

LA LOI « TRAVAIL » : La personne

Harcèlement et sexisme dans la loi « travail » : entre rupture et continuité

par Céline LEBORGNE-INGELAERE, Maître de conférences HDR en droit privé,
Université de Lille, CRDP-LEREDS

PLAN

- I. La preuve du harcèlement : l'image de la rupture
- II. Le sexisme : l'image de la continuité

Au-delà des multiples voies de réformes opérées par la loi du 8 août 2016, qu'il s'agisse de modifications substantielles du corpus juridique ou d'ajustements de moindre conséquence, deux questions connexes sont envisagées dans la loi « Travail » : le harcèlement au travail, au travers de son régime probatoire, et le sexisme. Les évolutions apportées marquent, s'agissant de la preuve du harcèlement, une rupture par rapport à l'état du droit positif antérieur. Ceci est d'ailleurs de nature à déstabiliser l'édifice jurisprudentiel, pourtant patiemment construit par les juges. Les autres, relatives au sexisme, s'inscrivent dans la continuité des évolutions entreprises par la loi *Rebsamen*.

Entre rupture et continuité, ces deux séries de dispositions interpellent et suscitent moult réflexions.

I. La preuve du harcèlement : l'image de la rupture

L'article 3 de la loi du 8 août 2016 modifie l'article L.1154-1 du Code du travail relatif au régime probatoire applicable en matière de harcèlement au travail (sexuel ou moral). Avant l'entrée en vigueur de la loi « Travail », l'article L.1154-1 du Code du travail précisait que « lorsque survient un litige relatif à l'application des articles L.1152-1 à L.1152-3 et L.1153-1 à L.1153-4, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié **établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement**. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ». Dorénavant, l'article dispose que « lorsque survient un litige relatif à l'application des articles L.1152-1 à L.1152-3 et L.1153-1 à L.1153-4, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié **présente des éléments de fait laissant supposer**

l'existence d'un harcèlement [...] ». L'article 3 de la loi remplace donc les mots : « établit des faits qui permettent de présumer » par les mots : « présente des éléments de fait laissant supposer ».

Le législateur opère un retour en arrière, puisqu'il revient sur la formulation initialement adoptée dans le cadre de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 (1). Le Conseil économique et social, dans un avis d'avril 2011, avait d'ailleurs insisté sur l'importance de « faciliter l'établissement de la preuve pour le salarié » (2). Toutefois, ces règles avaient été réaménagées par la loi du 3 janvier 2003 (3). Depuis, il était acquis que le salarié doit établir la réalité d'agissements permettant de présumer l'existence d'un harcèlement (4), sans toutefois supporter l'entière charge de la preuve du harcèlement (5). Puis, à condition qu'une présomption suffisante puisse être relevée (6), il incombait à la partie défenderesse de prouver que les agissements n'étaient pas constitutifs

(1) Loi n°2002-73 du 17 janv. 2002 de modernisation sociale, JORF du 18 janv. 2002, p.1008.

(2) Le harcèlement au travail, Avis du CESE, rapporteur Michel Debout, adopté le 11 avr. 2001.

(3) Loi n°2003-6 du 3 janv. 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, JORF du 4 janv. 2003, p.255.

(4) Cass. Soc. 4 juill. 2012, n°11-17.986 : JurisData n°2012-015846.

(5) Cass. Soc. 30 oct. 2013, no 12-15.072 ; Cass. Soc. 12 janv. 2012, n°10-23.440 ; Cass. Soc. 23 nov. 2011, n°10-18.195.

(6) Cass. Soc. 12 janv. 2011, n°08-45.280 : JurisData n°2011-000130 ; JCP S 2011, 1085, n. I. Beyneix.

d'un harcèlement et que sa décision était justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement (7).

Tout en n'ayant de cesse d'apporter d'utiles précisions s'agissant du régime probatoire applicable en matière de harcèlement, la Cour de cassation construit un édifice jurisprudentiel finalement instable. La jurisprudence relative au contrôle de la qualification du harcèlement l'illustre. Jusqu'en 2008, l'appréciation souveraine par les juges du fond des faits et circonstances de la cause, ainsi que des éléments de preuve, était affirmée (8). Il appartenait « *aux juges du fond d'apprécier souverainement si les faits qu'ils constatent sont constitutifs d'un harcèlement moral, la Cour de cassation n'exerçant dans ce domaine qu'un contrôle de la motivation au regard de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile* » (9). Par quatre arrêts du 24 septembre 2008, la Cour de cassation reprenait en main le contrôle de la qualification du harcèlement moral (10), tout en imposant une méthodologie aux juges du fond. Un récent arrêt, en date du 8 juin 2016, affirme toutefois que « *sous réserve d'exercer son office dans les conditions qui précèdent, le juge apprécie souverainement si le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement et si l'employeur prouve que les agissements invoqués sont étrangers à tout harcèlement* » (11). Opérant un revirement, la Chambre sociale continue cependant à exercer un contrôle sur le respect du mécanisme probatoire légalement organisé. Pour se prononcer sur l'existence d'un harcèlement moral, il appartient au juge « *d'examiner l'ensemble des éléments invoqués par le salarié, en prenant en compte les documents médicaux éventuellement produits, et d'apprécier si les faits matériels établis, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral au sens de l'article L. 1152-1 du Code du travail ; dans l'affirmative, il revient au juge d'apprécier si l'employeur prouve que les agissements invoqués ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à*

tout harcèlement » (11 bis). En modifiant les termes de la loi, le législateur amorce sans doute une évolution inéluctable de cette position jurisprudentielle.

Mais que penser de ce changement de vocabulaire ? Plusieurs approches sont possibles. Une approche résignée et précipitée consisterait à considérer que les termes utilisés par le législateur sont finalement synonymes. L'argument convainc toutefois peu. Une approche pragmatique, quoique simpliste, consiste en effet à retenir que le législateur n'aurait pas modifié le texte s'il voulait conférer le même sens aux termes utilisés ! Une approche ambiguë (celle du Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 janvier 2002 (12)), consiste à affirmer que « *les règles de preuve plus favorables à la partie demanderesse instaurées par les dispositions critiquées ne sauraient dispenser celle-ci d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants qu'elle présente* ». L'approche retenue, au travers de la loi « Travail », transparaît de l'analyse présentée dans l'amendement déposé par la délégation aux droits des femmes (13). Le principal argument mis en exergue consistait à souligner la différence de régime juridique entre la preuve du harcèlement au travail et celle des discriminations. En modifiant le texte, l'objectif est donc de créer un régime commun aux discriminations et harcèlements. Surtout, l'amendement déposé vise à renforcer les droits des victimes du harcèlement. Ainsi qu'il ressort du rapport de M. Christophe Sirugue, « *établir les faits renvoie à une démonstration et va au-delà de la simple présentation, ce qui, bien évidemment, amoindrit les chances du plaignant de voir sa plainte aboutir, car il est généralement très difficile d'apporter des preuves tangibles et directes dans les cas de harcèlement* » (14). Dans cette lignée, les rapporteurs au Sénat considèrent que « *l'alignement du régime probatoire du harcèlement sexuel sur celui prévu pour les discriminations est de nature à faciliter les condamnations pour harcèlement, trop peu nombreuses, et à restaurer la confiance des victimes dans la justice* » (15).

(7) Cass. Soc. 23 sept. 2014, n° 12-28.257 ; Cass. Soc. 25 oct. 2011, n° 10-18.101.

(8) Cass. Soc. 27 oct. 2004, n° 04-41.008 ; JurisData n° 2004-026572, Dr. Ouv. 2005, p. 117 n. L. Milet ; Cass. Soc. 26 mai 2004, n° 02-46.686.

(9) Rapport de la Cour de cassation 2004 : Doc. fr., 2005, p. 215.

(10) Cass. Soc. 24 sept. 2008, n° 06-45.747 et n° 06-45.794, FS-P+B+R+I, A. et a. c/ RATP ; JurisData n° 2008-045107 ; Cass. Soc. 24 sept. 2008, n° 06-45.579, FS-P+B+I, G. c/ Sté Clinique de l'Union ; JurisData n° 2008-045108 ; Cass. Soc. 24 sept. 2008, n° 06-43.504, FS-P+B+R+I, B. c/ Sté centre médico-biologique (CMBM) ; JurisData n° 2008-045109 ; Cass. Soc. 24 sept. 2008, n° 06-46.517, FS-P+B+R+I, R. c/ Assoc. Transport adapté des Yvelines (TADY) ; JurisData n° 2008-045106. Sur ces arrêts, V. JCP S 2008, 1537, n. C. Leborgne Ingelaere. V. également P. Adam, Dr. Ouv. 2008, p. 545.

(11) Cass. Soc. 8 juin 2016, n° 14-13.418, P+B+R+I, Mme A. c/ Sté Dentsplylh, anciennement dénommée Astra Tech France ; JurisData n° 2016-010842.

(11 bis) *ibid.*

(12) Cons. const. 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC, JO 18 janv. 2002.

(13) Amendement AS634.

(14) Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, Rapport n° 3675 par M. Christophe Sirugue.

(15) Rapport n° 661 (2015-2016) de MM. Jean-Baptiste Lemoyne, Jean-Marc Gabouty et Michel Forissier, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 1^{er} juin 2016.

Nul doute que l'obligation probatoire à la charge du salarié se voit aujourd'hui allégée. Présenter des éléments de fait n'équivaut pas à établir les faits. La modification des termes n'est donc pas sans incidence pour la victime (16). Mais cette modification aura sans doute aussi des conséquences sur la jurisprudence en la matière : « *présenter des éléments de fait* » semble

bien éloigné des « *faits matériellement établis* » suggérés par la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation. Il est peu probable que la position jurisprudentielle de la Cour de cassation résiste au changement terminologique opéré par le législateur.

Il est un autre débat suscité par la loi du 8 août 2016 : celui relatif aux agissements sexistes.

II. Le sexisme : l'image de la continuité

« *Je tente de promouvoir des femmes et pourtant les dossiers sont techniques !* », « *Je viens de recruter une super commerciale. Elle est vraiment jolie !* », « *Es-tu capable d'assumer cette tâche ? Qu'en pense ton conjoint ?* », « *J'imagine que tu n'es pas disponible mercredi, tu dois garder tes enfants bien sûr...* ». Les exemples de propos sexistes sont légion. La réalité du sexisme au travail ne saurait être niée, comme le démontrent les études récentes sur le sujet. Un rapport du Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes est ainsi révélateur du phénomène : selon une enquête menée auprès de 15.000 salariés de neuf grandes entreprises françaises, 80 % des femmes considèrent être régulièrement confrontées à des attitudes ou décisions sexistes (17).

Rappelons que l'agissement sexiste a été intégré dans le Code du travail par la loi du 17 août 2015 (18). Depuis, cette notion est codifiée à l'article L. 1142-2-1, selon lequel « *nul ne doit subir d'agissement sexiste, défini comme tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ». Dans la lignée de la loi *Rebsamen*, plusieurs amendements ont été déposés afin de soutenir la lutte contre les agissements sexistes au travail.

La loi « Travail » réaffirme ainsi la nécessité de lutter contre les agissements sexistes et accède à certaines préconisations formulées par le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes (19). Les dispositions légales, en matière d'agissements sexistes, doivent dorénavant figurer au règlement intérieur de l'entreprise. Anodine en apparence, cette précision doit être saluée car l'intégration de ces agissements dans ce document permet

d'en envisager la répression. De plus, la loi renforce les mesures de prévention en matière d'agissements sexistes au travail. Notamment, elle intègre dans l'article L. 4121-2 du Code du travail, qui fixe la liste des principes généraux de prévention à la charge de l'employeur, la référence aux agissements sexistes. Cette précision législative n'est pas sans impact, puisqu'elle pourra notamment permettre d'engager la responsabilité de l'employeur sur le fondement de son obligation de sécurité, à l'instar de la jurisprudence relative au harcèlement moral au travail. Rappelons que, dans un arrêt du 1^{er} juin 2016, la Cour de cassation affirme que « *ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, notamment en matière de harcèlement moral, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures de prévention prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail et qui, informé de l'existence de faits susceptibles de constituer un harcèlement moral, a pris les mesures immédiates propres à le faire cesser* » (20). Il n'est pas impossible de penser que cette solution pourra être transposée aux cas d'agissements sexistes. Incontestablement, l'employeur doit sensibiliser, former, en un mot, agir. La loi élargit aussi le rôle du CHSCT en prévoyant qu'il peut, dans le cadre de ses missions de prévention des risques professionnels, proposer des actions de prévention des agissements sexistes. La place fondamentale du CHSCT dans la prise en compte par l'employeur des risques liés au sexisme dans l'entreprise est relevée (21). Il tend à favoriser également une expression collective sur ce sujet. Pour autant, cette instance dispose-t-elle des moyens et outils permettant de répondre à cette ambition ? Ceci est discuté.

(16) S. Sereno, Actualité du droit de la preuve en matière prud'homale, JCP S, n° 34, 30 août 2016, 1288.

(17) *Le sexisme dans le monde du travail. Entre déni et réalité*. Rapport du Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes n° 2015-01, publié le 6 mars 2015.

(18) Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, JORF n° 0189 du 18 août 2015, p. 14346.

(19) *Le sexisme dans le monde du travail. Entre déni et réalité*, Rapport du Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes n° 2015-01, publié le 6 mars 2015.

(20) Cass. Soc. 1^{er} juin 2016, n° 14-19.702, FS-P+B+R+I, M. S. / M. H. et a. : JurisData n° 2016-010257.

(21) *Le sexisme dans le monde du travail. Entre déni et réalité*, prec.

La loi « Travail », en adoptant plusieurs amendements qui avaient été rejetés dans le cadre des débats en 2015, est le signe d'une volonté obstinée d'affronter la réalité de ce phénomène. Toutefois, il est regrettable que, finalement, le législateur ne fasse preuve d'une prudence exacerbée. Le texte de 2015 fut qualifié de « *pépète inattendue* » (22). Mais la mise en place progressive d'un cadre juridique entourant les agissements sexistes laisse aujourd'hui un goût d'inachevé.

Il est vrai que certains débats n'étaient pas clos. Notamment, l'intérêt d'une telle disposition, en présence d'autres qualifications juridiques voisines, était largement discuté. Insérer la notion d'agissement sexiste n'était-il pas redondant et inutile ? La distinction entre agissements sexistes et harcèlement sexuel peut s'avérer délicate (23). Surtout, l'article L.1142-2-1 restait isolé, en l'absence de toute disposition relative au régime probatoire applicable ou à l'existence de sanctions spécifiques. Un sentiment d'insécurité juridique au sein des entreprises, découlant du nouvel article du Code du travail, pouvait ainsi être dénoncé. Aussi, un amendement avait été déposé afin d'aligner le régime probatoire applicable aux agissements sexistes sur celui des discriminations. Cet amendement a toutefois été rejeté au motif que « *demande à l'employeur de prouver qu'il n'y a pas d'atteinte à la personne ne [...] paraît pas une réponse adaptée* » (24). Le régime de la preuve en matière d'agissements sexistes est encore aujourd'hui critiqué en ce qu'il rend « *difficile la tenue d'un procès et les salariés n'arrivent pas à faire condamner ces agissements* » (25). Un autre amendement proposait aussi d'aligner le régime juridique relatif aux agissements sexistes sur celui de la discrimination, du harcèlement moral et sexuel, en instaurant un régime de la nullité applicable aux actes et pratiques contraires au principe d'interdiction de tout agissement sexiste. L'importance, pour les

salariés, de pouvoir s'opposer à un tel comportement, sans craindre d'en subir les conséquences dans leur vie professionnelle, était relevée (26). Cet amendement était pareillement rejeté au motif « *que vouloir étendre aux agissements sexistes le régime juridique applicable au harcèlement, c'est nier le fait qu'une échelle des peines, qui soit évidemment proportionnée aux manquements constatés, est nécessaire. C'est quelque part contribuer à banaliser le harcèlement* » (27). Aucune sanction spécifique n'est donc envisagée par le législateur, sauf à considérer que l'article L.1144-3 du Code du travail s'applique, dans un contexte d'agissement sexiste, et permette de frapper de nullité le licenciement sanctionnant le salarié ayant agi en justice pour faire respecter ses droits en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (28).

Finalement, s'agissant des dispositions relatives aux agissements sexistes, un embarras persiste. Aucun doute qu'il ne faille, avec obstination, combattre le sexisme au travail. Toutefois, paradoxalement peut-être, au motif que les agissements sexistes ne sont pas assimilables au harcèlement et à la discrimination, les régimes de preuve et de sanction ne lui sont pas transposés. Si l'argument peut s'entendre, il laisse le justiciable dans une situation inconfortable. Il est regrettable que le législateur n'aille pas jusqu'au bout de sa logique.

Céline Leborgne-Ingelaere

(22) Brigitte Grévy.

(23) La loi n°2012-954 du 6 août 2012 (JO 7 août) a modifié la définition du harcèlement sexuel dans le Code du travail, pour l'aligner sur celle retenue pour le Code pénal. Ainsi, sont prohibés les faits soit de harcèlement sexuel, constitués par des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés, qui soit portent atteinte à la dignité du salarié en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ; soit assimilés au harcèlement sexuel, consistant en toute forme de pression grave, même non répétée, exercée 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 (C. trav., art. L.1153-1).

(24) Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, Rapport n° 3675 par M. Christophe Sirugue.

(25) Propos de C. Coutelle, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, Rapport n° 3675 par M. Christophe Sirugue.

(26) Amendements identiques n° 286 rectifié bis de Mme Chantal Jouanno et 424 de Mme Corinne Bouchoux - Sénat - Séance du 14 juin 2016 (compte rendu intégral des débats).

(27) M. El Khomri, Sénat, Séance du mercredi 24 juin 2015.

(28) C. Radé, Loi *Rebsamen* : interdiction des agissements sexistes (art. 20), négociation en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise (art. 21), réforme des IRP (art. 22) et de la représentativité des organisations patronales (art. 23), Lexbase.