuel mieux défini

Le remplacement de l'article 222-33 du Code pénal. C'est essentiellement pour remplacer la défunte incrimination de harcèlement sexuel que le législateur devait intervenir après l'abrogation par le Conseil constitutionnel de l'article 222-33 du Code pénal. La loi nouvelle devait, par la même occasion, permettre de sécuriser les dispositions présentes dans le Code du travail en matière de harcèlement sexuel, qui souffraient des mêmes maux que la définition du Code pénal et qui auraient pu subir le même funeste sort (4). La définition travailliste du harcèlement sexuel a, d'ailleurs, été mise en cause par deux questions prioritaires de constitutionnalité, qui n'ont toutefois pas été transmises au Conseil constitutionnel car elles étaient maladroitement fondées sur la violation du principe de légalité, qui ne s'applique pas en matière civile, et du principe d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ; ce dernier argument n'a pas été jugé suffisamment sérieux pour justifier la transmission de la question, dans la mesure où la définition civile du harcèlement sexuel a été utilement complétée par la jurisprudence, notamment grâce à l'apport du droit communautaire (5).

L'ancien article 222-33 du Code pénal comportait une définition du harcèlement des plus rudimentaires (« *Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des*

faveurs de nature sexuelle ») ; le nouveau héberge désormais une double incrimination, à la fois plus précise et plus englobante.

Le harcèlement sexuel redéfini. La première branche de l'incrimination reprend, classiquement, la référence à un comportement de harcèlement proprement dit ; est désormais sanctionné « *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* » (222-33 I).

La circulaire précise que cette répétition suppose que les actes litigieux aient été accomplis au moins à deux reprises, y compris dans un laps de temps très court, ce qui avait été jugé sous l'empire du droit antérieur (6) (*point 1.1.1.*). Il n'est pas nécessaire que ces actes soient explicitement sexuels ; ils peuvent résider dans de simples allusions, dès lors qu'elles présentent un caractère sexuel.

Ces actes peuvent donc « *porter atteinte à la dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant* » ; il s'agit « *de propos ou comportements ouvertement sexistes, grivois, obscènes, tels que des paroles ou écrits répétés constituant des provocations, injures ou diffamations, même non publiques, commises en raison du sexe ou de l'orientation ou de l'identité sexuelle de la victime. Il peut évidemment s'agir de comportements homophobes ou dirigés contre des personnes transsexuelles ou transgenres* ».

(4) La modification des dispositions du Code du travail ne les protège pas d'une QPC portant sur la constitutionnalité de leur rédaction antérieure (décision n° 2010-16 QPC du 23 juillet 2010 (Organismes de gestion agréés), cons. 2 ; décision n° 2010-55 QPC du 18 octobre 2010 (Prohibition des machines à sous), cons. 2.

(5) Cass. Soc., 11 oct. 2012 : *Constitutions* 2013, p. 73, n. Ch. Radé et P. Gervier.

(6) Cass. Soc., 26 mai 2010, Bull. civ. V, n° 111.

Ces mêmes comportements peuvent aussi créer, « à l'encontre de la victime, une situation intimidante, hostile ou offensante », ce qui sera « par exemple le cas (d')une personne (qui) importune quotidiennement son ou sa collègue, en lui adressant sans cesse à cette fin des messages ou des objets à connotation sexuelle, alors que ce dernier ou cette dernière lui a demandé de cesser ce comportement ».

La répression inédite du chantage sexuel. La loi permet ensuite d'appréhender, de manière tout à fait inédite, un comportement unique, qui s'apparente à un véritable « *chantage sexuel* », et ce sans qu'il soit nécessaire que le comportement se répète (7), ce qui rapproche le harcèlement de l'agression sexuelle : il s'agit ici du « *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* » (22-33 II).

La reprise de la double définition dans le Code du travail. Cette nouvelle double définition du harcèlement sexuel est reprise dans le Code du travail et l'article L. 1153-1 s'en trouve modifié en conséquence, quoique la formulation des incriminations varie légèrement puisque, s'agissant de la première incrimination (*actes répétés à connotation sexuelle*), le Code du travail ne fait aucune référence au fait que ces comportements sont « *imposés* », mais indique, toutefois, qu'ils sont « *subis* », ce qui semble toutefois équivalent (8). La circulaire d'application souligne bien l'importance de ce critère, qui suppose que l'absence de consentement de la victime est bien une condition de qualification de l'infraction.

Le maintien de la définition ancienne du harcèlement moral. Les éléments constitutifs du harcèlement moral ont été, en 2002, définis d'une manière plus précise que ceux du harcèlement sexuel, et ne s'exposaient donc pas au même risque de censure constitutionnelle. C'est d'ailleurs pour cette raison que ni la Chambre sociale, ni la Chambre criminelle de la Cour de cassation n'ont transmis les QPC qui remettaient en cause cette définition (9). La Chambre criminelle a, en effet, relevé que le texte de l'article 222-33-2 du Code pénal ne souffrait pas du

même mal que feu l'article 222-33, et donc que la décision du 4 mai ne l'« *affecte pas* », « *dès lors que l'incrimination de harcèlement moral précise que les faits commis doivent présenter un caractère répété et avoir pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte aux droits et à la dignité de la personne harcelée, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* » ; le texte ajoute, en effet, par rapport au harcèlement sexuel, le caractère répété, qui ne figurait pas dans l'article 222-33, et caractérise ces faits par leur effet, réel ou possible. La Chambre sociale a également relevé que « *les textes en cause sont rédigés de manière différente* », en soulignant les mêmes éléments textuels que la Chambre criminelle.

B. Des sanctions plus sévères

Une localisation unique. La loi du 6 août 2012 a, par ailleurs, simplifié la répression du harcèlement en la confiant uniquement au Code pénal.

Jusqu'à l'abrogation de l'ancien article 222-33 du Code pénal, les faits de harcèlement sexuel tombaient sous le coup de deux incriminations différentes, celle du Code pénal (« *Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle* ») et celles de l'article L. 1155-2 du Code du travail (« *Les faits de harcèlement moral et sexuel, définis aux articles L. 1152-1 et L. 1153-1* »). Désormais, seul le Code pénal sanctionnera les faits de harcèlement proprement dits, le Code du travail ne réprimant plus que les discriminations en relation avec un harcèlement.

Des peines doublées. La loi du 6 août 2012 a doublé les sanctions et les coupables s'exposent à une peine d'emprisonnement de deux ans et à une amende de 30 000 €, ce qui double l'ancienne sanction, et ce tant pour des faits de harcèlement sexuel que moral, d'ailleurs.

Des sanctions aggravées. La loi nouvelle a, par ailleurs, aggravé les sanctions, la peine pouvant être portée à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende, dans certaines circonstances visées par le texte et dont la jurisprudence devra bien entendu préciser la teneur exacte.

(7) Cass. Soc., 15 avril 2008, n° 07-40.290, non publié ; 20 octobre 2011, n° 10-26.402, non publié.

(8) En toute hypothèse, la circulaire d'application ne relève pas cette différence de rédaction, ce qui semble indiquer que, dans l'esprit du ministère, l'absence de consentement de la victime est bien une condition de qualification du harcèlement sexuel, dans toutes les hypothèses.

(9) Cass. Crim., 11 juill. 2012, n° 11-88.114 et Cass. Soc., 11 juillet 2012, n° 12-40.051 : *Constitutions* 2012, p. 619, et la chron.

Ces circonstances sont au nombre de cinq.

Il s'agit, tout d'abord, des hypothèses où le harcèlement est commis « *par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions* », ce qui vise directement les employeurs, mais également le personnel d'encadrement. Le législateur reprend ici l'ancien critère de l'abus d'autorité, instauré en 1992 et supprimé en 2002 (10), mais rétabli ici uniquement comme circonstance aggravante, et non plus comme élément légal de l'infraction.

La loi réprime également plus sévèrement les harcèlements commis sur « *un mineur de quinze ans* » (ce qui s'avérera utile pour protéger les mannequins, acteurs ou actrices en herbe, mais également les apprentis ou pré-apprentis ainsi que les jeunes stagiaires), 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* » (ce qui bénéficiera donc aux femmes enceintes, mais aussi à certains salariés souffrant de troubles psychiques provoqués, par exemple, par des faits antérieurs de harcèlement), ainsi que « *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* ». Cette dernière précision est également

importante, car elle concerne certains travailleurs à temps partiel, ou dans des parcours de réinsertion professionnelle engagés après de longues phases d'inactivité, placés dans une situation familiale ou personnelle difficile, en raison, par exemple, d'une séparation, ou connaissant des difficultés particulières de logement, etc.

La loi nouvelle réprime enfin plus sévèrement les harcèlements commis par « *plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice* » (11).

Des sanctions communes à tous les harcèlements. S'il n'était pas nécessaire de revoir la définition du harcèlement moral, il était en revanche souhaitable d'aligner l'ensemble des sanctions pour ne pas donner l'idée que le harcèlement sexuel serait plus grave que le harcèlement moral. L'article 2 de la loi aligne logiquement les sanctions du harcèlement moral sur celles du harcèlement sexuel, en doublant les anciennes sanctions pour les porter également à deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende.

La loi n'a, en revanche, pas repris, et d'une manière assez surprenante d'ailleurs, les circonstances aggravantes portant les sanctions à 3 ans et 45 000 euros pour le harcèlement sexuel, accréditant précisément l'idée d'une hiérarchisation que l'on souhaitait combattre (12).

II. Des discriminations mieux appréhendées

La loi a élargi la liste des personnes protégées et facilité la dénonciation des comportements litigieux, dans une saine logique de prévention (A). Elle n'a, en revanche, pas créé de droits nouveaux au profit des victimes qui, il faut le reconnaître, bénéficiaient déjà des garanties nécessaires pour préserver leurs intérêts (B).

A. Des victimes mieux protégées

L'extension de la liste des personnes protégées. Avant la loi du 6 août 2012, l'article

L. 1153-2 du Code du travail, qui est le siège du principe de non-discrimination, disposait que « *Aucun salarié, aucun candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise ne peut être sanctionné, licencié ou faire 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 pour avoir subi ou refusé de subir des agissements de harcèlement sexuel* ».

(10) L'ancienne définition du harcèlement sexuel visait « *Le fait de harceler autrui en usant d'ordres, de menaces ou de contraintes, dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions* ».

(11) Ce qui pourrait concerner le harcèlement par au moins deux personnes agissant de concert.

(12) Cette idée existe pourtant, car le harcèlement sexuel est assimilé, par le droit communautaire et par 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, comme une forme de discrimination sexiste ; or, le Code pénal réprime plus sévèrement les discriminations que les harcèlements.

Ce texte a été légèrement complété par la loi du 6 août 2012, qui protège désormais également la « *personne en formation ou en stage, aucun candidat à un recrutement, à un stage ou à une formation en entreprise* ».

L'articulation des protections. Jusqu'à la réforme intervenue en 2012, le Code du travail sanctionnait les faits de harcèlement pour eux-mêmes (art. L. 1153-1) mais aussi lorsque les victimes (art. L. 1153-2) ou les témoins (art. L. 1153-3) en subissaient les conséquences défavorables sur le plan professionnel. Seules les victimes de harcèlement étaient, toutefois, protégées sur le plan pénal par le Code pénal (art. 222-33), à l'exclusion des salariés discriminés sur le plan professionnel.

Désormais, le Code du travail ne réprime plus pénalement que les discriminations, alors que le Code pénal sanctionne, pour sa part, les harcèlements et, désormais, également les discriminations en lien avec un harcèlement. Les deux incriminations de discriminations en lien avec un harcèlement se trouvent donc désormais en concours.

Deux précisions doivent toutefois être apportées.

En premier lieu, et conformément aux règles qui régissent ces hypothèses de concours, ce seront les sanctions prévues par le Code pénal qui devront être privilégiées, dans la mesure où elles sont plus sévères que celles du Code du travail (trois ans et une amende de 45 000 euros pour le Code pénal, un an et 3 750 euros pour le Code du travail).

En second lieu, ces hypothèses de concours sont délimitées par la liste des comportements visés par le Code pénal. L'article 225-2 du Code pénal ne sanctionne, en effet, que trois séries de comportements, qui 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 une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1* », ou « *À refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du Code de la Sécurité sociale.* » L'article L. 1155-2 du Code du travail dispose, pour sa part, plus largement, qu'« *Aucun salarié, aucune personne en formation ou en stage, aucun candidat à un recrutement, à un stage ou à une formation en entreprise ne peut être sanctionné, licencié ou faire 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 ».

L'usage de l'adverbe « *notamment* » permet donc d'étendre la liste des hypothèses de discriminations au-delà des prévisions de l'article 225-2 du Code pénal qui seront donc sanctionnées par le Code du travail.

B. Des témoins mieux protégés

Extension de la liste des personnes protégées. Le texte modifie dans le même sens l'article L. 1153-3 du Code du travail, qui protège les témoins. Auparavant, ce texte disposait que « *Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements de harcèlement sexuel ou pour les avoir relatés* ». Désormais, le texte bénéficie également à la personne « *en formation ou en stage* ».

Extension des hypothèses visées dans le sens d'une meilleure prévention. La loi du 6 août 2012 précise également que sont protégés contre toutes mesures discriminatoires tous ceux qui dénoncent des faits qui, alors qu'ils ne sont pas encore répétés, ne peuvent être qualifiés de « *harcèlement* » ; il s'agira de propos ou de comportements à connotation sexuelle qui portent atteinte à la dignité de la personne en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, ou qui créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante.

Cette précision est bienvenue, car celui qui est témoin de « *propos ou comportements à connotation sexuelle* » peut parfaitement suspecter l'existence d'un harcèlement sexuel, s'il pense que la situation s'est déjà produite ou qu'elle pourrait être amenée à se répéter, alors que ce pourrait ne pas être le cas, ce qui mérite tout de même une protection sur le plan civil.

Christophe Radé