

MEMOIRE

HARCELEMENT AU TRAVAIL ET AGISSEMENTS SEXISTES : ENJEUX ET LIMITES

Etude des dispositifs juridiques et jurisprudentiels dans la lutte contre le harcèlement et les
agissements sexistes

NICOLAS LEBRUN

Directeur de mémoire : Monsieur Bernard Bossu

Master 2 Droit du travail

2020/2021

Faculté des sciences juridiques politiques et sociales de Lille

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier Bernard Bossu qui a accepté de diriger mon mémoire. Merci pour son aide et pour ses recommandations et idées, ainsi que son soutien.

Je remercie également ma famille pour leur soutien sans faille, et notamment ma grand-mère pour le temps consacré à m'accompagner et me soutenir dans la rédaction de ce mémoire. A mes amis, Amélie, Paul, Marie, Eve et Mounir pour leur soutien dans les moments de doute et d'inquiétude. A Joséphine pour son écoute bienveillante et sa présence à mes côtés lors de la rédaction de ce mémoire.

Enfin, je souhaiterais remercier ma tutrice de stage, Sophie Elias, qui m'a soutenu durant le second semestre du Master, merci pour le temps passé à me prodiguer des conseils sur la rédaction, merci pour son temps passé dans la relecture du mémoire, et enfin merci pour le temps laissé à la rédaction de ce mémoire.

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	2
SOMMAIRE	3
LISTE DES ABREVIATIONS.....	4
INTRODUCTION	6
Titre 1: L’efficacité apparente des textes réprimant le harcèlement et les violences sexistes	14
Chapitre 1 : Les acteurs impliqués dans la prévention du harcèlement	15
Chapitre 2 : La justice impliquée dans la constatation et la sanction du harcèlement	46
Titre 2: L’efficacité des textes en réalité amoindrie.....	69
Chapitre 1 : Une efficacité amoindrie par le juge	70
Chapitre 2 : Une efficacité amoindrie par les textes	89
CONCLUSION	108
BIBLIOGRAPHIE	110
TABLE DES MATIERES.....	115

LISTE DES ABREVIATIONS

ANDRH : Association Nationale des Directeurs des Ressources Humaines

ANI : Accord National Interprofessionnel

AVFT : Association européenne contre les Violences faites aux Femmes au Travail

BOP : Budget Opérationnel de Programme

Bull. Civ : Bulletin civil

CA : Cour d'appel

Cass, com : Cour de cassation, chambre commerciale

Cass, crim : Cour de cassation, chambre criminelle

Cass, soc : Cour de cassation, chambre sociale

Cass, civ 1^{ère} : Cour de cassation, première chambre civile

CE : Conseil d'Etat

CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme

CEE : Communauté Economique Européenne

CES : Confédération Européenne des Syndicats

Cir.min : Circulaire ministérielle

Cir : Circulaire

CSE : Comité Social et Economique

Cons. const : Conseil Constitutionnel

D. : Dalloz

Déc : Décision

DD : Défenseur des Droits

DGT : Direction Générale du Travail

DIRECCTE : Direction régionale des Entreprise, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi

DREETS : Direction Régionale de l'Economie, de l'Emploi, du Travail et des Solidarités

DRH : Directeur des Ressources Humaines

Dr. soc : Droit social

DUER : Document unique d'évaluation des risques

HALDE : Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité

IFOP : Institut Français d'Opinion Publique

IRP : Institutions Représentatives du Personnel

JCP E : Semaine juridique, édition générale

JCP S : Semaine juridique, édition sociale

JSL : Jurisprudence Sociale Lamy

OIT : Organisation Internationale du Travail

ONG : Organisations Non Gouvernementale

QPC : Question Prioritaire de Constitutionnalité

Rapp : Rapport

RH : Ressources Humaines

RPS : Risques Psychosociaux

SSL : Semaine Sociale Lamy

UE : Union Européenne

UNICEF : *United Nations International Children's Emergency Fund* (Fonds des Nations unies pour l'enfance)

INTRODUCTION

En France, le harcèlement est un véritable enjeu majeur de société. En effet il est susceptible de toucher un nombre élargi de personnes, les enfants dans le monde scolaire et les adultes dans le monde du travail notamment¹.

Le harcèlement peut débuter très jeune, par le harcèlement scolaire. Ce harcèlement est majoritairement horizontal², puisque ce sont la plupart du temps des camarades de classe³ qui harcèlent leurs camarades. C'est pourquoi, on peut devenir harceleur très jeune et être harcelé très jeune également.

On peut remarquer que ce harcèlement scolaire s'est démultiplié avec l'apparition de nouveaux outils technologiques et notamment l'apparition des réseaux sociaux⁴.

Selon une enquête de l'UNICEF en 2018, 700 000 élèves déclarent être victimes de harcèlement scolaire, dont la moitié de manière sévère. Dans le monde c'est près de la moitié des élèves qui sont victimes de violences à l'école⁵.

Cependant le harcèlement ne s'arrête parfois pas au stade de l'école. Il peut perdurer dans le monde du travail, avec l'apparition de nouvelles formes de violences et notamment le harcèlement sexuel et moral. Pour des considérations personnelles ou bien par des techniques managériales agressives voire humiliantes, nombre sont les salariés se disant harcelés sur leur lieu de travail et en dehors de celui-ci, par leurs collègues ou leurs supérieurs hiérarchiques⁶.

Les définitions des différents types de harcèlements

¹ Nous éludons dans cette étude les autres formes de harcèlement, notamment celui opéré par le conjoint, le harcèlement en ligne etc... sans pour autant dénier leur existence

² Notion signifiant que le harceleur et sa victime sont du « niveau » hiérarchique.

³ Le harcèlement scolaire peut débuter très jeune, à l'école primaire et continuer jusqu'au lycée, voire pendant les études supérieures

⁴ Le harcèlement perdure même après les heures de classe, ce qui ne laisse aucun répit aux personnes harcelées

⁵ <https://www.unicef.fr/article/la-moitie-des-adolescents-dans-le-monde-sont-victimes-d-actes-de-violence-l-ecole-et-aux>

⁶ Au contraire du harcèlement scolaire, le harcèlement au travail peut être horizontal mais aussi vertical avec le harcèlement d'un supérieur hiérarchique, voire de l'employeur sur un salarié

Le harcèlement moral peut être défini comme « *des agissements répétés, qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel*⁷ ».

Le harcèlement sexuel lui est défini plus largement, en effet pour être caractérisé celui-ci doit remplir plusieurs conditions, à savoir, « *des agissements répétés⁸, qui portent atteinte à la dignité⁹ de la victime en raison de leur caractère humiliant ou dégradant, soit créer à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante* »¹⁰

En outre, le harcèlement sexuel peut aussi être caractérisé par un fait unique¹¹, « *les pressions graves¹² dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui soit recherché au profit de l'auteur des faits ou d'un tiers, peut être assimilé au harcèlement sexuel* »¹³

Concernant le harcèlement sexuel, ce phénomène ne touche pas uniquement la France, selon une étude de l'IFOP d'octobre 2019, 6 européennes sur 10 déclarent avoir subi des violences sexistes ou sexuelles au cours de leur carrière¹⁴. Dans cette étude, on peut observer que 30% de ces femmes ont été harcelées au sens juridique du terme.

Par conséquent 70% des personnes interrogées ont subi des actes isolés ne permettant pas de qualifier juridiquement le harcèlement moral¹⁵ ou sexuel¹⁶.

Cependant on peut observer une méconnaissance juridique de ce qui relève du harcèlement ou non. 22% de ces femmes considèrent que les agissements qu'elles ont subis étaient du

⁷ Catherine CREVISIER, Memento social, 2019, Edition Francis Lefebvre

⁸ Ces agissements répétés doivent avoir une connotation sexuelle, sinon l'on tomberait dans le harcèlement moral

⁹ Cette atteinte à la dignité est très chère au droit français, en effet l'employeur doit éviter que ses salariés subissent des comportements humiliants, vexatoires ou dégradants, ce que revêt les harcèlements développés ci-dessus

¹⁰ Contrairement au harcèlement moral, le harcèlement sexuel n'impose pas une dégradation des conditions de travail, mais se base sur la situation de faiblesse ou d'isolement dans laquelle est placée la victime

¹¹ A la différence du harcèlement moral, où un des faits répétés est expressément exigé par la Cour de cassation : Cass, soc, 9 décembre 2009, n°07-45.521

¹² Le législateur a mis en place cet acte assimilé au harcèlement sexuel, afin de lutter contre le chantage sexuel

¹³ Catherine CREVISIER, Memento social, 2019, Edition Francis Lefebvre

¹⁴ https://www.ifop.com/wp-content/uploads/2019/10/Note_analyse.pdf

¹⁵ Le code du travail impose un caractère de répétition pour que le harcèlement moral soit caractérisé

¹⁶ Le code du travail impose les mêmes conditions de répétition, sauf à ce que le ou la salariée ait fait l'objet de pressions graves même lorsque l'acte est unique

harcèlement sexuel, alors que 32% de ces femmes ont effectivement subi des actes de harcèlement sexuel au sens juridique du terme. Il y a donc un manque d'information et de formation des salariés au harcèlement au travail, et notamment sur la définition juridique de ce qui relève du harcèlement et ce qui n'en relève pas¹⁷.

En effet, il y a un véritable problème relationnel pour les victimes de harcèlement. Selon cette même étude, la plupart des femmes victimes de harcèlement sexuel au travail parlent de ce harcèlement à des proches ou à des collègues du même rang hiérarchique, donc aucune personne afin d'apporter une aide effective. On constate que seulement entre 7 à 16% des femmes victimes de harcèlement sexuel ou agissements sexistes, ont décidé de parler à des personnes susceptibles de leur apporter une aide réelle, à savoir un supérieur hiérarchique, l'employeur, ou le référent harcèlement sexuel et agissements sexistes désigné par le CSE¹⁸ ou le référent d'entreprise dans les entreprises de plus de 250 salariés, ou toute autre personne habilitée à apporter une aide aux victimes. En revanche on pourra déplorer que ses fonctions ne regroupent pas le harcèlement moral, alors que celui-ci touche de plus en plus de salariés¹⁹. Avec des techniques managériales de plus en plus agressives, tournées vers un maximum de productivité au détriment de la santé des salariés, dans le non-respect de l'obligation de sécurité de l'employeur.²⁰

Cependant il est légitime de considérer que ce référent est compétent pour accompagner toutes les victimes de harcèlement, qu'il soit sexuel ou moral. Mais on peut se poser la question de l'intérêt de cette distinction qui en pratique ne semble pas s'appliquer. Serait-ce une distinction sémantique et non une distinction de matière d'intervention ?

C'est pourquoi à la vue de la montée en puissance du harcèlement de la part des salariés, mais aussi des « managers » dans le cadre de techniques managériales agressives mettant en danger la santé des salariés, avec des objectifs inatteignables, de réprimandes constantes des supérieurs hiérarchiques ou encore une grande pression de la part de ces supérieurs avec des demandes

¹⁷ IFOP, « les françaises face au harcèlement sexuel au travail, entre méconnaissance et résignation », 28 février 2018

¹⁸ Article L.1153-5-1 du Code du travail

¹⁹ L'article L.1153-5-1 du Code du travail prévoit que ce référent a pour mission « d'informer et d'accompagner les salariés en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes », ainsi si on s'en tient à lettre du texte, celui-ci n'est pas habilité à prendre en charge les victimes de harcèlement moral

²⁰ Article L.4121-1 du Code du travail

incessantes de productivité, le législateur a décidé de mettre en place des dispositifs afin de lutter contre ces violences au travail.

L'allègement de la charge de la preuve

Outre le référent harcèlement sexuel et agissement sexiste, le législateur a permis un allègement de la charge de la preuve en ce qui concerne le harcèlement sexuel et le harcèlement moral²¹. La victime doit apporter des éléments laissant présumer un harcèlement moral ou sexuel, si le juge retient que ces éléments peuvent être constitutifs d'un tel harcèlement, c'est à l'employeur de prouver que ces agissements ou sanctions ont été pris en toute objectivité et ne sont pas constitutifs de harcèlement moral ou sexuel. A défaut de preuve suffisante pour démontrer l'absence de harcèlement, tout acte pris par l'employeur ou l'absence de réaction face à ce harcèlement sexuel seront déclarés nuls²².

Afin de mettre fin à ce véritable fléau en entreprise, les gouvernements successifs ont pris des mesures afin d'impliquer de plus en plus les acteurs de l'entreprise et de laisser une place prépondérante à la négociation afin d'appliquer les règles de prévention et de formation en matière de violence au travail et plus particulièrement de harcèlement moral et sexuel.²³

La notion d'agissement sexiste

En plus d'impliquer les acteurs de la négociation dans la lutte contre le harcèlement, le législateur a entendu créer un délit codifié dans le code pénal²⁴ ainsi que dans le code du travail²⁵ prohibant les agissements sexistes. En effet, les actes ne relevant pas de la définition du harcèlement sexuel, c'est-à-dire d'actes répétés laissant percevoir l'objectif d'obtenir une relation sexuelle avec la victime, n'étaient pas sanctionnés par le juge car ne relevant pas de la définition du harcèlement sexuel. C'est pourquoi, afin de sanctionner ces propos, la loi du 17

²¹ Article L.1154-1 du Code du travail

²² La nullité entraîne la non-mobilisation du barème « Macron » permettant la réintégration du salarié dans l'entreprise ou le paiement d'une indemnité d'éviction correspondant aux salaires non perçus entre le licenciement et la réintégration. A défaut de réintégration, le salarié percevra une indemnité pour licenciement qui ne peut être inférieure à 6 mois.

²³ Article L.2241-1 du Code du travail, a créé un nouveau thème de négociation obligatoire « la mise à disposition d'outils aux entreprises pour prévenir et agir contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes »

²⁴ Article 621-1 du Code pénal, incriminant l'outrage sexiste

²⁵ Article L.1142-2-1 du Code du travail

août 2015²⁶ a défini l'agissement sexiste comme : « *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* ». En effet, cette loi est issue d'une première loi du 8 mai 2008 ayant pour objectif d'intégrer des dispositifs du droit communautaire concernant le domaine de la lutte contre les discriminations.

En effet, l'agissement sexiste est une discrimination fondée sur le sexe. Les propos tenus le sont, en considération du sexe de la personne et non en considération d'un potentiel souhait d'obtenir un rapport sexuel (ce qui était nommé avant « faveur sexuel²⁷ ») caractérisant le harcèlement sexuel.

Dans la continuité législative du renforcement de la lutte contre le harcèlement et les violences sexistes, la « *loi Schiappa* » du 3 août 2018²⁸ est venue élargir la répression du harcèlement sexuel en créant l'infraction d'outrage sexiste permettant de sanctionner les actes isolés²⁹, ainsi qu'en renforçant les obligations de l'employeur en termes d'information, de prévention et de traitement des faits de harcèlement sexuel.³⁰

C'est pourquoi, le concept d'agissement sexiste ne devra pas être occulté et devra fait l'objet d'une étude, notamment en ce qui concerne son efficacité, la charge de la preuve afin d'établir cette infraction, au même titre du harcèlement sexuel et moral défini par le Code du travail et par le Code pénal.

En outre, il conviendra d'exclure de notre étude toutes les autres formes de violence, qui ne relèvent ni de harcèlement sexuel, moral ou des agissements sexistes. De manière non exhaustive on peut citer les violences physiques (blessures volontaires) ou encore le bizutage entre collègues, notamment pour leur « intégration ».³¹

²⁶ Loi n°2015-994 du 17 août 2015 entrée en vigueur le 19 août 2015

²⁷ Loi n°92-684 du 22 juillet 1992 introduit l'article 222-33 du Code pénal, incluant la notion de « faveurs sexuelles » notion écartée par la loi n°2012-954 du 6 août 2012, notamment sous la pression des associations féministes

²⁸ Loi n°2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

²⁹ Art. 15 de la loi précitée

³⁰ F. AUBONNET et E. RAYNAUD, Le harcèlement sexuel et les agissements sexistes dans l'entreprise après les lois Schiappa et Avenir, SSL, 3 déc. 2018, n° 1839

³¹ Art. 225-16-1 du Code pénal

Pour autant, il ne faut en aucun cas nier l'existence de ces violences, elles existent et restent problématique au sein de l'entreprise, ainsi elles doivent être prise en compte par l'employeur et sanctionnées. En cas de manquement le l'employeur pourra se voir condamné pour le manquement à son obligation de sécurité³².

Ainsi au regard de tous ces développements plusieurs questions peuvent se poser, notamment en ce qui concerne les dispositifs mis en place pour lutter contre les violences au travail, la protection de ces salariés victimes, mais aussi la charge de la preuve afin de prouver ce harcèlement. Il faudra aussi étudier les différences de prise en charge de ces violences entre la juridiction civile et la juridiction pénale.

Au regard de toutes ces questions, la question primordiale est alors celle de l'efficacité des moyens mis en place par le législateur et la jurisprudence pour prévenir et sanctionner les violences au travail.

Depuis les années 1990, la notion de violence au travail est plus particulièrement de harcèlement au travail n'a cessé d'évoluer, notamment pour le harcèlement sexuel avec la disparition de la notion de « faveur sexuelle » au profit de « propos ou comportement à caractère sexuel », on peut y observer aussi une évolution des mentalités, notamment car le terme faveur avait une connotation « positive » or ces actes suscitent tout le contraire.

Ainsi, dorénavant ces textes semblent prendre en compte réellement la notion de harcèlement. En effet ce changement de mentalité a permis redonner du sérieux à la lutte contre le harcèlement sexuel.

Au regard de ces textes précités, il est facile de croire en l'efficacité des textes réprimant toutes sortes de violences au travail et notamment le harcèlement moral et sexuel, notamment par un régime de preuve plus favorable aux victimes, par les nombreux acteurs permettant d'assurer l'effectivité de ces règles. On peut encore parler de la création du délit d'outrage sexiste.

Cependant cette idée doit être nuancée et relativisée par l'étude minutieuse de la jurisprudence et des textes interdisant le harcèlement au sein du Code du travail et du Code pénal. On pourra

³² Article L.4121-1 du Code du travail

aussi s'interroger sur la formation et la prévention du harcèlement et des agissements sexistes, qui en la matière semble efficace concernant la formation des managers et autres RH, cependant pour les salariés d'un niveau hiérarchique plus bas, ceux-ci sont peu formés et sensibilisés à ce type de délit.

On sensibilise donc les managers à ce harcèlement notamment dans la prise en compte de la victime de ce genre d'agissements, cependant on sensibilise peu souvent les salariés n'ayant peu ou pas de pouvoir de direction ou management alors que ces salariés sont potentiellement sujets à la commission d'acte de harcèlement.

On peut dès lors considérer que l'expression « *vaut mieux prévenir que guérir* » ne s'applique pas en ce cas, puisque, le plus souvent, ces salariés sont formés pour agir et guérir ce mal et non le prévenir efficacement. Il faudra dès lors s'interroger sur la politique de formation des managers et RH.

Enfin, on peut déplorer la position de la jurisprudence en matière de preuve³³ de ce harcèlement.

En effet, comme rappelé précédemment, le législateur a mis un place un mécanisme de preuve partagée, favorable à la victime.³⁴

Cependant, c'était sans compter sur la jurisprudence de la Cour de cassation, qui, en application du principe de loyauté de la preuve et de respect de la vie privée est venue restreindre drastiquement le versement de preuves aux débats, preuve qui permettait d'attester du harcèlement (moral ou sexuel) commis par l'harceleur.

Or, le plus souvent ce harcèlement est commis de manière pernicieuse, cachée et inavouée³⁵. L'atteinte à la dignité est alors d'autant plus grande puisque les victimes sont le plus souvent seules, et parlent de ce mal-être « si elles ne décident pas de garder cela pour elles » à un tiers de confiance et peu souvent à un référent étant formé à orienter et conseiller la victime de harcèlement.

³³ La matérialité des faits est difficile à apporter, la jurisprudence en matière semble peu favorable aux salariés

³⁴ Article L.1154-1 du Code du travail

³⁵ Comme nous le démontrerons dans les futurs développements

La Cour de cassation, très attachée à la notion de vie privée et de loyauté de la preuve, sanctionne la production de ces preuves³⁶ alors que la majorité du temps c'est le seul moyen que possède les victimes pour prouver le harcèlement.

D'autant plus qu'il sera observé dans les développements postérieurs que des mécanismes sont prévus par la loi afin d'accepter ces moyens de preuve.

C'est pourquoi dans un premier temps il faudra observer l'efficacité apparente de ces textes et de la jurisprudence en la matière (Titre I) qui est en réalité nuancée par les textes eux-mêmes ainsi que par les juges (Titre II)

³⁶ Cass, soc, 20 nov. 1991, n° 88-43.120

Titre 1: L'efficacité apparente des textes réprimant le harcèlement et les violences sexistes

De nombreux textes font référence aux harcèlements et de manière générale aux violences au travail. Que ce soit dans le code du travail ou du code pénal.

Le rôle de la bonne application de ces textes et leurs garants sont dans un premier temps les acteurs prévus ou non par ces textes (Chapitre I) qui deviennent dès lors des acteurs primordiaux dans la bonne application de ces textes, qu'ils soient prévus par ces textes, ou qu'ils sont logiquement acteurs de cette lutte, même si non institués par les textes, car proches des victimes ou même des professionnels de santé ayant une grande connaissance de cette problématique³⁷. La jurisprudence et les juges sont revêtus d'un grand rôle en matière de bonne application des textes, mais aussi dans la protection des victimes et la condamnation des harceleurs (Chapitre II). Il faut étudier notamment que la jurisprudence est en apparence favorable aux victimes³⁸.

Dès lors, les acteurs de la lutte contre le harcèlement et les agissements sexistes semblent être parfaitement impliqués dans la lutte et la sanction des violences, Qu'ils soient impliqués par la nature des choses ou créés par les lois successives³⁹.

En guise d'introduction à ce chapitre on peut donc parler du rôle des partenaires sociaux dans la définition précises de ces sujets mais aussi leur réelle prise en compte de de ces violences subies par les victimes.

On peut citer le principal texte, qu'est l'ANI du 26 mars 2010 sur le harcèlement au travail. Cet ANI est une ratification d'un accord cadre européen⁴⁰. Celui-ci a pour principal objectif de définir la notion de violences au travail en précisant que celles-ci « *se produit lorsqu'un ou plusieurs salariés sont agressés dans des circonstances liées au travail. Elle va du manque de respect à la manifestation de la volonté de nuire, de détruire, de l'incivilité à l'agression physique. La violence au travail peut prendre la forme d'agression verbale, d'agression comportementale, notamment sexiste, l'agression physique* ». On peut donc observer que les

³⁷ On peut notamment citer le médecin du travail, qui joue un rôle d'accompagnement des victimes dans ces problématiques, mais aussi de déceler ce harcèlement durant les visites médicales par exemple.

³⁸ La prise en compte de la situation personnelle de l'harceleur, ou encore la réparation du préjudice de l'employeur.

³⁹ On peut notamment citer le référent harcèlement et agissement sexiste, institué par la loi

⁴⁰ Accord-cadre européen sur le harcèlement et la violence au travail du 26 avril 2007

partenaires prenaient d'ores déjà la notion de violence liée au sexe, ainsi que les agressions verbales qui peuvent être révélatrices d'un commencement de harcèlement entraînant une forte dégradation des conditions de travail ainsi qu'une dégradation de l'état de santé du salarié.

C'est pourquoi des acteurs sont institués au sein de l'entreprise ou en dehors de celle-ci afin de prévenir ces actes mais aussi de les sanctionner.

Chapitre 1 : Les acteurs impliqués dans la prévention du harcèlement

Comme rappelé en propos liminaire, de nombreux textes répriment le harcèlement et les agissements sexistes, la majorité de ces textes sont compilés dans le Code du travail et le Code pénal. Les textes dans le Code du travail, réprimant le harcèlement moral et sexuel, précisent le plus souvent les acteurs dans la lutte de ce harcèlement. En effet, les articles épars du Code du travail donnent mission à de nombreux acteurs internes à l'entreprise. On peut notamment citer : le CSE, le service de santé au travail, l'inspection du travail⁴¹ etc...

Cependant d'autres textes prévoient la mise en place d'acteur dans cette lutte, et c'est notamment le cas de l'ANI du 10 juillet 2010.

Ainsi, en plus des lois, les différents partenaires sociaux ont souhaité prendre en compte cette problématique. L'objectif principal, et celui qui nous intéressera dans les prochains développements est celui de l'instauration d'acteurs dans la lutte contre ces harcèlements, que l'on peut aussi étendre aux agissements sexistes⁴².

Ce n'est pas le seul à instituer un rôle à chacun de ces acteurs, cependant on peut observer une dissociation entre deux types d'acteurs : les acteurs secondaires⁴³ (Section 1) et les acteurs principaux (Section 2).

Ces premiers acteurs semblent avoir une compétence et un rôle résiduel, ils ne peuvent intervenir que si la victime fait les démarches de les faire intervenir. Pour exemple les

⁴¹ Karine LE PETITCORPS - Quelles sont les obligations de l'employeur en matière de prévention du harcèlement moral ou sexuel ? – Droit du travail au quotidien, mai 2021

⁴² Leurs missions étant principalement d'éviter les troubles psychosociaux qu'une femme dénonçant des agissements sexistes sera prise en charge au même titre que celui ou celle dénonçant des faits de harcèlement

⁴³ Le terme « secondaire » ne doit pas être interprété de manière péjorative, mais bel et bien que leur intervention est moins régulière que les acteurs internes à l'entreprise.

associations venant en aide aux victimes de harcèlement accompagnent les victimes dans leurs démarches en justice, et durant toute la procédure. Les RH possèdent eux aussi une association (ANDRH) qui émet des propositions afin de mettre de places des actions de prévention contre le harcèlement et les agissements sexistes.

Il faut émettre une seule exception à cette qualité d'acteur secondaire. Les médecins du travail, ceux-ci peuvent intervenir sans qu'ils aient besoin d'attendre l'alerte d'un des acteurs.

Section 1 : Les acteurs intervenant de manière secondaire dans la prévention

Au sein des acteurs secondaires, il y a lieu de distinguer selon qu'ils sont extérieurs à l'entreprise (I) ou qu'ils appartiennent à l'entreprise (II)

En effet, il convient de diviser cette partie ainsi afin de vérifier si les acteurs internes à l'intérieur ont plus de poids et sont plus sollicités que les acteurs qui ne font pas partie de l'entreprise.

En guise de réponse introductive, on serait tenté de répondre par la positive. Il serait logique de penser que l'acteur le plus accessible est celui qui est à l'extérieur, qui est donc accessible que par le biais des connaissances de la victime ou alors par l'information que fera un acteur interne de l'entreprise à cet acteur externe.

Or il semble que cette relation entre ces acteurs soit nuancée, dans cette partie il faudra observer que les acteurs, qu'ils soient internes ou externes à l'entreprise, jouent un rôle important dans l'accompagnement des salariés dans leurs démarches et dans la reconnaissance en justice de leur harcèlement subi au sein de leur travail.

I/ Les acteurs extérieurs à l'entreprise

Les acteurs extérieurs dont il faudra étudier leur rôle, sont dans un premier temps le défenseur des droits (A) ainsi que les associations contre le harcèlement au travail (B)

A/ Le Défenseur des Droits comme accompagnant des victimes

Ce premier acteur est peu connu, pourtant il peut être saisi par les victimes de harcèlement au travail. Depuis une délibération du 28 novembre 2005, le défenseur des droits s'est déclaré compétent concernant l'accompagnement des victimes, à deux conditions : que ce harcèlement s'exprime dans le cadre professionnel, et que celui constitue une inégalité de traitement⁴⁴.

Le défenseur n'est pas seulement compétent pour le harcèlement, celui-ci se déclare aussi compétent pour le harcèlement moral, si, encore une fois, les deux conditions précédemment citées sont réunies⁴⁵. Dès lors, toutes les victimes, subissant un harcèlement discriminatoire peuvent saisir le Défenseur pour défendre leurs intérêts.

Cependant, peu de victimes n'ont en fait la possibilité de saisir le défenseur des droits en cas de harcèlement discriminatoire, selon un avis de 2016⁴⁶, depuis l'adoption de la loi sur le harcèlement sexuel en 2012, seuls 30 affaires ont vu la saisine du défenseur des droits. Comme l'explique le défenseur des droits dans cet avis, le plus souvent les victimes font la démarche de saisir cette institution par le biais d'association. En effet, toute association déclarée depuis au moins 5 ans, peut saisir le défenseur des droits dans l'intérêt de la victime⁴⁷.

Malgré un faible nombre de saisine par les victimes, le défenseur des droits joue un rôle principal indiscutable dans la reconnaissance du harcèlement moral et sexuel au travail. Il œuvre pour la reconnaissance du harcèlement discriminatoire au travail, et a même fait reconnaître, par son soutien, le concept de harcèlement sexuel et ou sexiste d'ambiance⁴⁸.

Son rôle dans la reconnaissance de certains types de harcèlement est indispensable, permettant d'orienter la jurisprudence dans un sens favorable aux victimes.

⁴⁴ Délibération n°2005-77 du 28 novembre 2005 relative au harcèlement sexuel : « La HALDE {Devenue le défenseur des droits} est donc toujours compétente en matière de harcèlement sexuel, dès lors qu'il s'exprime dans un cadre professionnel et constitue une différence de traitement »

⁴⁵ Délibération n°2005-77 du 28 novembre 2005 relative au harcèlement sexuel : « Selon les directives communautaires n° 2000/43/CE du 29 juin 2000 et 2000/78/CE du 27 novembre 2000, le harcèlement moral peut constituer une discrimination. La HALDE se déclare compétente lorsque le harcèlement a pour fondement un critère de discrimination prohibé par le droit. Lorsque le critère de la différence de traitement n'est pas manifeste, mais qu'il existe des indices de l'existence de tels critères fondant le harcèlement, la HALDE doit s'assurer de l'existence de ce critère »

⁴⁶ Avis du Défenseur des droits n°16-16 : « 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) ».

⁴⁷ ADAM Patrice : Répertoire de droit du travail : « Harcèlement sexuel – Harcèlement sexuel et mécanismes de prévention » — Octobre 2019.

⁴⁸ Rapport annuel d'activité 2019 : « Avec le soutien du Défenseur des droits, la jurisprudence a aussi fait émerger le concept de harcèlement sexuel et ou sexiste d'ambiance (décision 2016-212, CA d'Orléans 07/02/2017) »

Il possède aussi des pouvoirs accrus, conférés par la loi organique du 29 mars 2011 relative au Défenseur des Droits⁴⁹.

Le Défenseur des Droits a la possibilité d'interroger toute personne physique ou morale mise en cause devant lui, ceux-ci devant faciliter l'accomplissement de sa mission. Celui peut même se faire communiquer tous documents ou pièces, sur sa demande motivée, sans que le caractère confidentiel ou secret de ces documents ne puisse lui être opposé. Il possède même des pouvoirs de pression, puisqu'il peut mettre en demeure les personnes intéressées de lui communiquer les documents, dans un délai qu'il fixe. Si cette mise en demeure n'est pas suivie d'effet, alors celui-ci peut saisir le juge des référés afin d'ordonner toute mesure que le magistrat juge utile.

Enfin, il possède des pouvoirs en matière d'assistance de la victime, desquels il peut procéder à la résolution amiable du conflit, il peut proposer aux parties de conclure une transaction afin de résoudre leurs conflits. Enfin, le défenseur des droits peut présenter ses observations devant les tribunaux, lorsque celui-ci est invité à le faire par les magistrats.

En outre, il possède un poids doctrinal incontestable. 96.894 dossiers de réclamations ont été déposés en 2020, 122 dépôts d'observations ont été réalisés devant les tribunaux français, dont on peut voir l'efficacité, puisque 73% des observations sont confirmées par les juridictions⁵⁰.

On peut donc observer que le Défenseur des droits possède un véritable poids dans la reconnaissance du harcèlement moral ou sexuel discriminatoire, avec notamment des pouvoirs exorbitants en matière d'interrogatoire ou encore en matière de communication de documents, proches de celles d'un juge qui peut ordonner toutes mesures qui lui semblent utiles.

C'est pourquoi, notamment en matière de harcèlement sexuel, considéré comme une discrimination fondée sur le sexe, qu'il est souhaitable de communiquer davantage sur la possibilité de saisir le Défenseur des droits lorsque l'on constate ce harcèlement discriminatoire. Celui-ci aura une grande capacité à récolter des preuves, interroger les victimes et auteurs et enfin de peser sur les décisions de justice, en étant entendu devant ces juridictions et en rendant des rapports détaillés concernant les affaires pour lesquelles elles sont sollicitées. Pour exemple,

⁴⁹ Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, relative au Défenseur des droits.

⁵⁰ Rapport d'activité annuel 2020

on peut voir qu'en matière de subis par les fonctionnaires, le Défenseur des droits œuvre pour leur défense, et présente de nombreuses observations devant les Cours d'appel administratives⁵¹.

Il est donc souhaitable que l'employeur communique envers ses salariés sur cette possibilité de saisir le Défenseur des droits afin de faire constater en justice le harcèlement discriminatoire subi. Cette possibilité trop peu méconnue doit être mise en avant, notamment par les acteurs de la prévention du harcèlement.

B/ Les associations intervenant dans la prévention des violences

Comme cité par le Défenseur des droits, les associations jouent elles aussi un grand rôle dans la prévention et la lutte contre le harcèlement. Cette étude permettra de mettre en avant le rôle qu'ont les associations spécialisées ainsi que celles plus généralistes.

Les associations jouent d'abord un rôle de prévention, en matière de harcèlement et d'agissement sexiste au travail.

Pour on peut citer l'ANDRH⁵² qui publie un « livre blanc » à destination des personnels de la fonction RH, afin d'appréhender ce phénomène du harcèlement au travail⁵³. Le 29 janvier 2019 est publié ce livre blanc, dans lequel l'association prodigue de nombreux conseils aux fonctions RH des entreprises, et notamment la nécessité de former les managers et autres supérieurs hiérarchiques.

Le livre semble primordial dans le monde du travail, en effet selon l'enquête IFOP du défenseur des droits en 2014, plus de la moitié des actifs considèrent qu'ils ne sont pas assez informés sur le harcèlement sexuel⁵⁴. Alors que l'on peut rappeler que l'article 3 de l'ANI du 26 mars 2010 énonce que « *la diffusion de l'information est un moyen essentiel pour lutter contre l'émergence et le développement du harcèlement et de la violence au travail* »⁵⁵

⁵¹ Décision 2021-006 du 8 janvier 2021 relative à des faits de harcèlement sexuel commis par un supérieur hiérarchique au sein d'un secrétariat général pour l'administration de la police

⁵² Association nationale des directeurs des ressources humaines

⁵³ Carole ABOUT, Akim AYACHE – Comment l'employeur doit-il organiser la lutte contre les harcèlements moral et sexuel ? » - Santé, sécurité et conditions de travail au quotidien – mars 2021

⁵⁴ Enquête IFOP pour le Défenseur des droits – Enquête sur le harcèlement sexuel au travail - Mars 2014

⁵⁵ ADAM Patrice : Répertoire de droit du travail : « Harcèlement sexuel – Harcèlement sexuel et mécanismes de prévention » — Octobre 2019

Force est de constater que cette injonction de l'ANI de 2010 n'a pas été suivie d'effet, au regard du nombre d'actifs qui se plaignent de la méconnaissance du concept de harcèlement sexuel, dans lequel on peut inclure aussi le harcèlement moral, concept tout aussi méconnu. Les employeurs n'ont donc, pour la plupart, jamais informé leurs salariés sur ces concepts, le rôle des associations est donc primordial pour la parfaite information des salariés. Cependant, on peut regretter que ce soient les associations qui jouent ce rôle, alors que l'employeur, par son obligation de santé et sécurité, devrait de sa propre initiative informer et former les salariés sur ces sujets, ainsi que sur leurs conséquences sur la santé des victimes.

Toujours selon cette même étude IFOP pour le Défenseur des droits, « *Alors que la lutte contre le harcèlement sexuel au travail est jugée importante de façon quasi- unanime, (98%, dont 75% de « très important »), il y a un sentiment majoritaire de sous- information. Au vu des résultats de cette enquête, de fait, il apparaît que la grande majorité des employeurs n'ont pas mis en place d'actions de prévention contre le harcèlement sexuel (82%)* »⁵⁶

Il apparaît donc que la plupart des employeurs, sont sensibles à ces problématiques, mais ne mettent rien en place afin de sensibiliser les salariés. C'est donc le rôle des associations de former les salariés à ces problématiques, on peut cependant regretter que ces associations ne soient pas connues de toutes et tous, et leurs actions restant facultatives pour les salariés.

De plus, il semble que ces mesures de prévention, peu mise en place par les employeurs ne portent pas leurs fruits. Selon une étude de la fondation Jean Jaurès, 30% des françaises interrogées ont été harcelées ou agressées sexuellement sur leur lieu de travail⁵⁷. Aucune évolution significative, sur la proportion des femmes à avoir subi du harcèlement au travail, n'est à noter entre 2014 et 2019. Démontrant donc la carence des employeurs à prendre ce sujet au sérieux, notamment dans la formation des salariés.

⁵⁶ Enquête IFOP pour le défenseur des droits – « *Enquête sur le harcèlement sexuel au travail* » - Note de synthèse – Janvier 2014

⁵⁷ CLAVIERE Juliette et KRAUS François –« *Deux ans après #metoo : les violences sexistes et sexuelles au travail en Europe* » - Fondation J. Jaurès, octobre 2019

Le rôle des associations dans ce registre étant primordial, ce livre blanc de l'ANDRH apporte donc un grand nombre de conseils, et d'étapes à mettre en place pour une bonne formation sur la sensibilisation à ces problématiques : celle-ci est basée sur 4 axes

« 1. *Caractériser et définir le harcèlement sexuel (repérer les comportements à risque, s'approprier le cadre juridique ; 2. Prévenir le harcèlement : point sur les obligations de l'employeur, les outils de communications, les missions du manager, les mesures organisationnelles, les mesures individuelles ; 3. Réagir à un cas de harcèlement (écoute, recueil des preuves, communication externe, mesures disciplinaires) ; et 4. Les recours possibles et les sanctions encourues* »⁵⁸

Les managers et autres RH possèdent désormais les outils permettant de mettre en place une campagne de sensibilisation au sein de l'entreprise.

Ce livre donne même la marche à suivre, en cas de soupçon ou de signalement de harcèlement⁵⁹ : consigner les faits, diligenter une enquête interne, assurer à la victime la confidentialité des informations données, mettre en place une cellule d'écoute, mobiliser les IRP⁶⁰.

Le personnel des ressources humaines et les managers ont donc tous les moyens en leur possession afin de garantir l'effectivité de la formation et sensibilisation des salariés, ainsi que l'effectivité de l'enquête mise en place en cas de soupçons ou signalements.

Si, malgré tous les moyens mis à leurs dispositions, les entreprises ne prennent pas en compte les signalements de salariés victimes de harcèlement, les associations jouent un rôle dans l'action en justice afin de faire reconnaître ce harcèlement.

Selon l'article 2-2 du Code de procédure pénale⁶¹, toute association déclarée de plus de 5 ans, dont l'objet statutaire comporte la lutte contre les violences sexuelles, peut exercer une action

⁵⁸« Prévenir le harcèlement sexuel au travail : repères pour les RH » - La Semaine Juridique Social n° 5 - 5 Février 2019, act. 53

⁵⁹« Prévenir le harcèlement sexuel au travail : repères pour les RH » - La Semaine Juridique Social n° 5 - 5 Février 2019, act. 53

⁶⁰ Institutions représentatives du personnel

⁶¹Article 2-2 du Code de procédure pénale : « Toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, dont l'objet statutaire comporte la lutte contre les violences sexuelles, contre le harcèlement sexuel ou contre les violences exercées sur un membre de la famille, peut exercer les droits reconnus à la partie civile, en ce qui concerne les atteintes volontaires à la vie et à l'intégrité de la personne, les agressions et autres

en justice avec l'accord de la victime. Dès lors, les victimes de harcèlement sexuel ne se sentent plus seules et peuvent être accompagnées dans leur action en justice, les associations ayant des moyens plus importants qu'une victime non accompagnée, qui d'ailleurs seront plus prompt à saisir le Défenseur des droits afin que celui-ci intervienne au procès en opposant ses arguments sur les faits de harcèlements dénoncés.

On peut donc observer que les victimes ne sont pas seules, et ont les moyens de défendre leurs intérêts propres par le biais du Défenseur des droits, mais aussi des associations. La formation et la sensibilisation ne sont pas en reste, notamment avec ces associations qui mettent en place des éléments afin de pouvoir appréhender efficacement les éléments de prévention et de d'enquête.

On peut simplement regretter, d'une part le manque de réaction de l'employeur, comme le prouve les nombreuses études, qui met très peu en place des formations afin de sensibiliser ses salariés au harcèlement moral et sexuel. D'autre part, le fait que la possibilité pour les associations d'engager des actions en justice, ne concerne uniquement le harcèlement sexuel et non le harcèlement moral⁶², alors que celui-ci est aussi important que le harcèlement sexuel, les victimes ont tout autant besoin d'être accompagnées. C'est pourquoi il faudra réformer la loi du 27 janvier 2017, en incluant le harcèlement moral, dans les objets statutaires susceptibles d'engager une action en justice.

II/ Les acteurs du contrôle de l'action de l'employeur

La médecin du travail (A) ainsi que l'administration (B) contrôlent l'action de l'employeur en matière de qualité de vie au travail, en notamment l'anticipation ou la réaction de l'employeur en cas de dénonciation ou de constatation de harcèlement ou d'agissement sexiste au travail.

A/ Le médecin du travail comme acteur du constat des violences au travail

atteintes sexuelles, l'enlèvement et la séquestration et la violation de domicile réprimés par les articles 221-1 à 221-4, 222-1 à 222-18, 222-23 à 222-33, 224-1 à 224-5, 226-4 et 432-8 du code pénal, lorsque la victime de ces infractions était majeure à la date des faits. Toutefois, l'association ne sera recevable dans son action que si elle justifie avoir reçu l'accord de la victime. Si celle-ci est un majeur en tutelle, l'accord doit être donné par son représentant légal »

⁶² CLOAREC-MÉRENDON Agnès, de CASTELBAJAC Marion - Revue Lamy droit des affaires, No 100 - Harcèlement et discrimination – 1^{er} janvier 2015 mis à jour en novembre 2020.

Le médecin du travail a aussi un grand rôle à jouer dans l'accompagnement des victimes, notamment en ce qui concerne la constatation du mal-être d'un salarié, pouvant potentiellement constituer des faits de harcèlement et les conséquences sur sa santé. Le médecin du travail a donc une mission de prévention et constatation des faits, afin de faciliter la prise en charge de la victime.

Comme le rappelle la doctrine, « *S'ils peuvent légitimement constater une maladie, une contre-indication médicale ou une inaptitude, le médecin traitant ou le médecin du travail n'ont ni pouvoir ni capacité pour constater l'existence d'un harcèlement moral, seuls les tribunaux étant en mesure de qualifier des faits de harcèlement moral* »⁶³. Dès lors, on ne peut pas dire que le médecin peut constater le harcèlement moral ou sexuel subi mais peut orienter l'employeur et les juges sur les conséquences de la relation de travail sur la santé du salarié.

Dans un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du 17 juin 1998, le médecin du travail a été amené à attester du lien de causalité entre une dépression nerveuse et les conditions de travail, analyse qui a été suivie par la Cour d'appel qui a reconnu le harcèlement moral subi par le salarié.

Le médecin du travail a aussi un devoir de prévention et de s'assurer de la bonne santé des salariés. L'article L.4624-3⁶⁴ du Code du travail prévoit la possibilité pour celui-ci de proposer des mesures d'aménagement du temps de travail, justifiées par la mauvaise santé physique et ou mentale du salarié. Dès lors, un médecin constatant des liens entre une dégradation de la santé physique ou mentale et le travail peut alerter l'employeur sur cette dégradation et le possible lien avec les conditions de travail, ainsi il doit proposer à celui-ci d'aménager le poste du salarié afin de préserver la santé du salarié, ainsi remplir son obligation générale de santé et sécurité.

On peut constater que l'ancien article L.4624-3 du Code du travail⁶⁵, ne prenait pas en compte la santé physique ou mentale des employeurs, mais uniquement « *d'un risque pour la santé des*

⁶³ ABOUT Carole, AYACHE Akim – « *Qu'est-ce que le harcèlement moral* » - Lamy social – mars 2021

⁶⁴ « Le médecin du travail peut proposer, par écrit et après échange avec le salarié et l'employeur, des mesures individuelles d'aménagement, d'adaptation ou de transformation du poste de travail ou des mesures d'aménagement du temps de travail justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge ou à l'état de santé physique et mental du travailleur »

⁶⁵ Créée par la loi n°2011-867 du 20 juillet 2011 – art 2

travailleurs », il faut donc apprécier le fait que la loi du 17 août 2015, prenne en compte la santé mentale du salarié, démontrant un intérêt certain pour les risques psychos sociaux et notamment le harcèlement moral et sexuel.

On peut cependant regretter que la modification de cet article, par la loi de 2015, réduise les obligations de l'employeur. L'ancien article L.4624-3 du Code du travail, était bien plus complet que le nouvel article. Cet ancien article imposait à l'employeur de prendre en considération les recommandations du médecin du travail⁶⁶ et si celui-ci refusait ces recommandations, il devait expliquer par écrit la raison pour laquelle l'employeur refusait d'aménager le poste du salarié⁶⁷. Or dorénavant, comme précisé plus haut, il n'est plus imposé à l'employeur de prendre en compte les recommandations du médecin du travail, mais plus dans un objectif de négociation et de concertation⁶⁸ entre tous les acteurs (médecin du travail, employeur et salarié). L'employeur n'a donc plus besoin de justifier le refus d'adaptation, laissant la place à la négociation en amont. Désormais, du fait que l'employeur n'a plus besoin de justifier au médecin du travail son refus, seul le juge pourra constater le refus d'adaptation du poste, par la biais de la violation de son obligation générale de santé et sécurité, considérant que l'employeur n'a pas protégé son salarié en ne prenant pas en compte le harcèlement subi.

Pour cette obligation de l'employeur, celui-ci a été condamné pour harcèlement moral, pour ne pas avoir suivi les recommandations du médecin du travail⁶⁹. En l'espèce, le médecin du travail avait recommandé de ne pas faire porter de charges lourdes au salarié lors d'une visite de reprise, à la suite d'un accident du travail. Cependant, l'employeur n'a pas pris en compte les recommandations du médecin du travail, cette carence le rendant coupable de harcèlement moral, en mettant en péril la santé du salarié. Dès lors, le médecin du travail a un véritable rôle dans la préservation de la santé du salarié, mais aussi de la constatation harcèlement moral, notamment par l'absence de respect de ses recommandations.

⁶⁶ « L'employeur prend en considération ses propositions »

⁶⁷ « et, en cas de refus, fait connaître par écrit les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite. »

⁶⁸ On peut remarquer que cette concertation entre dans l'esprit des réformes successives en droit du travail, avec la priorité donnée à la négociation.

⁶⁹ Cass. soc. 4 nov. 2020, n° 19-11.626

Le médecin du travail et notamment le service de santé au travail possèdent un rôle de prévention et de conseil aux employeurs. En effet, depuis la loi du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel⁷⁰, celle-ci donne un véritable rôle de conseil à l'employeur et aux IRP.

L'article L.4622-2 du Code du travail prévoit que « *Les services de santé au travail ont pour mission exclusive d'éviter toute altération de la santé des travailleurs du fait de leur travail* », on peut donc constater que le Code du travail impose une seule mission au service de santé au travail, c'est pourquoi sa mission est d'autant plus primordiale puisque c'est la seule.

Ces services de santé sont chargés de conseiller l'employeur, mais aussi les salariés et les représentants du personnel⁷¹ notamment afin de prévenir les actes de harcèlement moral et sexuel.

La prise en compte du harcèlement par le médecin du travail et les services de santé au travail est donc primordiale, notamment par la mission exclusive de ces services de santé, mais aussi afin d'aider à la constatation du harcèlement moral, et enfin afin de prévenir les actes de harcèlement moral, notamment en aidant l'employeur à mettre en place des actions de prévention afin que celui-ci remplisse son obligation de préserver la santé et la sécurité de ses salariés.

En termes de constatation du harcèlement, c'est à l'administration du travail et plus particulièrement à l'inspection du travail, à qui revient cette mission « de terrain ». Cependant, la DREETS joue tout de même un rôle en matière de prévention des violences au travail, et plus particulièrement sur les risques au travail, incluant le harcèlement et les agissements sexistes.

B/ L'administration du travail

L'administration du travail possède un double rôle, reparté entre les deux acteurs primordiaux de l'administration du travail : l'inspection du travail et les directions régionales et départementales de l'emploi et du travail. L'un possède un rôle dans la constatation de l'infraction, alors que l'autre possède un rôle axé dans la prévention de ces actes.

⁷⁰ Loi n°2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel

⁷¹ ARANDEL Céline, BARTHELEMY Jacques – « *Harcèlement – Prérrogative du CSE et des services de santé au travail* » - Lamy Social – mars 2021

Il faut en premier lieu étudier le rôle de l'inspection du travail, rôle central dans la lutte contre le harcèlement.

L'inspection a tout d'abord un rôle de prévention du harcèlement, en veillant à l'application des règles relatives au harcèlement moral et sexuel au travail⁷². Le Code du travail⁷³ confie le rôle de constater les infractions en matière de délit de harcèlement sexuel et moral, à l'inspection du travail⁷⁴. Dès lors, en cas de contrôle ou de signalement de victimes, l'inspection du travail a la possibilité de consigner, au sein d'un procès-verbal, les constatations de faits de harcèlement sexuel ou moral durant son contrôle. C'est une circulaire de la DGT⁷⁵ du 12 novembre 2012 qui définit le rôle de l'inspection du travail.

Cette circulaire définit notamment le rôle de l'inspection du travail en cas de plainte pour harcèlement moral ou sexuel, en rappelant notamment que l'inspection du travail peut être saisie par des salariés pour des faits de harcèlement. L'inspection du travail peut réaliser une enquête au sein de l'entreprise en cas de constatation « *d'atteinte grave à la dignité* ». Cependant on peut observer que cette circulaire demande aux inspecteurs de prendre leurs précautions, puisqu'avant de prendre la décision de réaliser une enquête, l'inspecteur devra s'assurer que les faits rapportés sont bel et bien susceptibles de constituer du harcèlement moral ou sexuel. Afin d'éviter toute dénonciation calomnieuse, celui-ci devra s'assurer que ces faits remplissent les conditions de la définition du harcèlement moral ou sexuel, dès lors, l'inspecteur devra s'assurer de la matérialité des faits, avec notamment la vérification de la possibilité d'obtenir des preuves, à savoir les témoignages, des écrits etc... Il est donc dommage que tant d'étapes doivent être mise en place avant que l'inspection du travail puisse intervenir et mener une enquête, puisque, le temps que l'administration s'assure de la possibilité d'obtenir des preuves la victime continuera à subir ces actes de harcèlement.

⁷² ABOUT Carole, AYACHE Akim - « Comment l'employeur doit-il organiser la lutte contre les harcèlements moral et sexuel » - Lamy Social – avril 2021

⁷³ Article L.8112-2 du Code du travail

⁷⁴ « Les agents de contrôle de l'inspection du travail mentionnés à l'article L. 8112-1 constatent également :

1° Les infractions commises en matière de discriminations prévues au 3° et au 6° de l'article 225-2 du code pénal, les délits de harcèlement sexuel ou moral prévus, dans le cadre des relations de travail {...} »

⁷⁵ Circulaire DGT n° 2012-14 du 12 novembre 2012 relative au harcèlement et à l'application de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel

Il serait donc souhaitable que l'inspection du travail ait la possibilité d'intervenir rapidement en cas de plainte, afin de responsabiliser les dénonciateurs, comme l'a fait la Cour de cassation en condamnant le dénonciateur de mauvaise foi⁷⁶. Cependant tel n'est pas le cas de cette circulaire, qui a pour objectif de donner des orientations sur la façon dont l'inspection du travail a la possibilité de mener une enquête en cas de plainte pour harcèlement moral ou sexuel. On peut notamment observer que cette circulaire plébiscite la collaboration entre les institutions, notamment la collaboration avec le médecin du travail lors de l'enquête réalisée⁷⁷.

Enfin, cette circulaire est réaliste et consciente des difficultés que présentent ces faits de harcèlement moral ou sexuel, et notamment du fait des nombreux acteurs qui interviennent en cette matière (comme développée dans cette partie) c'est pourquoi cette circulaire énonce que l'inspection du travail ne doit pas être seule afin de lutter contre toutes les dimensions du harcèlement⁷⁸, en citant notamment d'autres acteurs, qui seront étudiés par la suite.

Enfin, concernant l'intervention sanctionnatrice de l'inspection du travail, on peut apprécier la suppression de la confidentialité des plaintes lorsque la victime dénonce des faits de harcèlement par courrier à son employeur et que l'inspection du travail en ait une copie de cette dénonciation⁷⁹. Les pouvoirs publics semblent donc conscients de la difficulté de mener une enquête, notamment avec l'impossibilité pour l'inspection de mentionner le nom de la victime ou de la plainte déposée, dans le procès-verbal de constatation des faits. Il déjà difficile de mener une enquête sans les barrières de la confidentialité, notamment avec le principe de loyauté de la preuve, mais aussi par le fait que ces faits se matérialisent le plus souvent de manière insidieuse et ou, le plus souvent de manière orale et non écrite, d'où la difficulté pour recueillir des preuves. La faculté, pour l'inspection du travail, de mentionner la plainte et le nom de la victime, devrait avoir un poids plus grand devant les tribunaux, tout en s'assurant de la matérialité des faits.

⁷⁶ Cass. soc. 29 sept. 2010, n° 09-42.057

⁷⁷ « Pour mener à bien leurs contrôles ou enquêtes relatives au harcèlement, les agents de contrôle pourront travailler en lien avec les médecins inspecteurs du travail »

⁷⁸ « Face à des problématiques complexes à appréhender, l'inspection du travail ne peut, à elle seule, traiter toutes les dimensions des cas qui sont portés à sa connaissance. »

⁷⁹ « Cependant, cette obligation de confidentialité n'existe pas lorsque le salarié adresse un courrier à son employeur pour dénoncer une situation et mentionne clairement dans ledit courrier qu'une copie en est adressée à l'inspection du travail »

L'inspection du travail semble donc jouer un grand rôle dans la reconnaissance des faits de harcèlement, dans la prise en compte de leurs constats par les tribunaux, mais aussi dans la sensibilisation des employeurs à ces notions. Cependant, on peut regretter que leur rôle soit bridé par la recherche de matérialité des faits en amont, ne permettant pas une action immédiate de l'administration du travail, alors que cette action pourrait jouer un rôle de prévention et de rappel des règles en matière de harcèlement moral ou sexuel.

La DIRECCTE (maintenant DREETS) possède aussi un rôle dans ces domaines, consistant en de la prévention et de l'incitation.

Toujours selon la circulaire précédemment citée, celle-ci définit le rôle des DREETS. Il est demandé à celles-ci de privilégier la communication envers les différents acteurs territoriaux du dialogue social, notamment en leur communiquant les nouvelles règles en matière de harcèlement moral et sexuel, mais aussi sur les risques professionnels dus à ces faits. Cela se matérialise par des affiches ou par des publications sur internet par exemple, afin de rappeler certaines règles et d'en préciser les contours.

Les DREETS ont aussi une obligation d'incitation des partenaires sociaux. Il est prévu que ces directions régionales incitent les partenaires sociaux et les branches professionnelles à engager des démarches de prévention et d'information au sein des entreprises et des représentants du personnel⁸⁰. Il faut préciser que ces démarches de prévention les plus originales pourront faire l'objet d'un financement BOP111⁸¹, financement permettant d'inciter l'administration du travail à favoriser le plus possible à la mise en place de formation de prévention de la qualité de vie au travail et notamment concernant le harcèlement et les agissements sexistes.

En 2020, on peut observer que 99 millions d'euros de crédits de paiement ont été engagés dans les actions concernant l'amélioration de la qualité de l'emploi et des relations de travail, dont 24 millions alloués à la santé et sécurité au travail⁸². On peut donc voir que les pouvoirs prennent à bras le corps le domaine de la santé et sécurité au travail, en allouant un quart du budget total à la santé et sécurité au travail.

⁸⁰ « Nouvelles précisions sur l'obligation de prévention du harcèlement » - SSL n° 1566 – 7 janvier 2013

⁸¹ Budget opérationnel de programme et d'unités opérationnelles du programme 111 « *Amélioration de la qualité de l'emploi et des relations de travail* »

⁸² Projet de loi de finances pour 2020 - Mission Travail et emploi – Présentation des crédits et dépenses fiscales

On peut donc noter l'efficacité du rôle incitateur de l'administration du travail, notamment due à la possibilité d'obtenir le financement de certaines actions de sensibilisation et de formation par l'intervention de la DREETS dans ces actions.

On a ainsi pu voir que l'administration du travail joue un rôle dans le développement des actions de sensibilisation, mais aussi dans le dialogue social avec les acteurs de la lutte contre le harcèlement et notamment les partenaires sociaux, ainsi que les représentants du personnel.

Tous les acteurs précédemment étudiés jouent un rôle primordial, mais secondaire du fait qu'ils ne sont pas aux contacts des salariés au quotidien. C'est pourquoi il était nécessaire de distinguer ces acteurs, des acteurs internes à l'entreprise qui eux sont en contact direct et quotidien avec les salariés de l'entreprise. Avec le plus important d'entre eux, l'employeur, qui doit être plus prompt à réagir en cas de plainte pour harcèlement.

Section 2 : Les acteurs principaux de la lutte contre le harcèlement au travail

Les acteurs principaux de cette lutte sont logiquement ceux qui sont quotidiennement présents au sein de l'entreprise et qui sont quotidiennement confrontés à ces problématiques. Il est donc logique que la loi leur ait donné de plus grands pouvoirs et le plus grand rôle dans cette lutte.

Ces deux acteurs primordiaux, sont donc l'employeur (I) et les représentants du personnel (II). Il faudra notamment étudier le rôle primordial de l'employeur qui lui est octroyé par la loi mais aussi aborder le rôle du référent harcèlement sexuel et agissements sexistes au CSE⁸³ mais aussi dans les entreprises de plus de 250 salariés⁸⁴, on peut cependant regretter que ces missions ne soient pas définies, il faut dès lors se rattacher à la doctrine qui tente de définir les missions de référent. On peut donc regretter ce manque de clarté dans les missions du référent.

⁸³Article L.2314-1 du Code du travail « Un référent en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes est désigné par le comité social et économique parmi ses membres, sous la forme d'une résolution adoptée selon les modalités définies à l'article L. 2315-32, pour une durée qui prend fin avec celle du mandat des membres élus du comité »

⁸⁴Article L.1553-5-1 du Code du travail « Dans toute entreprise employant au moins deux cent cinquante salariés est désigné un référent chargé d'orienter, d'informer et d'accompagner les salariés en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes »

Il sera nécessaire de s'interroger sur la compétence de ce référent, celui-ci étant désigné, comment s'assurer qu'il possède toutes les compétences nécessaires ? Il faudra donc étudier la formation des référents afin que ceux-ci puissent accompagner efficacement les victimes.

Enfin, il est absolument nécessaire d'étudier qui joue un rôle central dans la prévention et la sanction du harcèlement et des agissements sexistes. En raison notamment de son obligation à veiller à la santé et à la sécurité de ses salariés.

I/ L'employeur acteur principal dans la prévention

Comme on l'a vu en introduction de la présente section, l'employeur est un acteur dans la lutte contre le harcèlement au travail. C'est notamment un acteur privilégié par la loi (A) par le Code du travail qui lui donne un rôle considérable notamment dans son obligation d'agir et de sanctionner (B) en cas de dénonciation de harcèlement.

A/ Un acteur privilégié par la loi

Le rôle de l'employeur en matière de harcèlement moral et sexuel et agissements sexistes est défini par de nombreux textes.

On peut notamment citer son obligation générale de prévention, défini par l'article L.4121-2 du Code du travail qui dispose que l'employeur doit mettre en œuvre les mesures prévues à l'article L.4121-1 du Code du travail, et notamment des actions de prévention et de formation afin de lutte contre les risques liés au harcèlement moral et sexuel⁸⁵. Dès lors, la loi impose à cet employeur de mettre en place des actions de prévention, de manière générale, mais vient préciser que ces actions doivent concerner aussi la prévention et la formation concernant les faits de harcèlement moral. Ce n'est donc plus une obligation générale de prévention, mais bien une obligation spécifique au harcèlement moral et sexuel⁸⁶. Ce texte fait aussi doublon avec des textes spécifiques dans des chapitres incriminant le harcèlement moral et sexuel.

⁸⁵ Article L.4121-2 du Code du travail « {...} 7° Planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants, notamment les risques liés au harcèlement moral et au harcèlement sexuel, tels qu'ils sont définis aux articles L. 1152-1 et L. 1153-1, ainsi que ceux liés aux agissements sexistes définis à l'article L. 1142-2-1 »

⁸⁶ LEROUGE Loïc - Droit des risques psychosociaux au travail : Régime de la prévention des risques psychosociaux en droit du travail – Répertoire de droit du travail – Avril 2021

L'article L.1152-4 et L.1153-5 du Code du travail vient prévoir l'obligation de prendre toutes les dispositions nécessaires afin de prévenir tout agissement constitutif de harcèlement moral ou sexuel⁸⁷, on peut donc observer que le législateur a pris en compte les problématiques de harcèlement moral et sexuel, en imposant spécifiquement à l'employeur de prendre des mesures sur ces problématiques. Dès lors, l'employeur ne peut plus être sanctionné uniquement sur le fondement sur son obligation générale de santé et sécurité, mais bien sur des textes spécifiques.

On peut regretter que le contenu de son devoir de prévention ne soit pas défini par le législateur, c'est donc à la doctrine de définir le contenu de cette obligation. Il est simplement noté au sein de ces articles que l'employeur doit prendre les mesures nécessaires afin de prévenir les faits de harcèlement moral et sexuel. Il faut cependant se reporter au texte définissant le devoir de prévention générale de l'employeur⁸⁸, dans lequel on peut voir des pistes d'actions à mettre en place, à savoir :

- Des actions de prévention des risques pro : des affichages par exemple ;
- Des actions d'information et de formation : information sur la définition de ces harcèlements, formation des salariés pour lutter contre le harcèlement mais aussi des supérieurs hiérarchiques et notamment du personnel RH afin d'être informé sur la manière dont il faut accueillir les victimes ;
- La mise en place d'une organisation et de moyens adaptés : mise en place d'une procédure accélérée et simplifiée afin de faciliter le signalement de ces agissements.

Ainsi, depuis l'arrêt Air France de 2015⁸⁹, si l'employeur prouve qu'il a tout mis en œuvre pour protéger ses salariés et éviter les risques⁹⁰, alors celui-ci aura rempli son obligation de prévention de la santé et sécurité de ses salariés. Dès lors, on peut désormais parler d'une obligation de sécurité de résultat atténuée ou encore de moyens renforcées. On peut donc noter

⁸⁷ « Quelles sont les obligations de l'employeur en matière de prévention du harcèlement moral ou sexuel ? » -

⁸⁸ Article L.4121-1 du Code du travail

⁸⁹ Cass. Soc. 25 nov. 2015, no 14-24.444

⁹⁰ WURTZ Emmanuelle - Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation : l'obligation de sécurité de l'employeur – Recueil Dalloz - 2016

un revirement de jurisprudence, puisque les arrêts « Amiante »⁹¹ imposait une obligation de sécurité de résultat, jurisprudence antérieure selon laquelle « *la démonstration de l'absence de toute faute de l'employeur est sans portée sur sa responsabilité pour manquement à son obligation de sécurité à l'égard du salarié, peu important qu'il ait pris des mesures propres à faire cesser la cause des troubles* »⁹², position qui sera confirmée par l'arrêt « Propara » qui confirme l'obligation de sécurité de résultat en matière de harcèlement moral⁹³.

Les articles du Code du travail imposant à l'employeur de prendre toutes les mesures de préventions nécessaires doivent s'axer sur la jurisprudence actuelle, à savoir que si l'employeur a mis tout en œuvre pour assurer la prévention du harcèlement moral et sexuel, celui-ci aura rempli son obligation de sécurité en matière de harcèlement moral et sexuel. Les textes prennent donc en compte la jurisprudence actuelle en matière d'obligation de l'employeur.

On peut donc observer que l'employeur possède de nombreuses obligations concernant la prévention du harcèlement, celui-ci pourra donc s'exonérer de sa responsabilité s'il prouve qu'il a tout mis en œuvre afin de prévenir et d'éviter les faits de harcèlement ou d'agissements sexistes.

Après avoir observé que le Code du travail privilégie l'employeur dans le devoir de prévention du harcèlement, celui-ci a une obligation d'affichage des textes réprimant le harcèlement, qui fait aussi partie de son obligation de prévention.

L'article L.1153-5 du Code du travail impose un devoir d'information en matière de harcèlement moral et sexuel. Cet article prévoit que l'employeur doit afficher « *à la porte des locaux où se fait l'embauche, les personnes mentionnées à l'article L. 1153-2 sont informées par tout moyen du texte de l'article 222-33 du code pénal ainsi que des actions contentieuses civiles et pénales ouvertes en matière de harcèlement sexuel et des coordonnées des autorités et services compétents* ». On peut donc observer que l'objectif de cette obligation d'affichage est nécessaire afin d'assurer la possibilité aux victimes de communiquer avec les personnes compétentes. Comme l'affirme Céline Leborgne-Ingelaere « *Cette adjonction répond au*

⁹¹ Cass, soc. 28 fév.. 2002, n°99-18.389

⁹² WURTZ Emmanuelle - Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation : l'obligation de sécurité de l'employeur – Recueil Dalloz - 2016

⁹³ Cass, soc, 21 juin 2006, n°05-43.914

constat de l'absence d'éléments d'information opérationnels visant à permettre à toute personne victime de tels agissements de connaître les voies de recours qui lui sont ouvertes, ni l'ensemble des interlocuteurs adéquats ⁹⁴», c'est donc l'objectif du législateur de faciliter la connaissance, pour les victimes, des acteurs permettant de les accompagner dans les démarches. Ce que nous avons vu dans nos développements précédents, où l'employeur devait s'efforcer de faire connaître aux salariés tous les acteurs de la prévention du harcèlement.

Enfin, l'employeur est encore cité par la loi par l'obligation d'intégrer dans son règlement intérieur ainsi que son document unique d'évaluation des risques (DUER). L'article L.1321-2⁹⁵ du Code du travail prévoit expressément que l'employeur doit faire figurer dans son règlement intérieur les dispositions relatives aux harcèlements moral, sexuel et agissements sexistes. Cet outil est un outil de régulation interne et prévention efficace, permettant de dissuader les potentiels harceleurs, puisque ce règlement doit être porté à la connaissance de tous les salariés, ceux-ci connaissent la définition du harcèlement et des agissements sexistes, les salariés auteurs ne pourront dès lors pas dire que les faits commis ne sont pas constitutifs de harcèlement, sachant qu'ils connaissaient la définition de leurs agissements, présente au sein du règlement intérieur.

L'employeur doit aussi faire figurer le harcèlement comme risque au sein de la DUER. Dès lors, aucun employeur ne peut se targuer de ne pas connaître ce risque au sein de sa société⁹⁶. Toutes ces obligations à la charge de l'employeur entrent dans le cadre de l'obligation de prévention générale de santé et sécurité au travail. Toutes ces mesures ont pour objectif de prévenir le harcèlement et les agissements sexistes au sein de l'entreprise, par le biais d'une connaissance plus grande des faits susceptibles d'être constitutifs de harcèlement ou d'agissement sexiste.

Cependant, depuis l'arrêt « Air France » précédemment cité, si l'employeur prend les mesures nécessaires afin d'éviter les risques, alors celui-ci ne peut être déclaré responsable si le risque

⁹⁴ LEBORGNE-INGELAERE Céline - Harcèlement - Les obligations renforcées en matière de lutte contre le harcèlement sexuel – SJS n°39 – 2 octobre 2018, p.1311

⁹⁵ « Le règlement intérieur rappelle :

1° Les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés définis aux articles L. 1332-1 à L. 1332-3 ou par la convention collective applicable ;

2° Les dispositions relatives aux harcèlements moral et sexuel et aux agissements sexistes prévues par le présent code. »

⁹⁶ HAUTEFORT Marie – face au harcèlement l'employeur a un devoir de prévention, non de réaction – JSL n°386, 27 avril 2015

se produit. Mais, en matière de harcèlement, dès que l'employeur a connaissance de ces faits, celui-ci doit réagir et le Code du travail lui impose de prendre les sanctions nécessaires afin de faire cesser ce trouble.

B/ Une obligation d'agir et de sanctionner

En matière de harcèlement, l'employeur a de nombreuses obligations : tout d'abord une obligation de prévention, en vertu de son obligation de préserver la santé et la sécurité de ses salariés, mais aussi une obligation de réaction si le risque s'est réalisé, et même une obligation de sanction envers l'auteur de ce harcèlement.

En matière de harcèlement le Code du travail impose à l'employeur de réagir, ce sont notamment les articles L.1153-5 et L.1153-6 du Code du travail qui imposent à l'employeur de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'y mettre un terme et de les sanctionner. Cependant son obligation de prévention est aussi importante, puisque l'absence de harcèlement n'est pas une immunité au regard de son devoir de prévention. Dans un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 8 juillet 2020⁹⁷, celle-ci vient préciser que « *l'obligation de prévention des risques professionnels [...] est distincte de la prohibition des agissements de harcèlement [...] et ne se confond pas avec elle* ». Cela signifie que, quand bien même l'employeur aurait réagi dès qu'il a connaissance de plaintes pour harcèlement, celui-ci pourra tout de même voir sa responsabilité engagée s'il n'a pas pris les mesures nécessaires afin de prévenir le harcèlement et plus généralement les risques pour la santé et la sécurité de ses salariés. Les employeurs ne devront pas rester passifs lors des plaintes pour harcèlement, mais devront aussi en amont réaliser des actions de prévention afin de prévenir les risques professionnels et plus particulièrement le harcèlement et les agissements sexistes⁹⁸. Dans cet arrêt, les juges viennent donc préciser que même si les faits de harcèlement ne sont pas avérés, l'employeur pourra être condamné pour être resté passif face à ces signalements.

Afin d'agir rapidement et ne pas être condamné pour passivité, de nombreux textes, comme l'accord cadre européen 26 avril 2007 préconise la mise en place d'une enquête, dès lors que des faits de harcèlement sont dénoncés. En effet, l'ANI⁹⁹ du 26 mars 2010 sur le harcèlement

⁹⁷ Cass. soc., 8 juill. 2020, pourvoi n° 18-24.320

⁹⁸ PREPIN Pauline – Harcèlement sexuel et obligation de prévention se côtoient mais ne se confondent pas – JSL n°505, 12 octobre 2020

⁹⁹ Accord National Interprofessionnel

et les violences au travail impose un traitement des plaintes qui « {...} *doivent être suivies d'enquêtes et traitées sans retard* ». L'obligation de mise en place d'une enquête à la suite d'accusation s'impose à l'employeur, cependant celui-ci doit respecter certains principes durant cette enquête.

L'enquête doit faire l'objet d'une grande discrétion afin de « protéger la dignité et la vie privée de chacun », signifiant qu'aucune information ne doit être divulguée à aucune des parties durant cette enquête. Cette enquête doit donc être sérieuse et impartiale¹⁰⁰, ainsi les juridictions sont sensibles à la qualité de l'enquête réalisée par l'employeur, dans le cadre de son obligation de faire cesser ces agissements. La jurisprudence considère que l'employeur est fautif, lorsque celui-ci interroge tardivement l'auteur présumé des faits plusieurs semaines après la dénonciation de faits de harcèlement. Dès lors, les juges sont sensibles à la réalité et à la qualité des investigations menées par l'employeur¹⁰¹. L'employeur est donc dans l'obligation de mettre en place une enquête en cas de dénonciation de ces faits, celle-ci devra être réalisée dans le respect des principes de dignité et de vie privée, ainsi que du sérieux et de l'impartialité de l'enquête. On peut donc voir que l'obligation de mettre en place une enquête est renforcée par le fait que celle-ci doit être effective, et l'employeur devra prouver cette effectivité dans son déroulement.

L'employeur a donc l'obligation de diligenter une enquête, comme on l'a vu sur les développements précédents, cependant, lorsque l'enquête réalisée démontre la présence de faits de harcèlement, l'employeur doit sanctionner le salarié harceleur.

Le Code du travail impose à l'employeur de sanctionner les salariés auteurs d'agissements de harcèlement. Cependant on peut regretter que le chapitre concernant le harcèlement moral ne prévoie pas les mêmes dispositions que le harcèlement sexuel. En effet, l'article L.1153-5 du Code du travail prévoit que les salariés auteurs de harcèlement sexuel doivent être sanctionnés, alors que les articles L.1152-4 et L.1152-5 du Code du travail prévoient respectivement

- L'employeur doit prendre les dispositions nécessaires afin de faire cesser ces agissements

¹⁰⁰ADAM Patrice : Répertoire de droit du travail : « Harcèlement sexuel – Harcèlement sexuel et mécanismes de prévention » — Octobre 2019

¹⁰¹ADAM Patrice : Répertoire de droit du travail : « Harcèlement sexuel – Harcèlement sexuel et mécanismes de prévention » — Octobre 2019

- Les salariées ayant procédé à ces agissements sont passibles de sanction disciplinaires.

On peut donc observer la différence de traitement entre le harcèlement moral et sexuel, l'employeur semble être obligé de sanctionner le salarié en matière de harcèlement sexuel, alors qu'en matière de harcèlement moral on peut observer que le salarié est « passible de sanction », on peut donc regretter que l'obligation de sanction ne soit pas uniformisée en matière de harcèlement moral et sexuel, les articles en matière de harcèlement moral ne prévoyant pas cette sanction obligatoire. Cependant au regard de l'obligation de sécurité de l'employeur, l'obligation de sanction doit être uniformisée en matière de harcèlement moral ou sexuel.

La sanction la plus logique semble être le licenciement pour faute grave à l'encontre de l'auteur de harcèlement. L'employeur devant faire cesser les faits de harcèlement, c'est-à-dire éloigner l'auteur de ces faits de sa victime. Dès lors, la faute grave étant une faute particulièrement importante qu'elle empêche la poursuite du contrat de travail sans possibilité de réaliser le préavis.

L'accord cadre européen de 2007 précise que des mesures appropriées doivent être prises à l'encontre de l'agresseur, notamment une sanction disciplinaire tel que le licenciement. Patrice Adam, considère que la sanction doit être suffisamment forte pour dissuader le harceleur de se livrer à ces agissements¹⁰². Selon lui, et je partage son avis, un blâme, un avertissement ou même une mise à pied disciplinaire de plusieurs jours sont des mesures inadaptées, puisque ces sanctions ne permettent d'éloigner définitivement le harceleur de sa victime, quand bien la Cour d'appel de Metz est venue préciser que l'employeur n'était pas dans l'obligation de mettre de manière définitive au contrat de travail de la salariée¹⁰³. On peut donc observer que la sanction la plus courante est bien le licenciement pour faute grave¹⁰⁴. Lorsque l'employeur tente d'utiliser des sanctions alternatives, il est plus le souvent retoqué par les juges, c'est le cas pour un employeur qui avait affecté la victime à un nouveau bureau et avait modifié son périmètre de collaboration, Cependant la Cour d'appel de Paris a considéré qu'en ne faisant rien d'autre

¹⁰²ADAM Patrice : Répertoire de droit du travail : « Harcèlement sexuel – Harcèlement sexuel et mécanismes de prévention » — Dalloz, Octobre 2019

¹⁰³Cour d'appel, Metz, 25 Juin 2019 – n° 17/02171 : « Il est donc tenu de mettre immédiatement en oeuvre une procédure disciplinaire contre le salarié ayant procédé à des faits de harcèlement sexuel, comme l'y autorise l'article L. 1153-6 du même code, même si l'obligation de faire cesser ces agissements n'implique pas qu'il doive nécessairement mettre fin au contrat de travail du salarié concerné. »

¹⁰⁴ Voir Cass. soc. 24 sept. 2008, n°06-46.517 ; Cass. soc. 18 févr. 2014, n°12-17.557 ; Cass.soc. 28 juin 2017, n°16-11.449 ; Cass. soc. 3 déc. 2014, n°13-22.151 ; Cass. soc. 14 sept. 2016, n°15-14.630

pour rassurer la salariée, les mesures prises étaient insuffisantes, ainsi la prise d'acte devait avoir les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse¹⁰⁵.

Dès lors, il semble que la sanction qui doit être plébiscitée par l'employeur en cas de faits de harcèlement, est le licenciement pour faute grave, dès que ces faits sont avérés. Malgré l'absence d'obligation de licenciement, il serait inutile pour l'employeur d'opter pour un autre mode de licenciement, qui pourra être censuré par les juges, jugé comme insuffisant par rapport aux faits reprochés et notamment ne permettant pas de garantir la sécurité du salarié.

On a donc pu observer que l'employeur avait une obligation de réaction et de sanction en cas de plainte de harcèlement, mais quand est-il de l'autre acteur du harcèlement, à savoir le CSE ?

II/ Les institutions représentatives du personnel

Enfin, pour conclure ce chapitre, il faudra étudier le rôle des représentants du personnel dans cette lutte. Il faudra tout d'abord étudier le rôle d'acteur de proximité des membres du CSE (A) en compte du harcèlement au travail (B), notamment dans le cadre des risques psychosociaux.

A/ Le CSE comme acteur de proximité pour les victimes de violence au travail

Le Code du travail donne un rôle protecteur de la santé et sécurité des salariés. Notamment étant donné leur rôle de promotion de la santé et sécurité, mais aussi par leur droit d'alerte en matière de harcèlement moral et sexuel. Ils possèdent donc un rôle général en matière de prévention de la santé et la sécurité, mais peuvent aussi être force de propositions pour des actions de prévention. Enfin, la loi donne un nouveau rôle à un acteur de la prévention et de l'accompagnement des victimes, celui du référent harcèlement sexuel et agissement sexiste au CSE.

Concernant la mission générale du CSE en matière de santé et sécurité, c'est l'article L.2312-5 du Code du travail qui donne une mission de promotion de la santé et des conditions de travail et de la sécurité au sein de l'entreprise, le harcèlement et les agissements sexistes entrent parfaitement dans leurs attributions, notamment ce qui atteignent la santé des salariés, ainsi que

¹⁰⁵ Cour d'appel, Paris, 3 mai 2007 – n° 15/10522

les conditions de travail des salariés fortement dégradées. De plus, de cet article découle un droit d'alerte dévolu au CSE, celui-ci doit alerter son employeur s'il constate une atteinte aux droits des personnes, leur santé physique ou mentale ou aux libertés individuelles non justifiées par la tâche à accomplir et non proportionnées au but recherché¹⁰⁶.

Le droit d'alerte du CSE pour l'atteinte aux droits des personnes trouve pleinement à s'appliquer aux faits de harcèlement moral et sexuel. En effet, depuis une loi du 6 août 2012, cet article précise que ces faits peuvent notamment résulter de faits de harcèlement moral ou sexuel, cependant cet ajout semble peu utile dans les faits, puisque le harcèlement semble parfaitement correspondre à la description qui est faite du mécanisme d'alerte dévolu au CSE. En cas de carence de l'employeur dans la prise en compte de cette alerte, le CSE, avec l'accord de l'intéressé, peut saisir le Conseil de prud'hommes afin que celui-ci statue en procédure accélérée sur le fond. Le CSE possède un rôle majeur dans la prévention du harcèlement, notamment dans l'information de l'employeur de ces faits constatés, mais aussi dans l'accompagnement des victimes, par la rapidité avec laquelle le juge pourra ordonner de faire cesser cette atteinte, par l'intermédiaire du CSE ou bien du salarié lui-même.

On observe donc que ce droit d'alerte est un garde-fou pour le salarié, qui pourra faire constater bien plus rapidement les faits de harcèlement qu'une procédure « classique » devant le conseil de prud'hommes. Cette procédure accélérée sur le fond peut être rapprochée de la procédure de référé en matière prud'homale, avec les objectifs de rapidité de décision et d'effet immédiat de celle-ci, sous la forme d'une ordonnance dont l'employeur doit s'y conformer sous astreinte.

On peut donc observer ici le véritable rôle d'accompagnement des victimes de harcèlement, étant donné leur possibilité d'intervenir directement auprès de l'employeur¹⁰⁷ et d'en faire sanctionner les manquements par les conseillers prud'homaux, sous astreinte.

Cependant on peut s'interroger sur ce qu'entend le législateur lorsqu'il dispose « *le juge peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte* » ? Comment le juge peut-il ordonner à l'employeur de faire cesser cette atteinte, autrement que par la sanction disciplinaire

¹⁰⁶ Article L.2312-59 du Code du travail

¹⁰⁷ Le salarié a bien entendu la possibilité d'intervenir auprès de l'employeur, cependant les salariés auront tendance à se diriger vers leurs représentants, plutôt que vers l'employeur. C'est pourquoi a été instauré ce référé harcèlement sexuel et agissement sexiste au CSE.

de l'harceleur ? Dès lors, il semble que pour faire cesser cette atteinte, l'employeur n'ait d'autres choix que de sanctionner disciplinairement le salarié, et selon les développements antérieurs, la sanction la plus probable est celle du licenciement pour faute grave.

Le CSE possède un second droit d'alerte, celui-ci peut être déclenché par le CSE ou par l'intermédiaire d'un salarié ayant exercé son droit de retrait, d'un danger grave et imminent¹⁰⁸. En effet, l'article L.2312-60 du Code du travail prévoit que le CSE peut exercer son droit d'alerte en cas de danger grave et imminent, mais ce droit d'alerte peut-il être utilisé en cas de harcèlement ?

Le danger grave sur la santé du salarié est indéniable, les répercussions sur la santé physique et mentale du salarié harcelé est indiscutable, notamment au regard des principes généraux de protection dévolus aux employeurs. Cette atteinte à la santé physique et mentale est même constatée par l'OIT¹⁰⁹. La convention n° 190 de l'OIT relative à la violence et le harcèlement de 2019 constate cette atteinte à la santé : « *Reconnaissant que la violence et le harcèlement dans le monde du travail nuisent à la santé psychologique, physique et sexuelle, à la dignité et à l'environnement familial et social de la personne* ». De plus, l'article 10 de cette convention exige que le droit de retrait puisse être exercé par les salariés lorsque ceux-ci sont victimes de harcèlement au travail¹¹⁰. Le droit de retrait pour les salariés semble donc acquis, cependant certains auteurs nuancent cette possibilité avec l'imminence du danger. En effet, le CSE devra prouver aussi bien le caractère grave du danger, mais aussi le caractère imminent de celui-ci, or en matière de harcèlement la dégradation de la santé est progressive et n'arrive jamais de manière abrupte, mais bien une dégradation lente et progressive, constatée par des dépressions ou autres troubles mentaux. En outre, la jurisprudence a confirmé que les faits de harcèlement moral pouvaient permettre d'utiliser le droit de retrait du salarié¹¹¹. Dès lors, il semble que l'atteinte imminente à la santé du salarié ne soit exigée par les juges, dorénavant lorsque des faits de harcèlement ont un impact grave sur la santé du salarié, celui-ci peut exercer son droit de retrait. Il semble donc légitime de penser que le droit d'alerte du CSE concernant ce danger

¹⁰⁸ MOULY Jean et SAVATIER Jean – Droit disciplinaire ; faute disciplinaire – Répertoire de droit du travail – Février 2019.

¹⁰⁹ Organisation Internationale du Travail

¹¹⁰ « De garantir que tout travailleur a le droit de se retirer d'une situation de travail dont il a des motifs raisonnables de penser qu'elle présente un danger imminent et grave pour sa vie, sa santé ou sa sécurité, en raison de violence et de harcèlement, sans subir de représailles ni autres conséquences indues, et le devoir d'en informer la direction »

¹¹¹ Cass, civ 1^{ère}, n° 15-21.823, 28 septembre 2016

grave et imminent puisse être mis en action lorsque le salarié met en œuvre son droit de retrait pour des faits de harcèlement moral ou sexuel.

Désormais en plus de ce rôle dévolu au CSE, celui-ci devra mettre en place un référent harcèlement sexuel et agissement sexiste permettant d'accompagner les victimes mais aussi de renforcer la prévention en matière de harcèlement au sein de l'entreprise.

La loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel¹¹² impose à toutes les entreprises dotées d'un CSE¹¹³ de désigner un référent harcèlement sexuel et agissement sexiste¹¹⁴. Ce référent doit cependant bénéficier de la formation nécessaire afin d'être désigné¹¹⁵, formation prise en charge financièrement par l'employeur. Obligation de formation permettant de s'assurer que le référent soit pleinement compétent dans ce domaine.

La loi ne précise pas qu'elle est la mission de ce référent. Cependant au sein de son guide de mars 2019, le ministère du travail est venu préciser les missions du référent au sein des entreprises de plus de 250 salariés¹¹⁶, qui peuvent être rapprochées des missions du référent au CSE :

- la réalisation d'actions de sensibilisation et de formation auprès des salariés et du personnel encadrant ;
- l'orientation des salariés vers les autorités compétentes que sont l'inspection du travail, la médecine du travail, le Défenseur des droits, etc. ;
- la mise en œuvre de procédures internes visant à favoriser le signalement et le traitement des situations de harcèlement sexuel ou d'agissement sexiste (modalités de signalement, d'enquête, etc.)¹¹⁷.

On peut donc voir que le référent harcèlement sexuel et agissement sexiste au CSE doit devenir l'un des interlocuteurs privilégiés des salariés, mais aussi la voix de ces salariés, notamment pour alerter l'employeur et l'inspection du travail des faits. Ces référents doivent donc

¹¹² Loi n°2018-771 du 5 septembre 2018

¹¹³ Les entreprises de plus de 11 salariés

¹¹⁴ Article 2314-1 du Code du travail

¹¹⁵ Article L.2315-18 du Code du travail

¹¹⁶ Guide pratique et juridique contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes du Ministère du Travail

¹¹⁷ EL BERRY Jamilla - Statut et missions du référent harcèlement sexuel du CSE et de celui de l'employeur - Les Cahiers Lamy du CSE, N° 209, 1er décembre 2020

diligenter une enquête dont l'objectif est de faire toute la lumière sur les faits rapportés et d'œuvrer sur la prévention de ces faits au sein de l'entreprise.

La doctrine considère donc que c'est un auxiliaire des autres acteurs de la protection et de la prévention, comme l'employeur ou encore le CSE¹¹⁸, notamment en ce qu'il participe à la mise en place d'actions de sensibilisation et de formation aux faits de harcèlement moral et sexuel, mais participe aussi à l'enquête et donc à la révélation de faits de harcèlement moral et sexuel.

C'est pourquoi, les missions n'étant pas définies par la loi, la négociation et ces acteurs participent à préciser, pour chaque entreprise, les missions précisément dévolues à ce référent mais aussi au référent désigné dans les entreprises de plus de 250 salariés.

On a donc pu observer que le rôle primordial que possédait le CSE, notamment par sa mission générale de prévention, mais aussi par ses alertes professionnelles, permettait un accompagnement des victimes. Au sein du CSE le référent devient également un interlocuteur privilégié des victimes mais aussi acteur de la prévention et de la formation.

Au sein de cette seconde partie, il faudra étudier le rôle de la négociation collective dans la prévention du harcèlement.

B/ La négociation comme nouvel acteur primordial dans la prise en compte du harcèlement au travail

La négociation en matière de harcèlement moral et sexuel ne doit pas être négligée et doit être intégrée à la sphère des acteurs de la lutte et de la prévention contre le harcèlement moral et sexuel au travail.

Comme le souligne Lucas Visentini, secrétaire générale de la Confédération européenne des syndicats (CES) : « *Employeurs et syndicats ont un rôle de premier plan à jouer pour rendre les lieux de travail plus sûrs pour les femmes et pour contribuer à l'élimination de toute violence à leur égard* » et il vient préciser que la négociation semble être un moyen efficace afin de lutter

¹¹⁸ DAUXERRE Lydie – Le référent CSE en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes – JCP S n°10, 10 mars 2020, 1060

contre ce harcèlement « *Les conventions collectives se sont révélées être un moyen très efficace de combattre ce fléau* ».

En effet, l'étude du CES intitulée « *Safe at home, safe at work* » publiée en 2017 démontre l'efficacité des syndicats en matière de négociation concernant la lutte contre le harcèlement au travail. Ce rapport réalisé par le Docteur Jane PILIGER le 19 avril 2017 a pour objectif de présenter « *Les stratégies syndicales pour prévenir, gérer et éliminer le harcèlement au travail et les violences faites aux femmes* » celui-ci repose sur un condensé de 11 études réalisées dans de nombreux pays européens, avec notamment des interviews des partenaires sociaux afin de comprendre et connaître les stratégies mises en place afin de lutter contre le harcèlement et les violences au travail. Des entretiens ont notamment été réalisés au niveau national avec des partenaires sociaux ainsi qu'avec des ONG.

Ce rapport se concentre principalement sur la négociation collective, puisqu'il est précisé que : « *La négociation collective reste l'outil le plus efficace utilisé par les syndicats pour réduire les inégalités entre les hommes et les femmes et pour prévenir et combattre la violence et le harcèlement au travail* ».

Ce rapport fait état que les problématiques de harcèlement sont régulièrement inscrites dans les conventions collectives de branches et d'entreprises, il y a donc une véritable prise en compte de cette problématique au niveau national mais aussi au niveau européen. Ce rapport expose que 160 conventions collectives ont été négociées par les syndicats de 10 pays européens couvrant diverses formes de harcèlement et de violences au travail.

Déjà, dans le code de pratique annexé à la recommandation de la CEE¹¹⁹ du 27 novembre 1991 il était préconisé « *d'examiner dans le contexte d'un processus de négociation collective, l'insertion de clauses appropriées dans les accords, dans le but de créer un climat de travail exempt de tout comportement indésirable de nature sexuelle ou de tout comportement basé sur le sexe qui affecte la dignité des hommes et des femmes au travail* »¹²⁰

¹¹⁹ Communauté économique européenne

¹²⁰ Recommandation n°92/131/CEE de la Commission du 27 novembre 1991, sur la protection de la dignité des femmes et des hommes

On peut donc observer que dès les années 90, l'Union Européenne (anciennement CEE) préconisait déjà d'inclure la négociation collective en tant qu'acteur indiscutable afin de lutte contre le harcèlement et les violences au travail.

Cependant au niveau national, la doctrine mettait en évidence le peu d'enquêtes réalisées par l'employeur lors de dénonciation de harcèlement. C'est pourquoi une étude de l'IFOP pour le Défenseur des droits en 2014¹²¹ faisait l'amère constat d'une forte prévalence d'un sentiment de sexisme au travail, avec de fortes répercussions sur la santé et la confiance en soi de ces salariés¹²². 80% des femmes salariées affirmaient subir ou être confrontées à des décisions ou comportement sexiste dans le monde du travail¹²³. C'est pourquoi un arsenal juridique axé sur la négociation collective a progressivement été mise en place par le législateur.

En premier lieu, on peut citer la négociation obligatoire concernant l'égalité entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail¹²⁴, pour laquelle il semble que les mesures en matière de harcèlement et agissements sexistes ont totalement leur place, on constate qu'il n'existe pas à proprement parler d'une obligation de négociation concernant le harcèlement au travail, mais bien une obligation plus générale de négociation, où l'on pourrait y inclure la prévention du harcèlement.

Cependant au niveau de la branche, on peut observer une évolution dans la prise en compte du harcèlement moral et sexuel au travail, avec dorénavant la « mise à disposition d'outils aux entreprises pour prévenir et agir contre le harcèlement sexuel et les agissements » et doit être évoquée par les organisations liées par une convention de branche ou à défaut par des accords professionnels une fois tous les 4 ans¹²⁵. Il faut observer une prise en compte par les branches professionnelles et interprofessionnelles de cette notion, pour laquelle ils devront assurer la mise en place d'outils afin de lutter contre le harcèlement.

¹²¹ Enquête sur le harcèlement sexuel au travail : IFOP, pour le Défenseur des droits, janv. 2014

¹²² LEBORGNE-INGELAERE Céline – Harcèlement sexuel et agissements sexistes au travail : la sortie de l'immobilisme » – JCP S n° 10 – 8 mars 2019 – p. 1072

¹²³ GRESY Brigitte et BECKER Marie pour le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes – *Le sexisme dans le monde du travail : entre déni et réalité* – 6 mars 2015, n°2015-01

¹²⁴ Article L.2242-17 du Code du travail

¹²⁵ Article L.2241-1 du Code du travail

Cette appropriation au plus haut niveau de négociation semble donc nécessaire afin que les entreprises puissent intégrer ces outils mis en place par les branches professionnelles¹²⁶

En outre, il faut aussi étudier la commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation, et notamment son rapport d'activité annuelle. L'article L.2232-9 du Code du travail précise ses missions au sein des branches professionnelles :

« - 1° Elle représente la branche, notamment dans l'appui aux entreprises et vis-à-vis des pouvoirs publics ;

- 2° Elle exerce un rôle de veille sur les conditions de travail et l'emploi

- Elle établit un rapport annuel d'activité qu'elle verse dans la base de données nationale mentionnée à l'article L. 2231-5-1 {...} Il comprend également un bilan de l'action de la branche en faveur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, notamment en matière de classifications, de promotion de la mixité des emplois et d'établissement des certificats de qualification professionnelle, des données chiffrées sur la répartition et la nature des postes entre les femmes et les hommes ainsi qu'un bilan des outils mis à disposition des entreprises pour prévenir et agir contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes »

On peut donc voir que cet article complète l'article L.2241-1 du Code du travail, prévoyant que les branches devaient se réunir concernant la mise à disposition d'outils aux entreprises, permettant de lutter contre le harcèlement moral et sexuel au travail. Dans le cadre de son rapport annuel, cette commission paritaire réalise, entre autres, un état des lieux complet de l'action des branches en matière de négociation sur les outils mis en place au profit des entreprises afin de lutter contre le harcèlement sexuel et moral.

On peut donc voir un rôle de garant de l'effectivité des mesures prises en matière d'outils de lutte contre le harcèlement moral et sexuel à destination des entreprises. En effet, ce rapport annuel de cette commission épinglera les « bons ou les mauvais élèves » de la prévention, ainsi les branches professionnelles se tireront toutes vers le haut, en s'inspirant les unes les autres des moyens mis en place. La loi précise, que cette commission peut formuler des

¹²⁶ LEBORGNE-INGELAERE Céline - Les obligations renforcées en matière de lutte contre le harcèlement sexuel – JCP S n°39, 2 octobre 2018, p. 1311

recommandations pour répondre aux difficultés concernant l'impact de ces accords mis en place.

Dès lors, comme l'affirme le Professeur Céline LEBORGNE-INGELAERE « *L'attention de la branche est ainsi attirée sur les questions fondamentales d'égalité et de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes. Ce faisant, la nécessité, pour les entreprises, de mettre en place des outils contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes est fortement encouragée* »¹²⁷

La branche joue ainsi un rôle déterminant dans la mise en place d'outils de prévention en matière de harcèlement sexuel et moral, et l'action de ces branches est contrôlée par une commission paritaire qui peut même présenter des observations afin de mettre fin à ces difficultés. Cette obligation pour les branches incite donc les entreprises à mettre en place les outils développés par les branches. On peut donc observer que ces législations créent une incitation pour les entreprises à mettre en place les outils négociés par les branches professionnelles, il est donc souhaité et fortement incité à ce que les entreprises s'approprient ces outils négociés par les partenaires sociaux des branches.

Enfin on peut remarquer que le rôle de la négociation permet aussi de pallier la carence de la loi, notamment avec la possibilité de préciser les missions du référent harcèlement sexuel et agissement sexiste, que ce soit celui au CSE ou celui dans les entreprises de plus de 250 salariés.

De nombreux accords d'entreprises précisent les missions du référent dans l'assistance des salariés, mais aussi lorsque que cohabitent les deux référents, ceux-ci font souvent l'objet de négociation pour coordonner leurs actions afin qu'ils œuvrent de concert. Pour exemple, les accords de la Mutualité sociale agricole d'Auvergne « *impose une coordination de leur action. Ils peuvent être saisis, de manière confidentielle, par tout salarié soit de façon concomitante soit de façon alternative. Si la saisine se fait de façon concomitante, les référents doivent se concerter, dans un délai de 24 heures, sur la suite à donner à la saisine dont ils font l'objet. Sans attendre, ils informent l'employeur de la situation signalée ; ce dernier peut prendre les mesures conservatoires qui s'imposent. Si la saisine se fait auprès de l'un ou l'autre des référents, celui qui est saisi doit informer l'autre dans un délai de 24 heures. Ils décideront*

¹²⁷LEBORGNE-INGELAERE Céline - Les obligations renforcées en matière de lutte contre le harcèlement sexuel – JCP S n°39, 2 octobre 2018, p. 1311

alors, d'un commun accord, des suites à donner à cette saisine. Dans tous les cas, les référents doivent examiner ensemble la situation signalée et faire part de leurs propositions d'action à l'employeur »¹²⁸

On peut donc voir que les entreprises elles-mêmes prennent à bras le corps ces obligations de prévention, notamment par l'intermédiaire du suivi des outils mis en place par les branches professionnelles.

Les acteurs de la prévention et de la sanction en matière de harcèlement sexuel et moral sont très nombreux et possèdent un rôle indiscutable dans l'accompagnement des victimes de harcèlement moral ou sexuel. Dans ce second chapitre il faudra observer que la jurisprudence et les juges sont aussi impliqués dans la constatation et la sanction du harcèlement au travail, avec une jurisprudence assez favorable aux victimes dans l'ensemble.

Chapitre 2 : La justice impliquée dans la constatation et la sanction du harcèlement

Les acteurs dans la prévention et la sanction du harcèlement et les agissements ne peuvent agir seuls, et notamment sous le contrôle des juges, qui ont pour objectif de sanctionner civilement les agissements des employeurs (licenciement pour avoir dénoncé des faits de harcèlement) entraînant la nullité des licenciements prononcés pour ces motifs.

Les juges sont présents pour sanctionner le manquement de l'employeur à son obligation de conserver la santé et sécurité de ses salariés, notamment lorsque celui-ci tarde trop à sanctionner un salarié harceleur, laissant ainsi le ou la salariée en compagnie de son harceleur. Cette omission étant alors intolérable, il doit être sanctionné.

Cependant, on voit que les victimes agissent en justice lorsqu'est rompu leur contrat de travail et non en amont. C'est pourquoi la prévention est aussi importante, afin d'éviter la marginalisation des victimes, qui le plus souvent perdent leur emploi avec avoir subi des agissements de la sorte. Il est donc totalement anormal que les victimes soient plus «

¹²⁸ DAUXERRE Lydie - Le référent CSE en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexiste – JCP S n° 10, 10 mars 2020, p. 1060

sanctionnées que les auteurs ». C'est donc ce que souhaitent sanctionner les juges, lorsque l'employeur a tardé à agir et sanctionner.

La jurisprudence a donc un rôle « sanctionnateur » mais aussi un rôle pédagogique. En effet, dans certains de ses arrêts, la Cour de cassation pose des principes afin d'interpréter les accusations de harcèlement d'une certaine manière, notamment en ce qui concerne l'analyse des preuves (dont on verra dans le Titre II qu'ici ce n'est pas en faveur des victimes).

Il faudra dès lors observer que la jurisprudence est en partie favorable aux victimes (Section 1) avec un office du juge strictement défini (Section 2)

Section 1 : La jurisprudence favorable aux victimes

Dans un premier temps, l'objet de cette étude sera de démontrer que la justice est en partie favorable aux victimes de harcèlement, qu'ils soient directement victimes ou collatérales¹²⁹

En effet, dans un objectif de prise en compte de la souffrance des victimes et de cette problématique, les tribunaux s'efforcent de donner aux victimes la possibilité de faire reconnaître en justice leur souffrance.

Nous avons d'ores déjà vu que la loi allégeait la charge de la preuve pour les victimes de harcèlement, mais la jurisprudence a souhaité étendre la possibilité pour toutes les victimes (collatérales ou directes) de voir leur préjudice réparé (I), en détournant pour cela certains principes juridiques II).

I/ Une possibilité étendue de voir son préjudice réparé

Cette réparation étendue par la jurisprudence se matérialise de deux façons : en premier lieu, dans quelques cas, l'employeur a la possibilité de voir son préjudice réparé (A) mais aussi la jurisprudence étendue avec l'absence d'intentionnalité du harcèlement en matière sociale (B)

A/ La possibilité pour l'employeur de voir son préjudice réparé

¹²⁹ On parle notamment ici de l'employeur pour qui l'image peut être atteinte, c'est pourquoi cela incite aussi les employeurs à sanctionner vite en montrant et clients et potentiels actionnaires que ces actes ne seront laissés impunis.

Selon un principe reconnu de longue date par la Cour de cassation, le salarié engage sa responsabilité envers son employeur uniquement en cas de faute lourde. Dans un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 31 mai 1990 précisait « *qu'un salarié ne répond pas à l'égard de son employeur des risques de l'exploitation et que sa responsabilité ne peut se trouver engagée qu'en cas de faute lourde* »¹³⁰ ce principe a été rappelé de nombreuses fois, notamment dans un arrêt du 25 octobre 2005, dans lequel la Cour de cassation expose dans un attendu de principe : « *Vu le principe selon lequel la responsabilité du salarié n'est engagée envers son employeur qu'en cas de faute lourde* »¹³¹. Dès lors on peut observer que le principe est, que le salarié engage sa responsabilité envers son employeur qu'en cas de faute lourde qui peut être définie comme une faute d'une particulière gravité, relevant d'une intention de nuire du salarié à son employeur ou à l'entreprise, seule cette faute permet à l'employeur d'obtenir des dommages et intérêts du salarié.

Cependant la Cour de cassation rappelle que ce régime de responsabilité civile dérogatoire du droit commun n'est applicable qu'en matière de responsabilité contractuelle¹³². En effet, la Cour de cassation a écarté des clauses du contrat prévoyant la prise en charge par le salarié de la franchise résultant d'un accident de la circulation survenu avec un véhicule de la société lorsque la responsabilité du salarié est engagée¹³³

La responsabilité délictuelle peut être engagée suivant le droit commun de la responsabilité civile. Cette responsabilité est engagée lorsque le salarié commet un abus de fonction, c'est-à-dire que celui-ci s'est soustrait à l'autorité de son employeur, et a adopté un comportement étranger à l'exécution de son travail. Pour exemple, la Cour de cassation a pu décider que le salarié n'avait pas eu un comportement étranger à son travail, celui qui décroche la remorque de son camion afin d'aller dîner et perd le contrôle de son véhicule¹³⁴. La faute grave ayant été retenue et non la faute lourde, l'employeur ne pouvait pas engager la responsabilité contractuelle du salarié. Concernant la responsabilité délictuelle, la Cour a pu considérer que le salarié n'avait pas eu un comportement étranger à l'exécution de son travail.

¹³⁰ Cass. soc. 31 mai 1990, n° 88-41.419 et Cass. soc. 23 sept. 1992, n° 89-43.035

¹³¹ Cass. soc. 25 oct. 2005, n° 03-46.624

¹³² HAUTEFORT Marie – en cas de harcèlement, la responsabilité délictuelle du salarié peut être engagée – JSL n° 447, 9 février 2018

¹³³ Cass. soc., 10 nov. 1992, n° 89-40.523 ; Cass. soc., 6 mai 2009, n° 07-44.485

¹³⁴ Cass. soc. 6 mai 1997, n° 94-43.057

Cependant, un arrêt du 14 novembre 2017 confirme la condamnation du salarié qui devait payer à son employeur la somme de 500 euros de dommages et intérêts, qui s'était constitué partie civile. En l'espèce le salarié qui avait harcelé moralement et sexuellement, a été condamné par le Tribunal correctionnel à une peine d'emprisonnement avec sursis ainsi qu'à une amende¹³⁵. Le salarié forme donc un pourvoi en cassation, en argumentant sur le fait que sa responsabilité ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde de celui-ci. La Cour de cassation répondant par la négative, en affirmant que celui-ci a outrepassé ses pouvoirs hiérarchiques qui lui ont été dévolus, dès lors celui-ci avait fortement terni l'image de l'entreprise auprès des autres salariés, justifiant donc d'un préjudice à l'employeur.

Dès lors, on peut observer que c'est un régime de faveur octroyé à l'employeur, qui peut désormais voir son préjudice réparé, notamment sur le ternissement de l'image de son entreprise, par la faute du salarié harceleur. Cependant l'employeur n'est pas exempté de respecter son obligation de prévention, dès lors il semble que l'employeur puisse se constituer partie civile uniquement si celui-ci a respecté son obligation de prévention et s'il a agi lors de la dénonciation de ces faits. En effet, celui-ci ne pourrait prétendre à la dégradation de l'image de sa société si celui-ci a laissé sciemment perdurer une situation de harcèlement.

Plusieurs conditions sont donc nécessaires afin que l'employeur puisse engager la responsabilité civile délictuelle du salarié et ainsi demander des dommages et intérêts en dehors de toute faute lourde du salarié :

- Tout d'abord celui-ci s'est soustrait à l'autorité de son employeur et a adopté un comportement étranger à l'exécution de son contrat de travail.

En l'espèce, le harcèlement moral ou sexuel pourra difficilement être considéré comme faisant partie intégrante du contrat de travail, l'agissement de harcèlement sexuel, sera toujours considéré comme étranger au contrat de travail et outrepassant ses pouvoirs dévolus par le contrat de travail. Dès lors, le comportement harcelant du salarié remplira constamment la première condition.

¹³⁵ Cass. crim., 14 nov. 2017, n° 16-85.161

- La seconde condition est celle de se constituer partie civile, pour cela une action au pénal doit être engagée afin de se placer sur le terrain de la responsabilité délictuelle. En effet, les Conseils de prud'hommes ne traitant uniquement les relations contractuelles entre l'employeur et le salarié, ils ne peuvent pas rendre leur jugement en s'appuyant sur la responsabilité délictuelle du salarié. Pour exemple, un arrêt du 25 janvier 2017¹³⁶ rappelle ce principe, dans lequel la Cour de cassation a refusé de condamner un salarié à payer des dommages et intérêts à son employeur, au motif que celui-ci se fondait sur la responsabilité contractuelle du salarié, or les faits invoqués ne pouvaient constituer une faute lourde, dès lors la responsabilité pécuniaire du salarié ne pouvait être engagée¹³⁷. On peut donc observer que seule l'action au pénal permet d'engager la responsabilité pécuniaire du salarié, par l'engagement de sa responsabilité délictuelle.

Le cheminement pour l'employeur est plus lourd qu'en matière prud'homale, puisque la victime doit engager une action au pénal et l'employeur devra se porter partie civile dans cette action, afin d'obtenir réparation du préjudice subi par la soustraction du salarié à l'autorité de son employeur.

Comme l'affirme Marie HAUTEFORT « *C'est une condition sine qua non. S'ils forment leur demande devant les prud'hommes, ils se heurteront au problème de la faute lourde* »¹³⁸

L'employeur possède un régime de faveur pour voir son préjudice réparé, cependant pour cela il faudra que le salarié soit reconnu coupable de harcèlement au pénal, que l'employeur se soit constitué partie civile, et que celui-ci se soit conformé à son obligation de prévention.

On a donc pu observer que cette possibilité est semée d'embûches et doit répondre à de nombreux critères.

Cependant on pourra voir par la suite que la possibilité pour l'employeur de sanctionner le salarié harceleur lui est dévolue, et les juges opèrent une distinction entre le pouvoir disciplinaire et judiciaire. Il faudra notamment axer notre étude sur le fait que l'employeur n'a,

¹³⁶ Cass, soc, 25 janvier 2017, 14-26.071

¹³⁷ Cass, soc, 25 janvier 2017. n° 14-26.071

¹³⁸ HAUTEFORT Marie – en cas de harcèlement, la responsabilité délictuelle du salarié peut être engagée – JSL n° 447, 9 février 2018

lors du licenciement, aucun besoin d'apporter des preuves du harcèlement, mais qu'il n'a pas la nécessité de prouver l'intentionnalité du salarié harceleur pour sanctionner celui-ci et la loi lui impose même d'agir en cas de dénonciation. Donc la constatation de simples faits de harcèlement permet de justifier le licenciement du salarié.

B/ L'absence d'intentionnalité du harcèlement

Les juges opèrent une distinction entre le pouvoir judiciaire et disciplinaire, notamment en ce qui concerne la possibilité pour le salarié de sanctionner des faits de harcèlement et celle du juge pénal dans la répression du délit de harcèlement moral ou sexuel.

En premier lieu, l'accord cadre européen sur le harcèlement au travail du 26 avril 2007 parlait de « *processus volontaire* » et mettait l'intention hostile comme élément prépondérant de cet accord¹³⁹. En effet, avant la consécration du harcèlement moral non intentionnel, les juges semblaient exiger un élément intentionnel¹⁴⁰, en effet les juges se fondaient sur les articles du Code civil¹⁴¹ pour sanctionner les manquements des employeurs en matière d'atteinte à la dignité des salariés, ce droit commun de la responsabilité imposait donc de prouver l'intentionnalité du salarié ou de l'employeur. Les cours d'appels ont suivi en premier lieu ces principes posés par la jurisprudence, en considérant « ***le harcèlement moral suppose une volonté délibérée de l'employeur de provoquer l'altération des conditions de travail et de l'état de santé de la salariée ou, à tout le moins, d'avoir été alerté sur cette altération et d'avoir délibérément omis de chercher à y remédier*** »¹⁴²

Il semblerait que l'intention volontaire délibérée de l'employeur était exigée, ainsi si le caractère volontaire n'était pas démontré, l'employeur ne pouvait pas être sanctionné pour le harcèlement qu'il a perpétré ou encouragé.

Cependant pour pallier cela, la jurisprudence par un arrêt devenu célèbre supprime l'obligation d'intentionnalité pour sanctionner l'harceleur. Dans un arrêt du 10 novembre 2009, a pour la

139 ADAM Patrice - Harcèlement moral : la place (incontournable) de l'intention malveillante De l'intérêt d'une lecture combinée des articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du Code du travail – SSL n°1404, 15 juin 2009

¹⁴⁰Cass. soc. 16 déc. 1993, n° 90-43.039 ; Cass. soc. 16 juill. 1987, n° 85-40.014

¹⁴¹ TGI Bobigny, 7 déc. 1999

¹⁴² CA Douai, 31 janv. 2008, n° 06/03045

première fois évincé l'intention dolosive comme élément constitutif de l'infraction¹⁴³. Cet arrêt, confirmé depuis, précise donc que l'on peut harceler sans en avoir l'intention. Une sorte de harcèlement inconscient. Patrice Adam, parle lui d'intentionnalité inconsciente¹⁴⁴, pour cela il s'appuie sur l'ANI du 26 mars 2010 lui-même inspiré de l'accord cadre européen. Dans cet ANI l'article 2 précise « *le harcèlement survient lorsqu'un ou plusieurs salariés font l'objet d'abus, de menaces ou d'humiliations répétés et délibérés* », le CES a même suivi cette dénomination en définissant le harcèlement moral comme « *les agissements répétés ayant pour but de tourmenter, d'épuiser ou de frustrer une personne ou bien encore de la provoquer, de l'effrayer, l'intimider ou l'embarrasser* ». On peut donc observer que l'ANI, postérieure à l'arrêt de 2009, prône l'idée d'intentionnalité dans le harcèlement. Il y a donc une dissonance entre la jurisprudence et les interprétations de certaines institutions qui proclament deux visions différentes du harcèlement.

Cependant la jurisprudence a pris le pas sur l'ANI ou encore sur les recommandations du CES, en ce qu'elle confirme depuis 2009 que l'intentionnalité en matière civile n'a pas à être prouvée¹⁴⁵. Cet abandon de l'intentionnalité est indiscutablement à la faveur des victimes, pour laquelle le salarié aura seulement à prouver des faits laissant présumer des faits de harcèlement moral ou sexuel. Dès lors le salarié ou l'employeur ne pourra s'exonérer de sa responsabilité en arguant l'absence d'intentionnalité de leur comportement. Le juge administratif a suivi la jurisprudence judiciaire, en ce qu'elle réfute la nécessité de prouver l'intentionnalité de l'auteur afin que celui-ci soit reconnu coupable de faits de harcèlement¹⁴⁶ : « *en se bornant à relever, pour écarter l'existence d'un harcèlement moral, que Mme B. n'établissait pas l'existence d'une "volonté délibérée" de sa hiérarchie de lui nuire dans l'exercice de ses fonctions, sans rechercher si les effets des agissements qu'elle imputait à l'administration, à les supposer avérés, ne pouvaient révéler un tel harcèlement moral, la cour a commis une erreur de droit* ». La Convention de l'OIT de 2019 approuvait cette jurisprudence en ce qu'elle affirmait que le harcèlement pouvait être involontaire : « *en se bornant à relever, pour écarter l'existence d'un harcèlement moral, que Mme B. n'établissait pas l'existence d'une "volonté délibérée" de sa hiérarchie de lui nuire dans l'exercice de ses fonctions, sans rechercher si les effets des*

¹⁴³ LEDOUX Michel - Un harcèlement moral « génétiquement modifié » ? – SSL n°1482, 7 mars 2011

¹⁴⁴ ADAM Patrice - Pour une nouvelle définition du harcèlement moral au travail – D. soc 2020, p.249

¹⁴⁵ Cass. soc. 22 janv. 2014, n° 12-23.269 ; Cass. soc. 19 juin 2013, n° 11-28.735 ; Cass. soc. 18 déc. 2012, n° 11-23.530

¹⁴⁶ CE. 2 juill 2015. n° 378804

agissements qu'elle imputait à l'administration, à les supposer avérés, ne pouvaient révéler un tel harcèlement moral, la cour a commis une erreur de droit »¹⁴⁷

Il semble que l'absence d'intentionnalité soit pleinement encrée dans la jurisprudence actuelle, et l'on voit difficilement comment la Cour de cassation reviendrait sur ce régime de faveur octroyé. La loi ne précisant pas la nécessité d'intention de l'auteur, les nombreuses critiques subies par cette jurisprudence doivent être nuancées, même si comme on le verra plus tard dans, les critiques sont légitimes en ce qui concerne cette absence d'intentionnalité.

Au regard des textes réprimant le harcèlement moral et sexuel, il semble qu'à la lecture de la lettre du texte, la preuve de l'intentionnalité du salarié ne soit pas nécessaire pour constater les faits de harcèlement moral ou sexuel, sauf en ce qui concerne la seconde définition du harcèlement sexuel. Il semble qu'il faille prouver l'intentionnalité. En effet la seconde définition prévue au Code de travail précise : *« 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 »*¹⁴⁸. La preuve de l'intentionnalité semble donc nécessaire lorsque l'on observe la notion de « but réel ou apparent », il semble que le caractère intentionnel du harcèlement soit exigé dans cette phrase¹⁴⁹. Cependant on peut observer que le but à atteindre peut aussi être apparent, dans ce cas, l'intentionnalité n'a pas besoin d'être prouvée, seulement l'apparence d'obtenir un acte de nature sexuelle.

On observe donc que cette jurisprudence est totalement favorable au salarié, qui comme on a pu l'observer permet de prouver plus facilement le harcèlement sexuel ou moral, sans aucunement prouver l'intentionnalité de l'auteur, mais uniquement des faits laissant présumer ce harcèlement.

On a donc pu voir que la jurisprudence est sensiblement en faveur de l'employeur, lorsque celui-ci a respecté son obligation de prévention et de sécurité, cependant celui-ci devra engager un processus long afin d'entrevoir la possibilité d'une réparation de son préjudice. En ce qui

¹⁴⁷ C190 – Convention (n°190) sur la violence et le harcèlement, 2019

¹⁴⁸ Article L.1153-1 2° du Code du travail

¹⁴⁹ LEBORGNE-INGELAERE Céline - Harcèlement sexuel au travail : absence d'élément intentionnel et autorité de la chose jugée au pénal – JCP S n°24, 16 juin 2020, p.2048

concerne les salariés, l'étude sur l'absence de preuve de l'intentionnalité du harcèlement dans le domaine civil, permet de faciliter la reconnaissance du harcèlement, notamment concernant la réparation des préjudices des salariés lorsque l'employeur n'a pas pris en compte les dénonciations du salarié.

Après avoir étudié cette jurisprudence favorable, il faudra étudier le détournement des principes juridiques en faveur des salariés pour la reconnaissance du harcèlement.

II/ Les principes juridiques détournés

Pour instaurer une jurisprudence favorable aux victimes, les juges se trouvent dans l'obligation de détourner certains principes juridiques, dans un objectif de faveur envers les victimes de ces agissements.

Pour ce faire, la jurisprudence va détourner le principe d'autorité de la chose jugée, en matière civile¹⁵⁰ (A) au profit des victimes, et vient même mettre à mal deux principes fondamentaux en matière sociale, à savoir : le principe de vie personnelle et présomption d'innocence (B) ou l'on verra que ceux-ci sont encore une fois remis en cause, en faveur des victimes, afin qu'ils puissent voir leur préjudice réparé le plus rapidement possible.

A/ L'absence d'autorité de la chose jugée au civil

Dans la continuité de la jurisprudence sur l'absence de nécessité de prouver l'intentionnalité, il sera nécessaire d'observer qu'il n'y a pas d'autorité de la chose jugée entre le domaine civil et le domaine pénal. En effet, en matière pénal, le Code pénal réprime le harcèlement moral et sexuel¹⁵¹, dès lors un salarié coupable de harcèlement sexuel ou moral au travail pourra se voir condamner par le tribunal correctionnel à une peine d'emprisonnement et une amende.

Cependant afin de prouver le harcèlement moral ou sexuel, le salarié ne bénéficie plus du régime de faveur en ce qui concerne la preuve, notamment concernant l'allègement de la charge de la preuve. En matière civile le salarié n'a besoin de démontrer que des faits susceptibles de constituer des faits de harcèlement moral ou sexuel, alors qu'en matière pénale il doit prouver

¹⁵⁰ Comme on le verra le principe n'est pas à proprement parler détourné, mais reste favorable aux victimes.

¹⁵¹ Article 222-33-2 à 222-33-2-2 du Code pénal concernant le harcèlement moral et article 222-33 du Code pénal concernant le harcèlement sexuel

que les faits constituent du harcèlement moral ou sexuel, en plus il devra prouver l'intentionnalité du harcèlement.

En effet, c'est ce qui diffère le plus de la matière civile, puisque l'article 121-3 du Code pénal précise qu'« *il n'y a point de crimes ou de délit sans intention de le commettre* ». Ainsi le salarié devra prouver l'intentionnalité de l'auteur de commettre des faits de harcèlement moral ou sexuel, en d'autres termes il devra prouver que l'auteur a commis ces faits en toute connaissance de cause, qu'il savait que ces faits constituaient du harcèlement moral ou sexuel.

Ce principe est souvent rappelé par la Cour de cassation : « *Attendu qu'en l'état de ces énonciations, desquelles il résulte que le prévenu a, en connaissance de cause, même s'il a mésestimé la portée de ses agissements, imposé aux parties civiles, de façon répétée, des propos ou comportement à connotation sexuelle les ayant placées dans une situation intimidante, hostile ou offensante objectivement constatée, la cour d'appel a fait l'exacte application de l'article 222-33 du code pénal* »¹⁵². On peut donc voir que les juges imposent la preuve de l'intention malveillante de l'harceleur¹⁵³.

Cependant comme on l'a observé précédemment, cet élément intentionnel n'a nul besoin d'être apporté en matière civile. C'est toute la nouveauté de l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 25 mars 2020¹⁵⁴, Il vient faire échec au principe d'autorité de la chose jugée des décisions rendues au pénal, qui s'imposent donc au juge prud'homal¹⁵⁵

Dans cet arrêt, la relaxe par le tribunal correctionnel du chef de harcèlement sexuel, n'empêche en aucun cas le juge prud'homal de caractériser le harcèlement et de déclarer le licenciement nul, alors que le salarié a été relaxé au pénal. Cependant cet arrêt impose des conditions afin que l'autorité de la chose jugée au pénal puisse être écartée : seule la relaxe au pénal pour la non-caractérisation de l'élément intentionnel permet au conseiller prud'homal de déclarer l'employeur coupable de harcèlement¹⁵⁶. En effet comme on a pu le constater en matière civile l'intention malveillante n'a pas besoin d'être démontrée, comme le rappelle très

¹⁵² Cass, crim, 18 nov 2015, n° 14-85.591

¹⁵³ LEBORGNE-INGELAERE Céline - Harcèlement sexuel au travail : absence d'élément intentionnel et autorité de la chose jugée au pénal – JCP S n°24, 16 juin 2020, p.2048

¹⁵⁴ Cass, soc, 25 mars 2020, n° 18-23.682

¹⁵⁵ Cass, soc, 19 octobre 2010, n° 09-41.687

¹⁵⁶ « La cour d'appel a relevé qu'en l'espèce, le jugement de relaxe du tribunal correctionnel était fondé sur le seul défaut d'élément intentionnel »

pédagogiquement cet arrêt commenté « *La caractérisation de faits de harcèlement sexuel en droit du travail, tels que définis à l'article L. 1153-1, 1°, du code du travail, ne suppose pas l'existence d'un élément intentionnel* »

En effet cette solution est logique, puisque le tribunal n'a pas caractérisé l'absence de harcèlement, mais bien l'absence d'intentionnalité, qui, au pénal, ne permet pas de caractériser le harcèlement. Cependant celui-ci a pu être caractérisé par les conseillers prud'homaux sans besoin de caractériser l'intentionnalité.

Si le tribunal relaxe un salarié car celui-ci n'a pas réussi à caractériser les éléments permettant d'établir la culpabilité du salarié (ou de l'employeur) alors l'autorité de la chose jugée aux décisions pénales s'appliquera, et les conseillers ne pourront en aucun cas condamner l'employeur ou le salarié pour des faits de harcèlement moral ou sexuel. Comme le précise un arrêt du 3 novembre 2005, la relaxe du salarié au pénal pour faute d'élément intentionnel, l'employeur ne saurait être condamné au paiement de dommages et intérêts pour le harcèlement commis par l'un de ses salariés¹⁵⁷.

Cependant au regard de la rédaction de l'arrêt de 2005, on aurait pu croire que l'autorité de la chose jugée au pénal était absolue, en effet cet arrêt précise « *Les décisions de la juridiction pénale ont au civil l'autorité de chose jugée à l'égard de tous ; il n'est pas permis au juge civil de méconnaître ce qui a été jugé par le tribunal répressif* », l'absence de nuance au sein des propos vient donner l'impression que l'autorité de la chose jugée est absolue. L'arrêt de 2020 vient donc nuancer l'autorité de la chose jugée en permettant aux conseillers de la contourner. Cette position de la Cour était vivement critiquée par l'association et notamment l'AVFT qui considérait « *il en résultait que pour une salariée victime de violences sexuelles au travail, déposer une plainte pénale comportait le risque, en cas de relaxe de l'agresseur par un tribunal correctionnel, de mettre en échec la procédure intentée contre l'employeur devant le conseil de prud'hommes. Dès lors, ne valait-il pas mieux renoncer à porter plainte pour sécuriser la procédure prud'homale ? Pragmatisme juridique qui avait pour effet l'impunité totale de l'harceleur lui-même et l'absence de sanction du trouble à l'ordre public* »¹⁵⁸

¹⁵⁷ LHERNOULD Jean-Philippe - Portée devant le CPH de la décision du juge pénal de relaxe de l'employeur des fins de poursuite de harcèlement sexuel – JSL n°499, 8 juin 2020

¹⁵⁸ BALDECK Marilyn - Condamnation prud'homale de l'employeur pour harcèlement sexuel après une relaxe au pénal : la Cour de cassation lâche enfin du lest - avft.fr, 15 avr. 2020

On observe donc cette jurisprudence nuance quelque peu l'autorité de la chose jugée, en posant des conditions à la possibilité de condamnation en cas de relaxe au pénal, la relaxe au pénal ne contraint plus nécessairement les conseillers prud'homaux¹⁵⁹, et cette jurisprudence permet enfin d'entrevoir la possibilité, pour les victimes, d'avoir leur préjudice réparé, et de supprimer l'impunité qu'avaient les auteurs de harcèlement s'ils arrivaient à prouver l'inconscience de leurs propos et gestes. Désormais un auteur inconscient relaxé au pénal doit être conscient qu'il pourra être condamné à réparer le préjudice subi ou son licenciement pourra toujours être justifié pour ces faits.

La possibilité de condamnation du salarié par l'atténuation de certains principes juridiques s'opère aussi par l'étude des principes de vie personnelle et de présomption d'innocence, qui, comme on le verra, semble atténuée afin de mettre une plus grande latitude afin de voir l'harceleur condamné.

B/ La mise à mal du principe de vie personnelle de l'harceleur et de la présomption d'innocence

Au sein de cette partie il faudra étudier les liens ténus entre la vie personnelle du salarié et le harcèlement commis par celui-ci, ainsi que le principe de présomption d'innocence qui ne semble pas s'appliquer lorsque l'employeur a connaissance d'une procédure pénale engagée contre le salarié, en opérant une distinction entre procédure pénale et disciplinaire, les rendant indépendantes entre elles.

En principe, les faits commis en dehors de toute relation de travail, relèvent de la vie privée du salarié, qui ne peut pas donner lieu à sanction disciplinaire, la chambre mixte de la Cour de cassation a rappelé ce principe dans un arrêt du 18 mai 2007¹⁶⁰. Dès lors, le harcèlement semble devoir être perpétré sur le lieu de travail et durant le travail du salarié.

¹⁵⁹LEBORGNE-INGELAERE Céline - Harcèlement sexuel au travail : absence d'élément intentionnel et autorité de la chose jugée au pénal – JCP S n°24, 16 juin 2020, p.2048

¹⁶⁰ Cass, mixte, 18 mai 2007, n°05-40.803

L'arrêt du 13 décembre 2016¹⁶¹ précise que les actes de harcèlement sont ceux qui interviennent dans le cadre de la relation de travail¹⁶². Cependant le concept de « cadre de relation de travail » semble permettre d'élargir le principe de vie personnelle du salarié. Le comportement doit donc découler du contrat de travail, sans besoin que celui-ci soit commis sur le lieu de travail.

De nombreux arrêts considèrent que des faits, considérés comme personnels par le salarié, découlent en réalité du contrat de travail du salarié. Pour cela on peut citer un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 11 janvier 2012¹⁶³. Dans cet arrêt, un salarié avait convenu un rendez-vous professionnel à une de ses subordonnées, qui s'est en réalité révélé un rendez-vous personnel, dont l'objectif était d'obtenir une relation sexuelle avec cette salariée. Dès lors, le lien entre les faits et la relation de travail est évident, le supérieur hiérarchique a usé de sa position dominante par rapport à sa subordonnée pour lui faire croire à un rendez-vous professionnel entre eux, qui s'est révélé être un rendez-vous personnel. Le lien avec le travail est clairement établi, même si le but était « personnel » celui-ci a utilisé son lien de travail pour parvenir à ses fins, l'employeur pouvait donc le licencier en se fondant sur ces faits, ne relevant nécessairement pas de la vie privée du salarié. Par cet arrêt la Cour de cassation vient poser un principe général : « *le harcèlement sexuel peut être constitué en dehors même du temps et du lieu de travail* »¹⁶⁴, la Cour de cassation appréciera donc le lien professionnel existant entre le harceleur et sa victime (salarié/supérieur hiérarchique)

Dès lors, en dehors du lieu de travail, les agissements des salariés ne restent pas impunis, le salarié harceleur s'expose à une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement en cas de harcèlement sexuel ou moral en dehors de son temps de travail, s'il use de sa relation de travail sur le ou la salariée afin d'arriver à ses fins ou tout du moins de tenter d'y arriver. On découvre par ces arrêts, l'absence d'impunité des salariés, croyant pouvoir commettre des agissements de harcèlement moral ou sexuel sans aucune conséquence sur leur contrat de travail, alors qu'en réalité l'employeur peut sanctionner le salarié s'il rattache ces faits à un lien professionnel.

¹⁶¹ Cass. crim, 13 déc. 2016, n° 16-81.253

¹⁶² LEPETITCORPS Karine - comment sont définis le harcèlement moral et sexuel –Droit du travail au quotidien, Lamy social, octobre 2020

¹⁶³ Cass, soc, 11 janv.2012

¹⁶⁴ LEBORGNE-INGELAERE Céline – Harcèlement sexuel = Faute grave – JCP S n°26, 26 juin 2012 p.1283

L'absence d'impunité se traduit aussi par la possibilité, pour l'employeur, de sanctionner le salarié harceleur lorsque celui-ci a connaissance d'une procédure pénale engagée contre lui, celui-ci peut sanctionner le salarié disciplinairement sans besoin d'attendre la réponse du juge et même si celui-ci est relaxé, L'arrêt du 13 décembre 2017¹⁶⁵ précise en premier lieu que la présomption d'innocence n'interdit pas à l'employeur de se prévaloir de faits dont il a eu connaissance au cours d'une procédure pénale à l'appui d'un licenciement. D'autre part, il rappelle l'indépendance entre le domaine disciplinaire et le domaine pénal.

En effet, dans le cadre de l'instruction pénale, le salarié porte atteinte aux intérêts de l'entreprise, l'employeur, en vertu de son devoir de prévention et de sanction, lorsque celui-ci a connaissance des faits durant une procédure pénale, peut, s'il considère que ces faits relèvent de faits de harcèlement, sanctionner le salarié pour ces faits et se fonder sur l'instruction pénale afin de justifier son licenciement.

Cette décision a pour principal objectif de rendre effectif l'obligation de prévention et de sanction et de permettre à l'employeur d'agir en ce sens, sans attendre la fin de l'instruction et de la décision finale des juges, mettant possiblement la victime en danger en laissant le potentiel harceleur en contact avec sa victime, dans le cadre de sa relation de travail. C'est donc pour que l'employeur ne soit pas placé dans un sentiment d'incertitude, dans lequel il ne sait pas s'il doit agir ou non. La Cour met donc la priorité sur la santé du salarié au détriment de la présomption d'innocence.

De plus, le domaine pénal et droit disciplinaire n'ont pas les mêmes objectifs : le droit pénal sanctionne les actes nuisibles à la société, alors que le droit disciplinaire sanctionne des comportements qui portent atteinte au bon fonctionnement de l'entreprise, et notamment une atteinte à la santé des salariés par le comportement de certains d'entre eux. Il est dès lors légitime que l'employeur puisse sanctionner le salarié afin de préserver la santé de son salarié, à la seule condition que l'employeur apporte des éléments certains et objectifs à l'appui de sa sanction¹⁶⁶. La jurisprudence ne pouvait agir autrement sans bloquer l'employeur dans son obligation de réagir lorsque celui-ci a connaissance de faits de harcèlement.

¹⁶⁵ Cass, soc, 13 décembre 2017, n° 16-17.193

¹⁶⁶ En d'autres termes on lui demande d'avoir une cause réelle et sérieuse de licenciement

On observe donc que le juge et l'employeur ont toute la latitude nécessaire afin de sanctionner le salarié harceleur. Cependant, concernant le juge, celui-ci est encadré par la Cour de cassation concernant son office, mais il conserve aussi son pouvoir souverain.

Section 2 : L'office du juge strictement défini par la jurisprudence

La jurisprudence n'est pas présente uniquement dans un objectif plus favorable aux victimes, elle a aussi pour fonction de « cadrer » le rôle des juges dans l'appréciation du harcèlement. En effet, si la loi cadre la définition du harcèlement et des agissements sexistes, elle ne cadre pas l'office du juge dans l'appréciation des preuves apportées. C'est pourquoi, la Cour de cassation dans son rôle d'uniformisation du droit, contrôle l'office des juges dans l'appréciation des éléments apportés par la victime de harcèlement ou d'agissement sexiste¹⁶⁷ (I). Cependant, celle-ci a beaucoup tergiversé sur la latitude à laisser aux juges du fond afin d'encadrer, plus ou moins fort, ce domaine (II), c'est pourquoi il faudra dans ce second temps étudier l'évolution jurisprudentielle sur la latitude laissée aux juges dans l'appréciation des éléments présentés par les victimes.

I/ L'obligation de prendre en compte tous les éléments présentés par la victime

De manière constante les juges du quai de l'Horloge ont imposé l'obligation d'apprécier les faits matériellement établis (A) car la plupart du temps, certains juges, pour ne pas reconnaître le harcèlement, refusaient d'apprécier certains éléments¹⁶⁸. Cependant, les juges restent souverains dans l'appréciation des faits (B) le Cour de cassation ne dépassant pas son pouvoir d'appréciation en droit et non en fait de l'espèce.

A/ L'obligation d'apprécier les faits matériellement établis

En principe le juge est souverain dans l'appréciation des faits, celui-ci est donc seul juge afin d'apprécier si les éléments présentés sont susceptibles de constituer du harcèlement et si la décision de l'employeur est étrangère à tout harcèlement.

¹⁶⁷ Bien qu'ici on parlera essentiellement des victimes de harcèlement moral et sexuel, puisqu'en effet l'essentiel de la jurisprudence a été rendue en matière de harcèlement, mais il est légitime de supposer que cette jurisprudence sera applicable aux agissements sexistes.

¹⁶⁸ Ils sont régulièrement sanctionnés par la Cour de cassation

La Cour de cassation rappelle tout de même la méthodologie afin d'apprécier les faits de harcèlement moral, et notamment l'obligation d'apprécier tous les faits présentés par la victime.

La Cour a rappelé de nombreuses fois à l'ordre les cours d'appel, en précisant que les juges devaient apprécier les faits matériellement établis¹⁶⁹. Cette solution est constante depuis 3 arrêts du 24 septembre 2008¹⁷⁰ : « *Qu'en se déterminant ainsi, sans tenir compte de l'ensemble des éléments établis par la salariée, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur le point de savoir si les faits établis n'étaient pas de nature à faire présumer un harcèlement moral au sens des textes susvisés* »

Comme on le verra dans les parties suivantes, la Cour de cassation reconnaît le pouvoir souverain des juges dans l'appréciation des éléments de fait, cependant ceux-ci sont sanctionnés dès qu'ils n'ont pas analysé tous les éléments présentés. Régulièrement, les juges se contentent d'exercer un contrôle séparé de tous les éléments, permettant de dégager une prétendue absence de harcèlement, cependant la Cour de cassation impose une méthodologie, dans laquelle les juges doivent examiner tous les éléments de manière globale et objective, ainsi ils ne peuvent écarter aucun élément apporté de manière loyale et ne peut exercer qu'un contrôle global des éléments de preuve.

Que ce soit en matière de harcèlement moral ou sexuel, du fait de la particularité du régime probatoire de ces domaines, le juge se doit de rappeler pédagogiquement les contours de ce régime probatoire particulier et la méthodologie.

Elle rappelle que les faits ne peuvent être pris en considération de manière isolée, les juges ne peuvent décider d'écarter un élément¹⁷¹, charge ensuite à l'employeur 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. Céline LEBORGNE INGELAERE rappelle parfaitement bien cette « *méthodologie en deux temps imposée aux juges du fond* »¹⁷²

¹⁶⁹ SIRO Jean – Harcèlement moral et discrimination : office du juge – Dalloz Actualité, 19 juin 2012

¹⁷⁰ Cass, soc. 24 sept. 2008, 3 arrêts : n° 06-45.747 et n° 06-45.794, n° 06-45.579, n° 06-43.504

¹⁷¹ Cass, soc. 26 mai 2010, n° 08-43.152

¹⁷² LEBORGNE INGELAERE Céline – Harcèlement moral : la méthodologie en deux temps imposée aux juges du fond – JCP S n° 44, 30 octobre 2012, p.1462

Dans un premier temps, les juges doivent apprécier les faits dans leur ensemble, sans possibilité d'en écarter un seul élément. Comme rappelé précédemment, c'est une jurisprudence constante en la matière, selon laquelle les juges qui omettaient d'examiner certains éléments et rendaient leur décision sans avoir analysé tous les éléments étaient sanctionnés par la Cour de cassation.

Le second temps est aussi une jurisprudence de la Cour de cassation, à savoir que la prise en compte des éléments de l'employeur est subordonnée à la reconnaissance d'une présomption de harcèlement par les juges du fond. Dans un arrêt du 6 juin 2012¹⁷³, la Cour de cassation censure les juges du fond, qui, pour justifier l'absence de harcèlement ont en premier lieu précisé que les éléments ne permettaient de laisser présumer à des faits de harcèlement, d'autre part la cour d'appel a utilisé les éléments apportés par l'employeur afin de justifier l'absence de harcèlement. Or la Cour de cassation rappelle que c'est uniquement si la présomption de harcèlement est démontrée, qu'il sera demandé à l'employeur de prouver que ses agissements sont étrangers à tout harcèlement et pris de manière objective. La Cour de cassation censure ici le raisonnement totalement anarchique utilisé par les juges, afin de rejeter le harcèlement moral¹⁷⁴.

On observe donc ici le rôle pédagogique qu'a la Cour de cassation, afin d'expliquer de manière claire la méthodologie à respecter afin d'apprécier les éléments de faits concernant le harcèlement moral et sexuel, et lorsque les cours d'appel ne respectent pas cette méthodologie, elles sont directement sanctionnées par la Cour de cassation qui s'octroie un rôle dans la conservation des intérêts des victimes, qui par l'absence de rigueur des juges du fond auraient pu voir leurs souffrances non reconnues.

Les juges du fond possèdent donc un double office : apprécier de manière globale et entière les éléments apportés par le salarié, s'ils constatent que les faits sont susceptibles de constituer des faits de harcèlement, ils devront dans un second temps apprécier si les éléments apportés par l'employeur pour prouver l'absence de harcèlement sont objectifs et démontrent bien une décision exempte de harcèlement.

¹⁷³ Cass, soc, 6 juin 2012, n° 10-27.766

¹⁷⁴ LEBORGNE INGELAERE Céline – Harcèlement moral : la méthodologie en deux temps imposée aux juges du fond – JCP S n° 44, 30 octobre 2012, p.1462

Les juges sont donc contrôlés sur la façon dont ils doivent apprécier les éléments, cependant ils conservent leur pouvoir souverain concernant l'appréciation des faits en eux-mêmes.

B/ le pouvoir souverain des juges du fond dans l'appréciation des faits

La pouvoir souverain des juges du fond, est souvent celui auquel se heurte les justiciables qui forment un pourvoi en cassation. La Cour jugeant les arrêts rendus par les juges du fond, celle-ci ne peut remettre en cause leur appréciation souveraine des faits, mais uniquement leur appréciation en termes de droit, notamment lorsque les juges n'ont pas apprécié dans leur globalité tous les éléments apportés par la victime.

Désormais la Cour de cassation contrôle la motivation des décisions des juges du fond¹⁷⁵. Depuis un arrêt de 2016¹⁷⁶, celle-ci ne fait que rappeler le pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve. Pour exemple, dans deux arrêts du 8 juillet 2020¹⁷⁷ la Cour de cassation vient une énième fois rappeler le principe, selon lequel les juges du fond apprécient souverainement si le salarié établit des faits laissant présumer un harcèlement moral ou sexuel, sous réserve d'avoir suivi la méthodologie précédemment développée¹⁷⁸. Dès lors, si la Cour de cassation constate que la cour d'appel a suivi la méthodologie imposée, elle ne peut revenir sur son interprétation des faits opérée, afin de dire si oui ou non les faits susceptibles de constituer du harcèlement sont établis. Comme elle le précise de manière pédagogique dans cet arrêt de 2016 : *« Attendu 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 »*

Cet arrêt précédemment évoqué confirme l'appréciation souveraine des juges du fond, tout en la subordonnant au respect de la méthodologie développée par la Cour de cassation.

Enfin, le rappel du pouvoir souverain des juges du fond est aussi opéré en matière pénale par la Cour de cassation. Dans un arrêt du 25 novembre 2008¹⁷⁹, la chambre criminelle de la Cour de

¹⁷⁵ HALIMI Gabriel et PACOTTE Phillipe – Modification de la nature du contrôle opéré par la Cour de cassation en matière de harcèlement moral – JSL n°415, 5 septembre 2016

¹⁷⁶ Cass, soc, 8 juin 2016, n° 14-13.418

¹⁷⁷ Cass, soc, 8 juillet 2020, n° 18-24.320

¹⁷⁸ Cass, soc, 8 juin 2016, n° 14-13.418

¹⁷⁹ Cass. crim., 25 nov. 2008, n° 08-81.727

cassation rappelle que l'appréciation des faits et des éléments de preuve relèvent du pouvoir souverain des juges du fond, cependant celle-ci ne semble pas appliquer la méthodologie appliquée en matière civile, pour une raison, à savoir qu'en matière pénale, en vertu du principe de présomption d'innocence, c'est au demandeur à l'action publique de prouver la culpabilité de la personne mise en cause¹⁸⁰. Dès lors, le mécanisme ne peut s'appliquer qu'aux conseillers prud'homaux et non aux juges pénaux, comme rappelé par un arrêt du 10 mai 2016¹⁸¹. En matière pénale les juges semblent plus libres dans l'appréciation des faits, du fait de l'absence de charge probatoire spéciale, applicable uniquement en matière civile. Ils restent donc souverains et doivent seulement caractériser le chef d'accusation par des éléments concordants et précis, or en matière civile les juges doivent s'astreindre à respecter la méthodologie décrite par la Cour de cassation pour par la suite, retrouver leur pouvoir souverain. En d'autres termes, si cette méthodologie n'est pas respectée, la Cour de cassation cassera nécessairement l'arrêt, ainsi le pouvoir souverain est subordonné au respect de règles, favorables aux victimes, notamment par le fait que les preuves sont extrêmement difficiles à apporter¹⁸².

Après avoir observé les principes primordiaux développés par la Cour de cassation, il faudra faire une étude concise de l'évolution de la jurisprudence en la matière.

II/ Le revirement continué dans la latitude laissée aux juges du fond

Comme indiqué précédemment, dans cette partie il faudra étudier l'état de la jurisprudence en matière d'appréciation des éléments apportés par les victimes de harcèlement. Il faudra observer qu'une liberté d'appréciation est laissée aux juges (A), afin de déterminer si tel élément permet de caractériser le harcèlement ou non. Cependant, la Cour de cassation agit comme garde-fou, et encadre cette liberté laissée aux juges (B)

A/ La liberté d'appréciation laissée aux juges du fond

Comme on l'a vu précédemment, les juges et conseillers possèdent toute la latitude dans l'appréciation des éléments de preuve. Dès le départ, la Cour de cassation a laissé toute la liberté aux juges d'appel dans la qualification des faits rapportés, dans son rapport de 2004 la Cour de

¹⁸⁰ BEAUCOMONT Michel, BEZIZ-AYACHE Annie - Champ d'application du mécanisme spécifique de l'administration de la preuve du harcèlement moral – Lamy Droit pénal des affaires, novembre 2020

¹⁸¹Cass. crim, 10 mai 2016, n° 14-87.079

¹⁸² Comme on le démontrera dans la seconde partie de cette étude

cassation énonce donner toute latitude aux juges dans la qualification des faits : « *il n'appartient qu'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* »¹⁸³

On observe donc que dès 2004, la Cour de cassation reste dans son rôle du contrôle de la motivation des décisions des juges du fond, et non dans un contrôle de la qualification des faits, dévolue entièrement au pouvoir souverain des juges du fond. Cette solution de, par la spécificité du contentieux dans lequel la conviction se forme uniquement sur des éléments factuels, est donc difficile pour la Cour de cassation de se saisir d'un contentieux ou le harcèlement moral procède uniquement d'éléments factuels¹⁸⁴.

La Cour de cassation procèdera ensuite à un revirement de jurisprudence, qu'il faudra étudier dans la seconde partie, dans lequel elle resserre l'étau dans le contrôle des juges du fond.

Par deux arrêts de 2016, la chambre sociale de la Cour de cassation précise que la qualification des faits établis par le salarié¹⁸⁵ et la justification de l'employeur des faits justifiés par des éléments objectifs, étrangers à tout harcèlement¹⁸⁶, relève du pouvoir souverain des juges du fond et ne peut être remis en cause par la Cour de cassation. Comme le précise Patrice Adam, la justification patronale était déjà reconnue par des arrêts antérieurs¹⁸⁷ dès lors le revirement étudié ne porte que sur la qualification des faits, laissant présumer ou non l'existence d'un harcèlement.

On peut donc apprécier le fait que la Cour de cassation desserre l'étau et laisse une plus grande liberté aux juges du fond dans l'appréciation factuelle des éléments établis par le salarié. Cela peut se comprendre par le fait que, comment la Cour de cassation peut-elle censurer une décision des juges du fond, alors que seuls eux ont une vision factuelle du dossier, élément complètement primordial dans ces contentieux¹⁸⁸. Il est donc logique que la Cour de cassation

¹⁸³ Rapp. Cour de cassation 2004, La Documentation française, 2005, p. 215

¹⁸⁴ ADAM Patrice – Harcèlement et contrôle de qualification Nouveau régime de « liberté surveillé » - SSL n°1727 du 13 juin 2016

¹⁸⁵ Cass. soc., 10 mai 2016, n° 15-10.467

¹⁸⁶ Cass. soc., 19 mai 2016, n° 14-27.029

¹⁸⁷ Cass. soc., 7 avr. 2016, n° 15-13.258 ; 18 mars 2016, n° 14-26.827

¹⁸⁸ ADAM Patrice – Harcèlement et contrôle de qualification Nouveau régime de « liberté surveillé » - SSL n°1727 du 13 juin 2016

se cantonne à son rôle de contrôle de la motivation des décisions et non au contrôle de qualification du harcèlement, relevant principalement de fait, outrepassant donc le pouvoir de la Cour qui ne juge qu'en droit.

Entre ces deux jurisprudences de 2004 et 2016, s'est passé un temps où la Cour de cassation opérait un contrôle de la qualification des faits établis par le salarié, justifié notamment par des considérations d'uniformisation des décisions, dans lesquelles les juges du fond rendaient des arrêts différents, créant de l'insécurité juridique au sein de ce contentieux.

B/ La liberté des juges sous surveillance de la Cour de cassation

Comme on l'a vu précédemment, la liberté des juges du fond n'est pas absolue. La Cour de cassation prône le principe de la liberté surveillée¹⁸⁹.

En premier lieu, il faudra étudier la jurisprudence éphémère¹⁹⁰, mettant en exergue un contrôle de qualification du harcèlement, outrepassant donc sa fonction première de contrôle de la motivation juridique.

De plus, même après le revirement de jurisprudence précédemment exposé, les juges du fond restent sous ce régime de liberté, dans lequel ils doivent suivre une méthodologie, à laquelle ils ne peuvent déroger sous peine d'être sanctionnés par la Cour de cassation.

Le 24 septembre 2008, la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence, en ce qu'elle contrôlait désormais la qualification des éléments apportés par le salarié, laissant présumer ou non des actes de harcèlement : « *la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur le point de savoir si les faits établis n'étaient pas de nature à faire présumer un harcèlement moral au sens des textes susvisés* »¹⁹¹

Ce revirement était demandé de longue date par certains auteurs (voir WAQUET [interview de], Un contrôle naturel est nécessaire, SSL 29 sept. 2008, no 1368, p. 11), le rapporteur général expliquait les raisons de ce revirement, notamment ce que l'objectif était de mettre fin « aux

¹⁸⁹ ADAM Patrice – Harcèlement et contrôle de qualification Nouveau régime de « liberté surveillé » - SSL n°1727 du 13 juin 2016

¹⁹⁰ Cette jurisprudence était effective pendant tout de même 8 années (2008-2016)

¹⁹¹ Cass, soc, 24 septembre 2008, n°06-45.794

divergences actuelles des jurisprudences des cours d'appel » et donc de favoriser une certaine harmonisation dans ces contentieux¹⁹². Cependant le contentieux semblait bel et harmonieux, aucune réelle divergence entre les juridictions n'a été démontrée jusqu'à l'heure. Il semble donc que la reprise du contrôle, par la Cour de cassation, soit due à une autre raison que cette prétendue harmonisation des jurisprudences des juges du fond.

Cette reprise en main du contentieux par la Cour de cassation, semble être nécessitée par la volonté de condamner les juges d'appel qui faisaient de l'intentionnalité un élément primordial dans la qualification juridique du harcèlement. La Cour de cassation tranchera définitivement cette question le 10 novembre 2009¹⁹³, selon lequel le harcèlement peut être constitué indépendamment de l'intention de son auteur.

Après avoir consacré cette jurisprudence, la Cour de cassation n'avait donc plus aucune raison de contrôler la qualification des faits, c'est pourquoi un revirement de jurisprudence, intervenu 8 ans après redonnait toute liberté aux juges dans la qualification des éléments apportés par la victime.

La Cour de cassation opère de nouveau un contrôle de motivation, cependant les juges restent toujours soumis à sa surveillance, notamment en ce qui concerne le suivi de la méthodologie chronologique développée par la Cour. Patrice ADAM résume parfaitement cette méthodologie développée depuis de longues années par la Cour de cassation : « *il incombe aux juges du fond de prendre en compte, lors de la première phase de la mécanique probatoire instituée par l'article L. 1154-1 du Code du travail « l'ensemble des éléments de faits avancés » par le salarié et ces éléments « dans leur ensemble » les juges du fond ne peuvent « saucissonner » leur appréciation des faits, les apprécier les uns indépendamment des autres. Chaque fait doit être lu à la lumière de tous les autres.* » »

Nous avons parlé principalement du harcèlement moral pour faire état de la jurisprudence et des obligations imposées par la Cour de cassation. Celles-ci peuvent parfaitement s'appliquer au harcèlement sexuel, qui doit respecter le même régime probatoire et donc la méthodologie dégagée par la Cour de cassation s'applique à cette matière.

¹⁹² ADAM Patrice – Répertoire du droit du travail : « Harcèlement moral au travail » - Dalloz, octobre 2019

¹⁹³ Cass, soc, 10 novembre 2009, n° 08-41.497

L'intention de l'auteur n'a pas à être caractérisée en matière de harcèlement sexuel¹⁹⁴, cette jurisprudence se calque sur la jurisprudence en matière de harcèlement moral, selon laquelle si le juge pénal a relaxé le salarié pour absence d'élément intentionnel, cette relaxe n'empêche pas le juge prud'homal de condamner le salarié. Pour la première fois en 2020, la Cour de cassation applique la jurisprudence de 2010 sur l'intentionnalité du harcèlement moral¹⁹⁵, au harcèlement sexuel.

Elle rend les mêmes arrêts concernant la souveraineté des juges du fond, tout en consacrant un office défini par la Cour de cassation. Dans un arrêt du 8 juillet 2020¹⁹⁶, la Cour de cassation transpose le régime de preuve ainsi que celui du pouvoir souverain au harcèlement sexuel¹⁹⁷.

On a donc pu observer que de nombreux acteurs, ainsi que la jurisprudence en ces matières œuvrent pour accompagner le plus possible les victimes dans leurs démarches et rend des jurisprudences favorables aux victimes, notamment par la mise en place d'une méthodologie d'analyse devant être suivie par les juges du fond, mais aussi des jurisprudences en faveur des victimes concernant notamment l'autorité de la chose jugée des décisions pénales ainsi que sur la présomption d'innocence, qui ne s'applique pas à l'employeur.

Cependant dans cette seconde partie, il faudra étudier qu'en réalité l'efficacité des jurisprudences et des acteurs est en réalité amoindrie par deux facteurs principaux : la preuve de ce harcèlement, ainsi que les textes en eux-mêmes manquant de clarté et n'étant pas exempts de toute critiques.

¹⁹⁴ Cass, soc, 25 mars 2020, n°18-23.682

¹⁹⁵ LHERNOULD Jean-Philippe - Portée devant le CPH de la décision du juge pénal de relaxe de l'employeur des fins de poursuite de harcèlement sexuel – JSL n°499, 8 juin 2020

¹⁹⁶ Cass, soc, 8 juillet 2020, n°18-23.410

¹⁹⁷ LHERNOULD Jean-Philippe - Harcèlement sexuel : précisions sur le régime probatoire et le contrôle exercé par la Cour de cassation – JSL n°505, 12 octobre 2020

Titre 2: L'efficacité des textes en réalité amoindrie

Comme démontré précédemment, une certaine efficacité se dégage des textes et de la jurisprudence, avec notamment une jurisprudence et des textes favorables aux victimes, prenant prétendument en compte leur état psychologique, en allégeant la charge de la preuve par exemple. Mais aussi en instaurant des acteurs dans la lutte contre ces agissements, tout en sanctionnant l'absence de réaction de l'employeur en cas de dénonciation.

Cette partie a ainsi pour but de nuancer la partie précédente, en démontrant qu'en réalité l'efficacité est amoindrie par de nombreux facteurs :

En premier lieu les juges, et notamment la jurisprudence de la Cour de cassation amoindrit l'efficacité de ces textes (Chapitre I), ceux-ci perdent de leur substance. En effet, l'acceptabilité des preuves dans le domaine civil a été amoindrie par la jurisprudence de la Cour de cassation. Cependant, on peut regretter le fait que les juges de la Cour de cassation n'ont pas pris en compte la difficulté à laquelle les victimes font face lorsqu'ils doivent apporter la preuve de leur harcèlement. Même si, comme on l'a vu précédemment, le Code du travail allège la charge de la preuve en matière de harcèlement. Cependant, la victime doit tout de même prouver des faits susceptibles de constituer du harcèlement¹⁹⁸, dès lors qu'il faut qu'elle apporte la preuve que ces agissements puissent être constitutif de harcèlement, c'est ici que le bât blesse.

Maud Beckers, Avocate, parle « *d'attente aux droits de la défense* »¹⁹⁹ en cas de non-acceptabilité de la preuve clandestine. Cet article fait notamment référence à l'acceptabilité des preuves pour les femmes victimes de harcèlement sexuel, ce qui sera développé dans le présent chapitre, et qui pourra être rapproché de l'admissibilité des preuves en matière de harcèlement moral.

Cependant, ce n'est pas uniquement la jurisprudence qui amoindrit l'efficacité des textes. Les textes eux-mêmes, dans leur absence de clarté mais aussi dans une confusion de certains termes, laissant planer le doute sur une efficacité réelle de ceux-ci (Chapitre II). Il faudra notamment observer deux points centraux, à savoir la confusion entre le harcèlement les autres RPS, quelles

¹⁹⁸ Or le cas du harcèlement du sexuel, qui autorise à rapporter un fait unique, cependant ce fait unique doit tout de même être étayé par la victime.

¹⁹⁹M. Beckers, « *La licéité des enregistrements clandestins en matière de harcèlement sexuel* » : SSL, 8 juin 2015

sont les différences entre ces notions ? sont-elles liées ? Enfin il faudra aussi parler du concept d'agissements sexistes, qui semble être une notion floue, et notamment sa charge probatoire qui découragera nombre de victimes²⁰⁰.

En effet, ce concept étant assez récent (notamment par rapport au harcèlement), avec une définition différente de celui-ci.

Dans un premier temps il faudra donc étudier l'efficacité amoindrie par l'action de la jurisprudence.

Chapitre 1 : Une efficacité amoindrie par le juge

Afin d'analyser la position des juges, il faudra faire un état complet de la jurisprudence en matière de harcèlement moral et sexuel. Il faudra observer que la principale difficulté dans la constatation du harcèlement moral ou sexuel ou agissement sexiste réside dans la preuve de ceux-ci.

Or, on pourra constater que les juges n'acceptent pas certains moyens de preuve (Section I) notamment les preuves clandestines, alors que ces agissements sont le plus réalisés de manière pernicieuse, dès lors seuls ces enregistrements clandestins permettent aux victimes de prouver ces faits.

D'autant plus que les juges ne semblent pas clairs dans leurs positions (Section II) notamment ce qui concerne l'office du juge qui est en constante évolution, mais aussi sur les modes de rupture du contrat de travail, paraissant inadaptées aux faits subis par les victimes.

Section 1 : L'absence de prise en compte de certains moyens de preuve

Il apparaît que cette section peut être considérée comme la principale problématique dans cette étude de la lutte contre le harcèlement et les agissements sexistes.

²⁰⁰ LEBORGNE-INGELAERE Céline –*Harcèlement sexuel et agissements sexistes au travail : la sortie de l'immobilisme* – JCP S n° 10 – 8 mars 2019 – p. 1072

En effet, l'admission de la preuve en matière de harcèlement et agissement sexiste²⁰¹ a fait l'objet de nombreuses tergiversations, et fait l'objet de nombreux commentaires par la doctrine.

C'est pourquoi il faudra étudier la jurisprudence en matière d'admissibilité de la preuve, notamment ce qui est considéré par les juges comme des moyens de preuve déloyaux (I) alors que, nous le verrons, la preuve devrait être admissible dans de nombreux cas (II)

I/ Les moyens de preuve considérés comme déloyaux par les juges

Nous étudierons la jurisprudence concernant la non-admissibilité de certains moyens de preuve (A) ainsi que la dissonance qui règne entre le domaine civil et pénal (B), dans lesquels les preuves ne sont pas admises de la même manière.

A/ L'absence de prise en compte des enregistrements clandestins

Comme rappelé dans les développements précédents, le contentieux du harcèlement sexuel et moral repose principalement sur des éléments factuels, c'est pourquoi le pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve est absolument primordial dans la qualification du harcèlement.

Cependant tous les auteurs doctrinaux considèrent que le harcèlement moral ou sexuel se fait de manière pernicieuse et cachée. Dès lors il est très difficile de rapporter la preuve de ce comportement, sans contrevenir à la vie privée du salarié ou de l'employeur harceleur.

En premier lieu, on peut noter que le juge refuse que la victime ne produise des preuves que par elle-même, ainsi les dénonciations à l'inspection du travail, ou une main courante dénonçant les agissements, ne seraient être corroborées par aucun autre élément²⁰². Ces solutions se prennent dans le sens où, quand bien même la charge probatoire est allégée, le salarié doit tout de même établir la matérialité des faits dénoncés, par les éléments précis et concordants²⁰³.

²⁰¹ On étudiera que le régime de la preuve des agissements sexistes n'a pas été aligné sur le harcèlement ou encore la discrimination.

²⁰² CA Douai, 31 mai, n°05/01682

²⁰³ Cons. Const, 12 janv. 2009, no 2001-455 DC

Cependant les juges et la Cour de cassation refusent de prendre en compte les moyens de preuve dits « déloyaux », alors que l'on sait que le plus souvent les moyens de preuve sont déloyaux, tellement les agissements des auteurs sont pernicieux.

Il est rappelé de longue date par la Cour de cassation que les enregistrements effectués à l'insu de l'auteur d'harcèlement, étaient considérés comme déloyaux et donc impossible de les produire en justice²⁰⁴. La Cour de cassation a refusé de renvoyer au Conseil Constitutionnel une QPC²⁰⁵ concernant la prohibition des enregistrements clandestins. En l'espèce elle refuse de transmettre cette QPC car elle considère que l'atteinte à la liberté d'expression est justifiée par le nécessaire équilibre entre liberté d'expression et vie privée²⁰⁶.

Mais qu'en est-il pour la preuve en matière de harcèlement sexuel ou moral, ou dans ce cas l'atteinte à la vie privée semble être justifiée par l'équilibre nécessaire entre les droits de la défense et la vie privée. Si la seule façon de prouver les faits dénoncés, porte atteinte à la vie privée de son auteur, cela ne peut-il pas être contrebalancé par la nécessité de préserver les droits de la défense de la victime, qui possède comme seule preuve cet enregistrement déloyal ?

Cette non-admissibilité contrevient également au principe d'égalité des armes, or la Cour de cassation a sanctionné une cour d'appel qui a refusé au salarié de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions²⁰⁷. Il est à noter que cet arrêt ne portait pas sur l'admissibilité d'une preuve obtenue de manière déloyale, mais on peut tout à fait le transposer aux preuves déloyales, tant l'objectif est similaire, à savoir que c'est l'unique moyen pour la victime d'apporter la preuve de ses prétentions.

Le professeur Cyril WOLMARK milite pour la prise en compte de ces enregistrements et autres preuves obtenues de manière clandestine, il affirme en effet : « *une preuve obtenue de manière déloyale devrait alors être admise dans les cas où les actes commis contre le salarié sont essentiellement clandestins harcèlement, discrimination - et ne peuvent être prouvés selon les modes habituels de preuve* »²⁰⁸. Comme il l'affirme, le harcèlement ou les discriminations

²⁰⁴ Cass, soc, 23 mai 2007 n° 06-43209 ; Cass, soc, 29 janvier 2008 n° 06-45814

²⁰⁵ Civ. 1re, QPC, 5 févr. 2014, n° 13-21.929

²⁰⁶ GAYET Carole – Prohibition des enregistrements clandestins : non renvoi de la QPC – Dalloz actualité, 6 février 2014

²⁰⁷ Cass, com, 15 mai 2007, 06-10.606

²⁰⁸ WOLMARK Cyril – La preuve en droit du travail : Essai de synthèse – Droit ouvrier n°789, avril 2014

peuvent difficilement être prouvés par des modes de preuves classiques, puisque si l’auteur à conscience de ces faits il n’enverra ni SMS, ni mail et à fortiori aucune trace écrite permettant au salarié d’en faire la preuve.

Cependant la Cour de cassation ne semble pas prête à passer le cap de l’admission de la preuve déloyale en matière de harcèlement même si de nombreux auteurs militent pour que ce soit le cas.

Afin de nuancer notre propos, nous pouvons nous réjouir d’une jurisprudence récente en matière d’enquête menée sans information préalable ni audition²⁰⁹. En principe la preuve des agissements doit être collectée de manière licite et loyale, cependant la Cour de cassation assoupli sa jurisprudence en matière de collecte et preuve et autorise le licenciement d’un salarié harceleur fondé sur une enquête non contradictoire, notamment par le fait que le salarié suspecté n’avait pas été interrogé lors de cette enquête. On peut donc y voir un assouplissement des modalités de recueil de la preuve, traduisant une nouvelle fois d’une volonté de protéger les victimes de harcèlement et discrimination²¹⁰.

Céline LEBORGNE-INGELAERE se pose également la question : « *Peut-on y voir un changement de paradigme permettant une évolution progressive des preuves admissibles en matière de harcèlement ? La possibilité pour un employeur de réaliser une enquête secrète au sein de son entreprise, afin de vérifier la réalité d’une situation de harcèlement, amènera-t-elle les juges à reconsidérer, en matière prud’homale, la question de la recevabilité des enregistrements clandestins produits par la victime, par exemple ?* »²¹¹, comme il est souligné dans cet article, la jurisprudence administrative et pénale a d’ores et déjà amorcé cette évolution en acceptant des enregistrements clandestins comme moyen de preuve licite, espérons que la chambre sociale suivra le même chemin.

B/ La dissonance d’admission de la preuve au civil et au pénal

²⁰⁹ Cass, soc, 17 mars 2021, n°18-25.597

²¹⁰ CORRIGNAN-CARSIN Danielle - Validité d’une enquête menée sans information ni audition du salarié suspecté de harcèlement moral – JCP S n°14, 6 avril 2021, p.376

²¹¹ LEBORGNE-INGELAERE Céline - Enquête et loyauté de la preuve dans un contexte de harcèlement au travail – JCP S n°23, 8 juin 2021, p.1148

Comme en partie énoncé dans le développement précédent, les salariés, qu'ils soient devant la chambre social, pénale ou civile ne sont pas « logés à la même enseigne »

Pour exemple, le mode de preuve résultant d'une vidéosurveillance clandestine est irrecevable en matière prud'homale²¹² alors que celle-ci a pu être acceptée devant le juge pénal²¹³. Cette même dissonance est appliquée également en matière prud'homale.

En effet, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 21 septembre 2016 malgré l'appui du Défenseur des Droits, a refusé de prendre en compte les enregistrements clandestins²¹⁴. En matière civile, la chambre sociale reste « campée sur ses positions » sur une jurisprudence constante prônant la non-admissibilité des enregistrements clandestins.

Ce qui n'est pas le cas pour la chambre criminelle de la Cour de cassation, depuis un arrêt du 31 janvier 2012 elle admet que les enregistrements clandestins peuvent constituer des preuves recevables, sans que le droit au respect de la vie privée, ni la violation du secret professionnel ne puissent être limiter la recevabilité de cette preuve²¹⁵. Il est à noter que le Conseil d'Etat a lui aussi accepté la production de nombreux enregistrements clandestins, afin de prouver les agissements d'un fonctionnaire, en l'espèce un directeur de thèse²¹⁶ ayant commis des agissements sur une étudiante.

Dès lors, qu'est ce qui empêche la chambre sociale de la Cour de cassation de suivre les décisions de la chambre criminelle ainsi que du Conseil d'Etat, dans l'admissibilité des enregistrements clandestins en justice. Rien ne semble justifier cette réticence de la chambre sociale de la Cour de cassation, notamment au regard du principe de loyauté de la preuve, qui ne semble plus avoir lieu d'être en matière de harcèlement notamment au regard de la difficulté d'obtenir des moyens de preuves loyales : « *Toutefois, ces éléments se révèlent souvent impossibles à mobiliser tant les situations de harcèlement sexuel sont interpersonnelles, cachées voire pernicieuses* »²¹⁷. Dès lors, au regard de la difficulté d'obtenir ces preuves, il est

²¹² Cass, soc, 20 nov. 1991, n°88-43.120

²¹³ Cass, Crim. 6 avr. 1994, n° 93-82.717

²¹⁴ BECKERS Maude – le harcèlement sexuel doit être sanctionné plus lourdement – SSL n°1839, 3 décembre 2018

²¹⁵ BECKERS Maude – La licéité des enregistrements clandestins en matière de harcèlement sexuel – SSL n° 1680, 8 juin 2015

²¹⁶ CE, 21 juin 2019, n°434593

²¹⁷ LEBORGNE-INGELAERE Céline - Harcèlement sexuel et agissements sexistes au travail : la sortie de l'immobilisme – JCP S n°10 8 mars 2019, p.1072

incontestable que la non-admissibilité des enregistrements clandestins contreviennent au respect des droits de la défense ainsi qu'au principe d'égalité des armes dans le procès.

Ces enregistrements semblent d'autant plus admissibles, qu'en principe des éléments du procès pénal peuvent être produits devant le juge civil. En effet rien interdit de produire devant le juge civil des procès-verbaux retranscrivant des enregistrements produits devant le juge pénal²¹⁸. Dès lors les enregistrements jugés licites en matière pénale, ne sauraient être illicites en matière sociale²¹⁹. Il en ressort de ces principes une aberration juridique si le comportement ayant conduit à récolter ces preuves a été jugé licite devant les juridictions pénales, mais ce même comportement pourrait être jugé déloyal devant les juridictions sociales.... De cette possibilité d'aberration juridique en ressort la nécessaire évolution en la matière. Notamment pour éviter aux victimes, d'aller devant les juridictions pénales produire les enregistrements clandestins jugés loyaux depuis 2012, et ensuite aller devant les juges civiles afin de faire reconnaître le harcèlement en produisant les procès-verbaux incluant des enregistrements clandestins, qui auraient été jugés déloyaux si directement produit devant les juridictions pénales. On voit donc le non-sens que crée la réticence de la chambre sociale en la matière.

L'arrêt de 2021 peut être un premier pas dans l'évolution de la prise en compte des preuves déloyales en matière sociale, en espérant que les jurisprudences postérieures iront plus loin que cette jurisprudence et prendront en compte les enregistrements clandestins produits par les victimes, en suivant notamment les recommandations du Défenseur des droits²²⁰

La jurisprudence doit d'autant plus évoluer que de nombreux arguments sont en faveur de la prise en compte des enregistrements clandestins dans procès civil.

II/ La nécessaire prise en compte de ces moyens de preuve

²¹⁸ Cass, soc, 21 janv.1981, n°79-15.686

²¹⁹ BECKERS Maude – La licéité des enregistrements clandestins en matière de harcèlement sexuel – SSL n° 1680, 8 juin 2015

²²⁰ Défenseur des Droits, avis n°18-03, 25 janv 2018 : « *les juridictions civiles, de manière constante considèrent que les enregistrements clandestins sont un mode de preuve déloyal et ne saurait ainsi être déclaré comme recevable. Ces enregistrements constituent néanmoins un élément faisant partie intégrante du faisceau d'indices constituant la présomption du harcèlement sexuel qu'il appartient à l'employeur de renverser. Les agissements de harcèlement sexuel ont souvent lieu en huis clos, sans témoin et il est très difficile pour les victimes de solliciter des témoignages de collègues qui seraient toujours en poste* »

Cette partie devra donc faire l'objet d'une étude approfondie sur les arguments prônant la prise en compte des moyens de preuves déloyales, en matière de harcèlement au travail.

Les textes imposent cette prise en compte au niveau national, notamment par certains textes du code civil et pénal (A) mais cette prise en compte est aussi rappelée au niveau européen (B) par les textes européens, mais aussi par les instances européennes.²²¹

A/ La nécessaire prise en compte rappelée au niveau national

Les textes incriminant l'atteinte à la vie privée ne peuvent être sérieusement invoqués afin d'écarter la prise en compte des enregistrements clandestins. En effet, on peut observer que l'article 226-1 du Code pénal incriminant l'atteinte à la vie privée, précise que l'objectif est de « *porter volontairement atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui* », ce qui est rappelé par la chambre criminelle²²² or on peut difficilement soutenir que l'objectif d'une victime de harcèlement est de porter atteinte à la vie privée de l'harceleur.

La Cour de cassation a précisé que le harcèlement sexuel ne pouvait être considéré comme relevant de l'intimité ou de la vie personnelle du salarié harceleur²²³. Dès lors, on ne peut considérer que les actes de harcèlement commis ne peuvent relever de la vie privée du salarié, les enregistrements dénonçant ces faits ne peuvent donc porter atteinte à la vie privée du salarié. D'autant plus que les enregistrements n'ont pas pour objectif de porter atteinte à la vie privée du salarié, l'élément intentionnel ne peut donc être retenu, élément pourtant primordial pour qualifier l'infraction pénale²²⁴.

Les enregistrements clandestins, ne constituant pas une infraction pénale, ne constituent pas non plus une infraction civile. L'article 9 du Code civil dispose que « *chacun a droit respect de sa vie privée* ». C'est à ce visa que les juges rendent leurs arrêts concernant la violation de la vie privée du salarié, notamment par l'employeur, pour apporter des preuves et justifier le

²²¹ Notamment les instances judiciaires européennes.

²²² Cass. crim., 16 janv. 1990, n° 89-83.075 ; Cass. crim, 7 oct. 1997, n° 96-81.485

²²³ Cass, soc, 19 octobre 2011, n°09-72.672

²²⁴ BECKERS Maude – La licéité des enregistrements clandestins en matière de harcèlement sexuel – SSL n° 1680, 8 juin 2015

licenciement²²⁵. Dès lors les juges semblent rechercher s'il y a eu violation de la vie privée pour condamner le salarié²²⁶

Comme vu précédemment, le harcèlement sexuel ne peut relever de la vie privée du salarié, les enregistrements permettant de prouver le harcèlement ne violent pas l'intimité ou la vie privée du salarié, puisque ces agissements n'en relèvent pas. Les enregistrements clandestins ne violent donc pas l'article 9 du Code civil.

En plus de ne pas violer les articles du Code civil et pénal, la non prise en compte des enregistrements clandestins constitueraient une violation des droits de la défense²²⁷.

Les juges de la Cour de cassation ont eu à juger qu'une atteinte à la vie privée d'autrui peut être justifiée par la préservation du droit de la défense de la victime, et est jugée proportionnée aux droits que la victime souhaite sauvegarder²²⁸. C'est par exemple sur ce principe que la Cour de cassation a pu juger que la soustraction de documents appartenant à l'entreprise, dont le salarié a eu connaissance dans l'exercice de travail, et étant strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense, était recevable en justice et ne constituait pas une preuve déloyale²²⁹

Pour un autre exemple la Cour de cassation a pu considérer que des documents couverts par le secret professionnel peuvent constituer un moyen de preuve loyal, par le fait que ces documents sont nécessaires à l'exercice du droit de la défense²³⁰

Au regard de toutes ces jurisprudences on peut militer pour une prise en compte des enregistrements clandestins au sein des juridictions sociales, l'atteinte à la vie privée de l'auteur de harcèlement est totalement proportionnée au regard du nécessaire exercice des droits de la défense des victimes. Un arrêt de la Cour d'appel de Douai propose une définition du harcèlement, en affirmant que les faits n'apparaissent pas de manière « *ostensible* » mais plutôt en « *faveur de situation d'isolement* » dès lors en l'absence de tiers et de faits principalement

²²⁵ Cass, soc, 2 oct. 2001, n° 99-42.942

²²⁶ BECKERS Maude – La licéité des enregistrements clandestins en matière de harcèlement sexuel – SSL n° 1680, 8 juin 2015

²²⁷ BECKERS Maude – La licéité des enregistrements clandestins en matière de harcèlement sexuel – SSL n° 1680, 8 juin 2015

²²⁸ Cass, civ 1^{ère}, 16 oct 2008, n°07-15.778

²²⁹ Cass. soc, 30 juin 2004, n°s 02-41.720 et 02-41.771

²³⁰ Cass, soc, 18 nov 2009, n° 08-42.498

oraux, seuls les enregistrements à l'insu de l'harceleur permettent d'établir des faits laissant présumer une situation de harcèlement²³¹.

Les lois nationales ainsi que la jurisprudence semblent montrer la voie pour la prise en compte des enregistrements clandestins, dans le procès civil, au même titre que le procès pénal ou administratif.

Une uniformisation de la jurisprudence est rendue nécessaire notamment par le respect de normes européennes et internationales.

B/ La nécessaire prise en compte rappelée au niveau européen

Comme le rappelle le professeur WOLMARK²³² : « *En troisième lieu, en matière de discrimination, et plus généralement dans le champ couvert par les directives, l'interprétation est gouvernée par le principe d'effet utile du droit de l'Union*²³³. Les règles de droit national doivent être interprétées de telle sorte que les objectifs de l'instrument communautaire ne soient pas compromis ».

Or la directive 2006/54 relative à la discrimination entre homme et femme, précise « *l'adoption de règles relatives à la charge de la preuve joue un rôle important en ce qui concerne la possibilité de mettre effectivement en œuvre le principe de l'égalité de traitement* ». Dès lors au regard de ce principe d'effet utile du droit de l'Union, l'Etat français doit garantir l'efficacité de la lutte contre le harcèlement moral et sexuel, sans compromettre l'efficacité de l'instrument communautaire, qui prône, en matière de discrimination que « *l'adoption de règles relatives à la charge de la preuve joue un rôle important en ce qui concerne la possibilité de mettre effectivement en œuvre le principe de l'égalité de traitement* »²³⁴ or le harcèlement est défini comme discriminatoire depuis une directive du 23 septembre 2002²³⁵. Le harcèlement moral est aussi défini par une directive, celle met aussi en exergue la charge probatoire de harcèlement

²³¹ CA Douai, 29 mars 2013, n°12/01187

²³² WOLMARK Cyril – La preuve en droit du travail : Essai de synthèse – Droit ouvrier n°789 avril 2014

²³³ J. Porta, *La réalisation du droit communautaire*, préf. A. Lyon-Caen, Fondation Varenne, 2008, tome II, pp. 853 et s

²³⁴ Directive 2006/54 du 5 juillet 2006

²³⁵ Directive 2002/76/CE du 23 septembre 2002 : « *Le harcèlement et le harcèlement sexuel au sens de la présente directive sont considérés comme une discrimination fondée sur le sexe et sont dès lors interdits* ».

« Les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement ». Afin de garantir l'effectivité des directives, il serait souhaitable d'accueillir les enregistrements clandestins.

Enfin, la jurisprudence européenne semble accepter les preuves obtenues de manière déloyale, sur le fondement de l'article 6-1 de la CEDH. Le Cour européenne des Droits de l'Homme a rendu de nombreux arrêts sur les preuves déloyales, on se fondant sur le principe de l'égalité des armes. La Cour Européenne donne une définition de l'égalité des armes, considérée comme : « l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves - dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »²³⁶, d'autant plus que la CEDH n'interdit pas la prise en compte des preuves déloyales « Si la Convention garantit en son article 6-1 le droit à un procès équitable, elle ne réglemente pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telle, matière qui dès lors relève au premier chef du droit interne ».

On peut donc observer que rien n'interdit aux juges de prendre en compte les enregistrements clandestins produits par les victimes, au contraire la jurisprudence à faire respecter le principe d'égalité des armes, ce qui ne semble pas être le cas dans la jurisprudence sociale française. En guise de conclusion nous pouvons citer les propos de Maude Beckers, concluant sur les raisons pour lesquelles ces enregistrements devaient être pris en compte : « Il résulte ainsi des normes françaises et européennes que les enregistrements clandestins dans les dossiers de harcèlement sexuel, ne doivent pas simplement être tolérés, mais consacrés comme de véritables moyens de preuve, garants des droits de la défense et de l'égalité des armes dans le cadre du procès équitable »²³⁷

²³⁶ CEDH, 27 oct. 1993, n° 14488/88, *DomboBeheer B.V. c. Pays Bas*

²³⁷ BECKERS Maude – La licéité des enregistrements clandestins en matière de harcèlement sexuel – SSL n° 1680, 8 juin 2015

On peut donc regretter l'absence d'évolution considérable en matière de preuves déloyales, cependant on peut y voir une lueur d'espoir dans l'arrêt de 2021, espérons que cette jurisprudence sera appliquée et élargie aux enregistrements clandestins.

Section 2 : L'absence de clarté dans la position des juges

Les juges du fond ont longtemps tergiversé sur le sort du dénonciateur du harcèlement moral, que ce soit la victime elle-même ou un tiers prétendument témoin (I) il faudra notamment étudier le sort du dénonciateur et la définition qui est faite de la mauvaise foi par les juges. En effet, la mauvaise foi démontrée semble pouvoir être sanctionnée par le juge. De plus, on pourra voir que le rôle prétendument protecteur de la jurisprudence, s'arrête à la liberté des parties de rompre le contrat de travail²³⁸(II). Il faudra donc observer que certains modes de rupture sont autorisés par les juges et d'autres ne le sont pas.

I/ La dissonance des juges sur la dénonciation des faits de harcèlement

La dissonance des juges se matérialise de deux manières, en premier lieu la protection des dénonciateurs est nuancée en jurisprudence et dans les textes (A) et dans un second temps il faudra s'intéresser à une jurisprudence en particulier, dans laquelle les juges ont refusé de sanctionner le harcèlement car la victime n'avait pas utilisé le terme de « harcèlement » dans sa lettre de dénonciation (B)

A/ Sur la protection des dénonciateurs

En principe, les dénonciateurs de harcèlement ne peuvent faire l'objet de sanction disciplinaire. L'article L.1152-2 et 1153-3 du Code du travail précise qu'en matière de harcèlement moral ou sexuel, le licenciement ou la mesure discriminatoire d'un salarié sont nuls s'ils sont pris en considération du témoignage ou de la dénonciation pour ces faits.

Seule exception à ce principe, la mauvaise foi du salarié qui relate ou dénonce des faits de harcèlement moral ou sexuel. La Cour de cassation, dans un arrêt du 7 février 2012²³⁹ vient préciser que le salarié qui relate des faits de harcèlement moral ne peut être licencié, au seul

²³⁸ Exceptées les ruptures discriminatoires ou fondées sur la dénonciation du harcèlement.

²³⁹ Cass, soc, 7 fév.2012, n°10-18.035

motif que les faits ne sont pas établis. Dans ce même arrêt la Cour de cassation donne une définition de ce qu'elle entend par la mauvaise foi du salarié « *La mauvaise foi ne peut résulter que de la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce* »²⁴⁰

On peut donc voir que le salarié peut accuser sans preuve, sans risquer le licenciement. En effet, le Code du travail instaurant une charge de la preuve allégée,

Cette définition de la mauvaise foi apparaissait déjà dans un arrêt du 26 septembre 2016, dans lequel la Cour définissait la mauvaise foi ainsi : « *ne sont mensongers que les faits de harcèlement que le salarié savait être inexacts au moment où il les dénonce à son employeur ou à une autorité* »²⁴¹. Le salarié semble pouvoir accuser sans preuve, puisque le Code du travail prévoit un régime de preuve allégée pour la victime, sans pour autant être inquiétée par les mesures concernant cette fausse dénonciation. La Cour de cassation a une analyse stricte sur notion de mauvaise foi, puisque la fausseté de ce qui est avancé n'est pas suffisante, il faudrait que l'employeur prouve l'intention de dénoncer des faits, sachant son caractère complètement faussé. Comme énoncé dans l'article précédemment cité, « *Une telle preuve risque d'être extrêmement difficile à établir puisqu'il s'agit de pénétrer le for interne et de jauger le comportement d'un individu* »²⁴². En effet, comment un employeur, sans élément tangible et évident va réussir à prouver que le salarié avait parfaitement connaissance de la fausseté des faits, en jugeant simplement le comportement d'un individu. Il est évident que le juge ne se contentera pas d'un jugement de valeur et souhaitera des preuves établies.

On comprend ainsi l'objectif de ne pas dissuader les victimes de dénoncer le harcèlement, qui pourraient potentiellement s'exposer à des sanctions disciplinaires. Ils peuvent dénoncer des faits qu'ils pensent être du harcèlement, et ne s'exposent à aucune sanction si ceux-ci ne sont pas avérés. En cas de mauvaise foi du salarié, comment expose-on le caractère sciemment mensonger d'une dénonciation de harcèlement ? Sans preuve l'employeur ne pourra pas sanctionner le salarié, or ces accusations mensongères pourraient avoir un fort impact psychologique sur les personnes visées par celles-ci.²⁴³

²⁴⁰ CORRIGAN-CARSIN Danielle - Dénonciation de faits de harcèlement moral : limite de la protection – JCP S n° 17-18, 24 avril 2012, p.1195

²⁴¹ Cass, soc, 26 septembre 2007, n°06-40.039

²⁴² CORRIGAN-CARSIN Danielle - Dénonciation de faits de harcèlement moral : limite de la protection – JCP S n° 17-18, 24 avril 2012, p.1195

²⁴³ CORRIGAN-CARSIN Danielle - Dénonciation de faits de harcèlement moral : limite de la protection – JCP S n° 17-18, 24 avril 2012, p.1195

Dans ce but de protection des dénonciateurs, le législateur déplace le problème en privilégiant la protection de la personne dénonciatrice, plutôt que la personne potentiellement dénoncée sciemment à tort. C'est pourquoi afin de nuancer le propos, à défaut de protéger directement la santé et sécurité des dénoncés, la jurisprudence a donné ce rôle à l'employeur.

L'employeur doit donc réaliser son enquête de manière discrète et impartiale, tout en respectant la présomption d'innocence en ne mettant pas à charge le salarié dénoncé. La Cour de cassation a donc pu déclarer le licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un salarié, dont l'employeur avait réalisé l'enquête sans aucune discrétion et sans respecter le principe du contradictoire. L'atteinte à la dignité du salarié est ici sanctionnée.

Cependant, on observe que l'obligation de prouver la mauvaise foi a été atténuée par la jurisprudence. Dans un arrêt récent du 17 novembre 2020, la Cour de cassation vient préciser que le fait que l'employeur ne fasse pas mention de la mauvaise foi du salarié licencié dans la lettre de licenciement, n'exclut pas sa mauvaise foi, qui peut être démontrée devant le juge. On observe donc que l'employeur n'est pas obligé de qualifier la mauvaise foi du salarié dans la lettre de licenciement, afin de justifier celui-ci, cependant le salarié lui semble obligé de citer la notion de « harcèlement » dans sa lettre de dénonciation, s'il souhaite voir reconnaître ce harcèlement. Ainsi c'est un « *curieux équilibre que d'imposer au salarié de qualifier le harcèlement sans demander à l'employeur de qualifier la mauvaise foi.* »²⁴⁴

On peut donc voir la curieuse dissonance entre la protection dévolue à l'harceleur, ou l'employeur n'a pas besoin de dénoncer les faits de harcèlement, qui peuvent l'être durant l'instance, alors que le salarié, lui doit citer la notion de harcèlement dans sa lettre de dénonciation.

B/ L'obligation de citer la notion de harcèlement

L'article L.1152-2 du Code du travail précise qu'aucun salarié ne peut être licencié ou faire l'objet d'une sanction disciplinaire pour avoir dénoncé ou témoigné sur des faits de harcèlement moral, le harcèlement sexuel met en place la même protection pour le salarié. Cependant un

²⁴⁴ LEBORGNE-INGELAERE Céline – Dénonciation de harcèlement au travail et appréciation de la mauvaise foi – JCP S n°46, 17 novembre 2020, p.3077

« curieux » arrêt du 16 septembre 2020²⁴⁵ vient nuancer l'article précédemment cité et semer le trouble sur la dénonciation de faits de harcèlement moral.

Une victime de harcèlement, ayant dénoncé ces agissements auprès de son employeur, a été déboutée de sa demande de reconnaissance de harcèlement au motif que, lors de sa dénonciation elle n'a pas dénommé les faits comme étant du harcèlement moral. On peut donc observer une seconde cause permettant d'écarter la protection due à la personne dénonciatrice, lorsqu'elle n'a pas qualifié expressément les faits de harcèlement moral²⁴⁶.

Certains auteurs dénoncent un paradoxe dans cette décision : celui d'une protection à « deux vitesses ». Un salarié qui dénonce des faits de harcèlement moral, qui en réalité ne le sont pas, sera protégé contre tout licenciement ou sanction disciplinaire, cependant un salarié qui dénonce des faits avérés de harcèlement, sans pour autant qualifier expressément ces faits de harcèlement moral, ne bénéficiera pas de cette protection. Or l'article 12 du Code de procédure civile précise que le juge doit « *doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* », il est donc assez étrange que ce soit à la victime de qualifier la notion de harcèlement moral, en se comportant comme un juriste²⁴⁷ ... Il est donc logique de penser, que si les juges constatent que des faits de harcèlement sont caractérisés, ceux-ci qualifieront les faits de harcèlement, en vertu de l'article 12 du Code de procédure civile, même si le salarié ne qualifie pas les faits de harcèlement moral.

Cette demande de qualification est donc excessive, car la jurisprudence précise que le fait que les faits ne soient pas avérés, ne supprime pas la protection dévolue au salarié. En outre, le comportement dégradant dénoncé par la salariée en l'espèce pourrait laisser penser à des faits de harcèlement²⁴⁸. Comme dénoncé par Céline Leborgne-Ingelaere, « *Il paraît peu légitime d'accorder, par principe (sous réserve de mauvaise foi) une immunité à celui qui invoque clairement une situation de harcèlement, alors même qu'il n'en a pas la certitude, et de l'écarter*

²⁴⁵ Cass, soc, 16 septembre 2020, n°18-26.696

²⁴⁶ LHERNOULD Jean-Philippe - Du droit à l'immunité liée à la dénonciation de faits de harcèlement moral – SSL n°1802, 12 février 2018

²⁴⁷ LHERNOULD Jean-Philippe - Du droit à l'immunité liée à la dénonciation de faits de harcèlement moral – SSL n°1802, 12 février 2018

²⁴⁸ LEBORGNE-INGELAERE Céline – L'obligation pour le salarié de qualifier le harcèlement – JCP S n°45, 14 novembre 2017, p.1359

pour celui qui évoque des circonstances ayant un impact sur ses conditions de travail ou sa dignité, sans utiliser le mot « harcèlement » »²⁴⁹

Cette solution semble imposer au salarié dénonçant des faits, de préciser le plus largement possible que ces faits semblent constitutifs de harcèlement, afin de ne pas perdre la protection dévolue au salarié. Cette solution ne désengorgera pas les contentieux en matière de harcèlement, bien au contraire, puisque tout agissement dénoncé comme du harcèlement moral, sous réserve de la bonne foi, ne pourra pas être sanctionné par l'employeur.

Cette obligation de qualification semble donc inutile en l'espèce, puisque comme on l'a observé précédemment, la mauvaise foi du salarié dénonciateur sera sanctionnée par le juge. Dès lors, la diffamation pourra être sanctionnée, que le salarié utilise le terme « harcèlement » ou non²⁵⁰.

On ne peut donc qu'espérer une évolution en la matière, permettant aux salariés de dénoncer des faits de harcèlement, sans perdre la protection, au seul motif qu'ils n'ont pas qualifié les faits.

Bien entendu, cette obligation de qualification semble pouvoir s'appliquer au harcèlement sexuel, possédant le même régime de protection que pour le harcèlement moral²⁵¹.

En plus de ces nuances dans la protection du salarié dénonciateur, la Cour de cassation semble accepter des modes inadaptés de rupture du contrat de travail.

II/ Des modes de rupture du contrat de travail inadaptés

Dans les futurs développements, il faudra observer que certains modes de rupture sont inadaptés, notamment lorsqu'il y a la présence de faits de harcèlement moral. Pour cela on pourra observer que les juges sont retissant à l'idée d'autoriser la prise d'acte du contrat de travail en cas de harcèlement (A) cependant il accepte volontiers la rupture conventionnelle du

²⁴⁹LEBORGNE-INGELAERE Céline – L'obligation pour le salarié de qualifier le harcèlement – JCP S n°45, 14 novembre 2017, p.1359

²⁵⁰LEBORGNE-INGELAERE Céline – L'obligation pour le salarié de qualifier le harcèlement – JCP S n°45, 14 novembre 2017, p.1359

²⁵¹LHERNOULD Jean-Philippe - Du droit à l'immunité liée à la dénonciation de faits de harcèlement moral – SSL n°1802, 12 février 2018

contrat (B), alors que souvent la victime est dans un état émotionnel tel, qu'elle souhaite quitter l'entreprise le plus rapidement possible.

A/ La prise d'acte du contrat de travail

En cas de harcèlement moral ou sexuel subi par un salarié, celui-ci pourrait souhaiter quitter l'entreprise rapidement afin de ne plus être en contact avec son ou ses harceleurs. Pour cela le mode de rupture le plus rapide est la prise d'acte du contrat de travail, puisque le salarié peut quitter l'entreprise directement sans aucun délai de prévenance.

La prise d'acte consiste à mettre en exergue un manquement grave de l'employeur, et depuis 2014 la Cour de cassation impose que ce manquement grave empêche la poursuite du contrat de travail²⁵². En 2015, la chambre sociale de la Cour de cassation applique cette définition de la prise d'acte à des faits de harcèlement au travail²⁵³.

Cependant, cet arrêt opère une dissociation entre le manquement à une obligation de sécurité et l'imputabilité de la rupture²⁵⁴. La Cour de cassation reproche donc à la cour d'appel de ne pas avoir vérifié que le manquement invoqué empêchait réellement la poursuite du contrat de travail. Lorsque le temps écoulé entre la fin des faits de harcèlement et la prise d'acte est conséquent²⁵⁵, la cour d'appel ne peut que considérer que cela n'a pas empêché la poursuite du contrat du travail.

Cependant la notion de d'impossibilité de poursuite du contrat de travail est-elle adaptée en matière de harcèlement au travail ?

De nombreux auteurs considèrent que cette position prise par la Cour de cassation, est un mauvais cap²⁵⁶. Le professeur Jean Mouly, considère notamment que cette solution est « *un*

²⁵² Cass, soc, 26 mars 2014, n° 12-23.634

²⁵³ Cass, soc, 11 mars 2015, n°13-18.603

²⁵⁴ LEBORGNE-INGELAERE Céline - Prise d'acte et harcèlement : la confirmation d'une inflexion nécessaire mais délicate de la Cour de cassation – JCP S n°27, 7 juillet 2015, p.1254

²⁵⁵ Cass, soc, 19 juin 2019, n°17-31.182 : en l'espèce une salariée avait pris acte de son contrat de travail deux années après la fin des actes de harcèlement moral subis, la Cour de cassation a donc considéré que cela n'avait pas empêché la poursuite du contrat de travail durant ces deux années.

²⁵⁶ LEBORGNE-INGELAERE Céline - Prise d'acte et harcèlement : la confirmation d'une inflexion nécessaire mais délicate de la Cour de cassation – JCP S n°27, 7 juillet 2015, p.1254

*recul de la protection du salarié*²⁵⁷. » étant donné la disparition de la légitimité automatique de la prise d'acte lorsqu'il est constaté des faits de harcèlement. Cependant cette jurisprudence apparaît se trouver dans la lignée des jurisprudences tempérant l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur.

Depuis les arrêts « Air France »²⁵⁸ de 2015, la chambre sociale de la Cour de cassation a atténué l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur, en affirmant qu'il peut s'exonérer de sa responsabilité s'il prouve qu'il a pris toutes les mesures afin d'assurer la santé et la sécurité du salarié. Cette position jurisprudentielle a été transférée aux risques psychosociaux et notamment au harcèlement, la Cour de cassation reprenant la même formule que pour les arrêts Air France²⁵⁹. Désormais la question qui se pose est l'intensité de l'obligation de protection de la santé et sécurité du salarié, quel est le curseur que va adopter la Cour de cassation afin de juger si l'employeur a bel et bien rempli son obligation de sécurité ?²⁶⁰

La prise d'acte du contrat de travail, semble donc possible uniquement lorsque l'employeur n'a pas pris les mesures pour empêcher la réalisation du risque ou d'y mettre un terme rapidement. Cependant, lorsque l'employeur commet une faute en agissant tardivement, et que le salarié quelques temps après décide de prendre acte de son contrat de travail, les juges vont, en toute vraisemblance, considérer la prise d'acte comme une démission, puisque les manquements graves de l'employeur n'ont pas empêché la poursuite du contrat de travail, le salarié étant resté dans les effectifs de l'entreprise. C'est donc ici que réside la limite de la jurisprudence constante en matière de prise d'acte, complètement inadaptée à la spécificité du harcèlement moral.

Cette solution inadaptée, ne prend pas en compte les souffrances vécues par le salarié en cas d'agissement tardif. Les faits de harcèlement étant terminés, le salarié qui, prenant acte de manière tardive aux manquements de l'employeur, ne verra pas son préjudice réparé. Les agissements tardif ne pouvait être sanctionnés, car les faits ayant cessé.

²⁵⁷ MOULY Jean - La nouvelle jurisprudence sur la prise d'acte à l'épreuve du harcèlement moral ou sexuel – Dr soc, 2015, p.384

²⁵⁸ Cass, soc, 25 nov. 2015, n° 14-24.444

²⁵⁹ Cass, soc, 1^{er} juin 2016, n°14-19.702

²⁶⁰ MOULY JEAN - L'assouplissement de l'obligation de sécurité en matière de harcèlement moral – JCP G, n°28, 11 juillet 2016, p.822

Dès lors il semble qu'un infléchissement de la jurisprudence en matière de prise d'acte consécutive à du harcèlement soit nécessaire afin de garantir l'efficacité de la réparation du préjudice subi par le salarié.

En matière de harcèlement, il apparaît que la rupture conventionnelle soit un mode inadapté de rupture du contrat de travail.

B/ La rupture conventionnelle

Le salarié faible physiquement et mentalement, ainsi que lassé par des faits de harcèlement l'empêchant de travailler dans de bonnes conditions, à l'initiative d'un employeur peut scrupuleux, pourrait se voir proposer une rupture conventionnelle du contrat de travail.

Cependant, la Cour de cassation a décidé de circonscrire les causes de nullité de la rupture conventionnelle qu'aux nullités classiques du droit commun à savoir : les règles d'organisation de la rupture, ou à un vice du consentement²⁶¹.

La Cour de cassation, juge donc que le harcèlement moral, ne peut constituer une cause autonome de nullité de la rupture, et celui-ci ne constitue donc pas en soi un acte de violence, viciant la rupture conventionnelle²⁶². Cette solution paraît tout de même surprenante, notamment au regard de la jurisprudence antérieure, précisant que le harcèlement moral constituait une violence morale, viciant le consentement du salarié²⁶³. Par cette jurisprudence la Cour de cassation réduit une énième fois les règles favorables aux salariés en matière de harcèlement moral. En effet, le salarié devra prouver que son comportement a été vicié, sans pour autant que s'appliquent les règles probatoires plus favorables prévues à l'article L.1154-1 Code du travail. La doctrine pourtant, semble considérer que cette jurisprudence n'est pas un recul dans la protection du salarié, puisqu'elle vient exposer que la jurisprudence exclut uniquement en soit que le harcèlement soit une cause autonome de nullité de la rupture conventionnelle, et que celle-ci est donc dans la lignée de la doctrine de la Cour de cassation et du législateur de limiter les causes de nullité au contrat au droit commun.

²⁶¹ LOISEAU Grégoire – Le harcèlement moral ne vicie pas en soi le consentement – JCP S n°8, 26 février 2019, p.1057

²⁶² Cass, soc, 23 janvier 2019, n°17-21.550

²⁶³ Cass, soc, 30 janv. 2013, n°12-22.332

Cependant, cela semble être une conclusion hâtive, puisque le salarié qui se prévaut de cette nullité devra prouver le vice du consentement dans les règles du droit commun, c'est-à-dire que le salarié devra prouver que son comportement a été vicié par la violence subie, violence résultant du harcèlement moral. Dès lors, on assiste à une sorte de « mille-feuilles » de preuves, ou le salarié devra apporter des éléments, laissant supposer qu'il a subi du harcèlement moral, si les faits de harcèlement sont retenus, il devra alors prouver que ces faits de harcèlement ont constitué une violence ayant altéré son consentement lors de la conclusion de la rupture conventionnelle.

Pour aider la victime à rapporter la preuve du caractère vicié, un auteur propose l'idée de mettre en place une présomption au profit de la victime, par lequel son consentement est présumé vicié lorsqu'il est prouvé que le salarié a apporté des faits laissant supposer un harcèlement, l'employeur pourra renverser cette présomption s'il prouve que le harcèlement n'a pas joué un rôle dans la détermination du consentement du salarié²⁶⁴. Une telle présomption est nécessaire pour la préservation des droits de la défense du salarié, notamment puisque la charge de la preuve serait considérablement allégée, il n'aura qu'à apporter des faits susceptibles de constituer du harcèlement²⁶⁵, l'employeur devra alors prouver que cette situation n'a pas été déterminante dans le consentement dans la rupture conventionnelle.

Si la jurisprudence reste ainsi, la prééminence du droit commun sur le droit du travail concernant la rupture conventionnelle, risque d'écarter les règles de preuves plus favorables prévues par le code du travail entraînant donc une difficulté supplémentaire pour le salarié, qui « *risque de se heurter à des difficultés de preuves importantes* »²⁶⁶, notamment pour rapporter la preuve du caractère déterminant du harcèlement sur son consentement.

La rupture conventionnelle semble être un mode de contournement du droit commun du licenciement²⁶⁷, ou les règles favorables aux salariés semblent pouvoir être écartées, au profit de règles du droit commun.

²⁶⁴ BARBIER Hugues – Existe-t-il un *numerus clausus* des vices du consentement ? – RTD civ. 2019, p.321

²⁶⁵ On a tout de même vu que cette preuve était difficile à apporter tant le harcèlement est pernicieux

²⁶⁶ MOULY Jean - Résiliation conventionnelle, harcèlement moral et vice de violence : l'exclusivisme du droit commun – Dr. soc 2019, p.268

²⁶⁷ MOULY Jean - Résiliation conventionnelle, harcèlement moral et vice de violence : l'exclusivisme du droit commun – Dr. soc 2019, p.268

L'efficacité de la lutte et des sanctions du harcèlement sont donc amoindries par la grande nuance de la jurisprudence sur la protection du dénonciateur, mais aussi par l'acceptation ou non, de la rupture du contrat de travail inadaptée en la matière.

La jurisprudence n'est pas seule à amoindrir l'efficacité, les textes de loi permettent cet amoindrissement.

Chapitre 2 : Une efficacité amoindrie par les textes

Après avoir observé les développements dans l'amoindrissement de l'efficacité de la protection en matière de harcèlement et d'agissement sexiste, les textes eux-mêmes permettent une certaine confusion et absence de clarté²⁶⁸

En effet, les termes des textes permettent la confusion avec des nombreux termes juridiques. Notamment les concepts d'obligation de sécurité de l'employeur, tout comme le concept de risques psycho-sociaux (Section 1)

D'autant plus que cette confusion est permise par l'absence de clarté des notions précédemment évoquées (Section). Notamment en ce qui concerne les concepts de harcèlement de d'agissement sexistes.

Toutes ces tergiversations rendent les textes difficilement assimilables, et doivent donc faire l'objet d'une clarification par la jurisprudence et la doctrine.

Section 1 : Une confusion par les termes des textes

Dans ces développements, il faudra principalement s'intéresser à la jurisprudence concernant le harcèlement moral institutionnel et notamment les décisions concernant France Télécom et le harcèlement mis en par celui-ci et la reconnaissance et création du concept de harcèlement institutionnel (I)

²⁶⁸ Malgré l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi : Cons.const,12 janvier 2002, n°2001-455 DC

La confusion dans les termes des textes sera aussi démontrée par l'étude approfondie du texte d'incrimination de harcèlement, présent dans le Code pénal (II)

I/ Par l'absence de clarté dans la multitude des types de harcèlement

Comme exposé précédemment, l'objet de cette partie est d'exposer la reconnaissance du harcèlement, par l'étude de la jurisprudence, maintenant célèbre, rendue par la Cour d'appel de Paris concernant l'ancienne société, France Télécom.

On pourra voir que c'est la confusion avec l'obligation de sécurité de l'employeur qui conduit à la reconnaissance du harcèlement moral institutionnel (A) et il faudra observer que c'est principalement l'imprécision de ces textes qui a conduit à la reconnaissance de ce harcèlement (B)

A/ Une reconnaissance controversée du harcèlement moral institutionnel

La reconnaissance du harcèlement moral institutionnel n'est pas exempte de toute critique, notamment au regard de la confusion avec l'obligation de sécurité de l'employeur.

Dans cette espèce nous ne nous trouvons pas en matière civile, mais bien en matière pénale. Or comme on l'a vu, le régime n'est pas similaire, en plus le ou les salariés devront prouver l'intentionnalité du harcèlement.

Le Tribunal de Grande Instance de Paris²⁶⁹, a reconnu coupable plusieurs dirigeants ainsi que la personne morale, auteurs et complices de harcèlement moral et condamné à des peines d'emprisonnement, des amendes et à verser des dommages et intérêts aux parties civiles.

Patrice Adam définit le harcèlement institutionnel ainsi : Il y a quatre points cumulatifs permettant de définir le harcèlement institutionnel dégagé par le TGI de Paris.

En premier lieu, les agissements procèdent d'une politique d'entreprise ayant pour but de structurer le travail de tout ou partie d'une collectivité d'agents et de la mettre en œuvre, ces

²⁶⁹ TGI Paris, 20 déc. 2019, n° 0935790257

agissement sont porteurs, par leur répétition, de façon latente ou concrète, d'une dégradation (potentielle ou effective) des conditions de travail de cette collectivité, ces agissements doivent outrepasser les limites du pouvoir de direction, enfin la preuve de l'appartenance d'une victime dénommée à la collectivité visée par la politique d'entreprise harcelante ne s'impose que lorsqu'elle demande réparation des dommages causés par le harcèlement moral institutionnel²⁷⁰.

A la différence du harcèlement managérial, qui lui aussi peut être collectif, le harcèlement dit institutionnel donne la possibilité de condamner pénalement des individus qui n'ont pas commis matériellement les faits. C'est sur ce point que la décision est critiquable, puisqu'il considère que le harcèlement peut être collectif, pour cela il cite les arrêts HSBC du 10 novembre 2009²⁷¹ reconnaissant pour la première fois le harcèlement managérial.

Dès lors, il est curieux que les juges du TGI de Paris prennent cet exemple afin de légitimer leur décision « *C'est avec l'arrêt du 10 novembre 2009 HSBC France (no 07-45.321) que la chambre sociale de la Cour de cassation a ouvert plus largement la qualification de harcèlement moral en considérant que n'y faisait pas obstacle le caractère collectif, au sens où il concerne une collectivité de personnel et non un ou quelques individus particuliers qui la composent* » alors que l'arrêt de 2009 précise que « *dès lors qu'elles se manifestent pour un salarié déterminé par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet d'entraîner une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* »

Le TGI a donc dévoyé la définition donnée par la chambre sociale de la Cour de cassation, en considérant que le harcèlement peut être retenu pour l'ensemble de la collectivité de l'entreprise, sans nullement besoin de donner la preuve qu'il a été visé par la politique harcelante. Or, la chambre sociale précise que le harcèlement peut être collectif, cependant chaque salarié ayant subi ces méthodes de gestion agressive doit être identifié.

Le TGI semble donc aller à l'encontre de la jurisprudence traditionnelle de la chambre criminelle, exigeant un lien direct entre l'harceleur et sa victime²⁷².

²⁷⁰ ADAM Patrice – Pour nouvelle définition du harcèlement moral au travail – Dr. soc 2020

²⁷¹ Cass, soc, 10 novembre 2009, n°07-45.321

²⁷² Cass. crim. 5 févr. 2013, n° 11-89.125.

Dès lors, il semble que l'infraction de complicité de harcèlement moral aurait été plus adéquat pour qualifier le délit commis par les dirigeants de la société, puisque n'ayant pas matériellement commis les faits. On pouvait tout de même relever des indices graves et concordants permettant d'invoquer le délit de complicité de harcèlement moral²⁷³.

Cette remise en cause du lien direct entre l'auteur de harcèlement moral et sa victime, va-t-elle à l'encontre du principe de prévisibilité de la loi pénale ? Laurent Gamet s'interroge sur cette question, qui effectivement laisse perplexe. Les prévenus, n'ayant pas commis matériellement les faits de harcèlement moral, pouvaient-ils savoir qu'ils seraient condamnés pour le délit de harcèlement moral « institutionnel » sans commettre matériellement les faits ?

C'est sur cette question que les auteurs commentent régulièrement ce jugement. Doit-on considérer que les dirigeants sont des auteurs intellectuels ou matériels de l'infraction ? Il semblerait que les dirigeants condamnés le soient en ce qu'il existe un « *enchaînement invisible entre les agissements de proximité et la politique de l'entreprise* »²⁷⁴

C'est donc aussi sur l'absence de clarté des juges concernant la qualité de l'auteur des faits, que résulte notre critique du harcèlement moral institutionnel.

Le harcèlement moral et notamment ce harcèlement institutionnel n'est pas le seul à faire l'objet de critiques, le harcèlement sexuel et sa définition présente dans le Code du travail depuis 2012 n'est pas non plus exempt de critique.

B/ Une imperfection dans la définition du harcèlement sexuel

La décision du Conseil Constitutionnel du 4 mai 2012²⁷⁵ a fait un grand retentissement, sur une QPC décidant de manière abrupte d'abroger le délit de harcèlement sexuel, au motif que celui-ci ne respectait pas le principe de légalité des délits et des peines ainsi que des principes de clarté et de précision de la loi, de prévisibilité juridique et de sécurité juridique. Il est à préciser que cette décision était applicable à toutes les instances en cours.

²⁷³ GAMET Laurent – Propos critiques sur la pénalisation du « harcèlement institutionnel » - SSL n°1895, 17 février 2020

²⁷⁴ ADAM Patrice – Sur le délit de harcèlement moral institutionnel – SSL n°1925, 19 octobre 2020

²⁷⁵ Cons. const.déc. 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC

Le 6 août 2012, soit trois mois après l'abrogation du délit, le législateur intervient afin de rétablir l'incrimination du harcèlement sexuel, tout en tenant compte des critiques émises par le Conseil Constitutionnel. Cette loi du 6 août modifie aussi le harcèlement sexuel défini dans le Code du travail, celui-ci était similaire à la définition censurée par le Conseil Constitutionnel au sein du Code pénal.

En premier lieu, il faut étudier l'absence de clarté de la loi, notamment concernant les termes de « situation intimidante, hostile ou offensante »²⁷⁶. Qu'entend-on par ces termes, comment caractériser cette situation ? Il est assez difficile de s'imaginer factuellement ce que recouvre les termes de situation intimidante, hostile ou offensante, la circulaire du 7 août 2012²⁷⁷ ne donnant aucune indication sur ce qui doit être entendu par ces termes. On peut donc s'interroger sur le non-respect des principes de précision, de clarté et de prévisibilité de la loi, qui ici ne semblent pas respectés, tant les termes sont vagues et difficilement transposables à des éléments factuels.

Cependant, malgré les critiques sur l'absence d'intelligibilité, aucune modification n'est intervenue sur ces termes, malgré les alertes de certaines sur l'inéluctable QPC concernant cette loi de 2012. Seules, ont été ajoutées des dispositions concernant la possibilité de constituer l'infraction de harcèlement sexuel lorsque les propos et comportements sont imposés à une même victime par plusieurs personnes, même si elles n'ont pas agi de manière répétée, le harcèlement sexuel peut être constitué de la même manière en cas d'agissements successifs, sans concertation, si tous les auteurs savaient que cela constituait une répétition. La loi ajoute aussi trois circonstances aggravantes à cet article, et notamment lorsque le harcèlement sexuel est commis par le biais service de communication numérique, en ligne notamment, l'objectif étant ici de sanctionner les raids numériques²⁷⁸.

Si on peut se réjouir de la prise en compte des formes de violences sexistes et sexuelles sur les réseaux sociaux et sur internet en général, on peut en revanche regretter l'application du terme « sexistes » aux côtés des comportements à connotation « sexuelle »²⁷⁹

²⁷⁶ Article 222-33 du Code pénal et L.1153-1 du Code du travail

²⁷⁷ Circ. crim. n° 2012-15/E8, 7 août 2012

²⁷⁸ Loi n°2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

²⁷⁹ AUBONET Florence et RAYNAUD Emmanuelle - Le harcèlement sexuel et les agissements sexistes dans l'entreprise après les lois Schiappa et Avenir – SSL n°1839 du 3 décembre 2018

Cette instauration ne va pas dans la clarté juridique, puisque la notion risque de se confondre avec de nombreuses notions du Code pénal.

Elle peut se confondre avec l'injure non publique, qui est définie comme expression outrageante ou termes de mépris, circonstance aggravante envers une personne ou un groupe à raison de leur sexe²⁸⁰. Elle peut aussi bien être assimilée au harcèlement moral, prévoyant une circonstance aggravante lorsque celui-ci est commis en raison du sexe de la victime²⁸¹. Il peut enfin être confondu avec l'article 225-1 du Code pénal, prévoyant le délit de discrimination à raison du sexe ou de l'orientation sexuelle²⁸².

Enfin on note une divergence de point de vue, dans lequel le Code pénal assimile les agissements sexistes au harcèlement sexuel, alors qu'au sein du Code du travail, ils sont séparés en deux articles distincts.

On observe donc qu'indubitablement, les réformes successives en matière de harcèlement sexuel, ne semblent pas aller vers une simplification de la notion, avec l'instauration de termes très généraux, ne semblant pas donner entière satisfaction au regard des principes de clarté, de précision de la loi, de prévisibilité et de sécurité juridique. En outre, cette sécurité juridique ne semble pas satisfaite avec la loi dite « Schiappa » du 3 août 2018 dans laquelle l'ajout de la notion d'outrage sexiste au sein du Code pénal créé de la confusion plutôt que de la clarté juridique. Il semble donc qu'une QPC soit nécessaire afin d'évaluer la clarté et la précision juridique de cette notion, qui semble nécessiter une réforme en profondeur afin de simplifier certains termes, sans ajouter de l'absence de l'ombre sur une notion déjà peu claire.

L'absence de clarté est aussi présente en matière de harcèlement moral, à l'instar du harcèlement sexuel, l'incrimination du harcèlement moral peut faire l'objet de certaines critiques.

II/ Par l'imprécision du texte d'incrimination du harcèlement moral

²⁸⁰ Article R.625-8-1 du Code pénal

²⁸¹ Articles 222-33-2 et 132-77 du Code pénal

²⁸² AUBONET Florence et RAYNAUD Emmanuelle - Le harcèlement sexuel et les agissements sexistes dans l'entreprise après les lois Schiappa et Avenir – SSL n°1839 du 3 décembre 2018.

Cette partie devra l'objet d'une étude approfondie du texte d'incrimination du harcèlement moral.

Il faudra en premier lieu, étudier le processus de validation de ce texte d'incrimination, validé notamment par les plus hautes institutions (A) mais que ce texte est critiquable au regard du principe de légalité et de la loi pénale (B)

A/ Une incrimination validée par les plus hautes institutions

Tout comme le harcèlement sexuel, le texte d'incrimination du harcèlement moral est sujet à de vives critiques depuis 2002, notamment au regard du principe de légalité des délits et des peines, imposant au législateur une certaine précision dans le texte d'incrimination.

Pourtant le texte n'a jamais été censuré et a toujours résisté aux QPC formées²⁸³. Pour autant, les juges sont parfaitement conscients des critiques adressées sur la clarté et l'intelligibilité de la loi incriminant le harcèlement moral, comme l'affirme le TGI dans le jugement du 20 décembre 2019 créant la notion de harcèlement moral institutionnel : « *Une partie de la doctrine a critiqué la clarté ou l'intelligibilité de l'énoncé légal en stigmatisant des termes trop flous, un contenu trop indéterminé et un agencement des termes abscons* »

Le Conseil Constitutionnel, dans une QPC du 12 janvier 2002²⁸⁴ valide l'article 170 de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, cependant les réserves émises par le Conseil Constitutionnel dans sa décision semble aussi flou que les termes de la loi²⁸⁵.

La Cour de cassation a, elle, exercé son contrôle de conventionalité de la loi, et l'a déclaré conforme à la Convention européenne des droits de l'Homme. Dans un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 25 octobre 2011²⁸⁶ celle-ci déclare l'article 222-33-2 du Code pénal conforme à l'article 7 de la CEDH, en ce sens elle expose :

²⁸³ GAMET Laurent – Propos critiques sur la pénalisation du « harcèlement institutionnel » - SSL n°1895, 17 février 2020

²⁸⁴ Cons.const. n° 2001-455 DC, 12 janv. 2002

²⁸⁵ GAMET Laurent – Critique du droit pénal du travail – Dr. soc 2014, p.446

²⁸⁶ Cass, soc, 25 octobre 2011, n°10-87.181

« l'infraction de harcèlement moral prévue par l'article 222-33-2 du code pénal est clairement et précisément définie, dès lors que ce texte, qui réprime la répétition intentionnelle des actes ayant eu pour but ou pour effet une dégradation des conditions de travail, exige que ces actes soient de nature à porter atteinte aux droits et à la dignité de la personne, à altérer sa santé ou à compromettre son avenir professionnel »

D'où il suit que l'article 222-33-2 précité n'est pas incompatible avec les dispositions conventionnelles invoquées et que le moyen doit, en conséquence, être écarté »

Elle considère donc que la définition du texte d'incrimination du harcèlement moral est suffisamment claire et précis et conforme à l'article 7 de la CEDH relatif à la légalité des peines. Cette définition du harcèlement moral a même résisté aux demandes de QPC, toutes rejetées par la Cour de cassation, considérant que la question n'est ni nouvelle, ni sérieuse et que la loi définit de manière claire et précise les éléments constitutifs du harcèlement moral.

Sans changement de position de la Cour de cassation, cette définition du harcèlement moral, présente dans le Code pénal semble avoir de beaux jours devant elle, alors qu'en toute vraisemblance, le caractère clair et précis du texte d'incrimination est discutable et critiquable, notamment au regard du principe à valeur constitutionnelle de clarté de la loi²⁸⁷.

B/ Une incrimination critiquable au regard du principe de légalité

Dans sa décision précitée de 1981, le Conseil Constitutionnel expose « la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire ». C'est donc ce principe qui doit guider le législateur lorsqu'il rédige un texte de loi, celui-ci doit être le plus clair possible. La chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle de ce principe de prévisibilité de la loi et de clarté : « La possibilité pour chacun d'apprécier par avance la légalité de son comportement touchant à l'exercice des libertés essentielles, implique une formulation particulièrement rigoureuse des incriminations et ne saurait résulter que de définitions légales claires et précises »²⁸⁸

²⁸⁷ Cons. const., 19 et 20 janv. 1981, n° 80-127 D

²⁸⁸ Cass, crim, 20 fev. 2001, 98-84.846

Au regard de nos futurs développements, il sera nécessaire de constater que le Conseil Constitutionnel et la Cour de cassation opèrent un contrôle d'une faible intensité et laissent perdurer des textes, qui ne semblent pas remplir ces conditions de clarté et de prévisibilité²⁸⁹.

L'article 222-33-2, issu de la loi du 4 août 2014, du Code pénal définit le harcèlement de la façon suivante : « *Le fait de harceler autrui par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende* »

On peut préciser qu'en premier lieu, la loi de 2014 a supprimé la mention « d'agissement » au profit de termes plus clairs : « propos ou comportement », termes plus éloquents et clairs, comprenant que le harcèlement moral peut résulter de gestes déplacés, propos injurieux outranciers, commis de manière répétée.

Le terme d'atteinte aux droits pose plus de problème. De quels droits parle-t-on ici ? Le Conseil Constitutionnel dans sa décision de 2002 est venu donner la raison pour laquelle ces droits n'étaient pas précisés : « *si {le code pénal} n'a pas précisé les « droits » du salarié auxquels les agissements incriminés sont susceptibles de porter atteinte, il doit être regardé comme ayant visé les droits de la personne au travail, tels qu'ils sont énoncés à l'article {L.1121-1} du code du travail ; que, sous cette réserve, doivent être rejetés les griefs tirés tant du défaut de clarté de la loi que de la méconnaissance du principe de légalité des délits* »²⁹⁰

Le Conseil Constitutionnel renvoie à l'article L.1121-1 du Code du travail pour connaître les droits auxquels le harcèlement peut porter atteinte, cet article précise que ce sont les « droits des personnes », ce qui n'apporte aucune indication sur les droits dont le harcèlement moral peut porter atteinte.

La dernière problématique rendant flou le texte d'incrimination, est celui de la notion de dignité. La notion de dignité est un concept, flou souvent critiqué par la doctrine²⁹¹, dans laquelle cet auteur ne parle pas de principe fort, mais de concept mou. C'est une notion purement subjective,

²⁸⁹ GAMET Laurent – Critique du droit pénal du travail – Dr. soc 2014, p.446

²⁹⁰ Cons.const, 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC

²⁹¹ BERTRAND Mathieu – La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? – D. 1996, p.282

dont il est difficile d'évaluer les contours, rendant ainsi l'élément matériel de l'infraction difficilement appréciable et palpable. Comment appréhender ce qui résulte ou non d'une atteinte à la dignité ? Cette notion laisse donc la plus grande place à l'appréciation souveraine des juges du fond, et fait donc ressortir l'absence de prévisibilité de la loi pénale.

La doctrine a tout de même tenté de définir ce qu'ils entendaient par dignité humaine, Patrice ADAM a tenté de définir de ce qu'il entendait par dignité : *« elle désignerait d'abord la dignité de la personne humaine (dignité- humanité) interdisant qu'elle ne soit traitée comme une simple chose (harcèlement-réification). Elle signifierait ensuite que l'honneur de la personne, la considération qui lui est due (dignité-individualité), ne soit pas dégradé (harcèlement-déconsidération). En ce second sens, la dignité se réfère « au respect, à l'estime de soi et à l'amour-propre d'une personne »*²⁹²

Il en ressort une définition tout aussi floue, difficilement appréhendable pour les profanes du droit. Notamment que la définition par le Conseil Constitutionnel de la dignité humaine, fait référence au régime Nazi et à sa barbarie, celui-ci définissait le dignité humaine ainsi : *« Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés »* ; qu'il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle »²⁹³, ici le Conseil fait référence au préambule de la Constitution de 1946, qui avait donné cette définition de la dignité.

Cette définition semble donc difficilement applicable aux faits de harcèlement moral. C'est pourquoi il serait souhaitable d'avoir une définition moderne de ce que l'on entend par l'atteinte à la dignité, comme ce qu'a initié le professeur Adam avec les trois types de dignité dégagés.

Au regard des termes flous, le principe de clarté et d'intelligibilité de la loi ne semble pas pleinement satisfaits, tant les termes sont généraux, exempts de précisions. Il serait donc souhaitable d'avoir une nouvelle définition du harcèlement moral, au sein du domaine pénal

²⁹² ADAM Patrice – Pour une nouvelle définition du harcèlement moral au travail –Dr. soc, 2020, p.249

²⁹³ Cons. const, 1^{er} août 2013, n°2013-674 DC

comme du domaine civil, bien plus précise respectant pleinement le principe de légalité des peines²⁹⁴.

Section 2 : L'absence de clarté de la notion

La notion de harcèlement et d'agissement a fait l'objet de nombreuses études par la doctrine, mais aussi de nombreuses critiques, notamment par l'absence d'évolution de la notion, considérée comme délaissée (I) mais cette notion a aussi fait l'objet de nombreuses tergiversations (II) concernant la définition de cette notion.

En effet, cette notion primordiale dans notre société actuelle, semble peu précise et doit faire l'objet d'une réforme incontestable.

I/ Une notion délaissée juridiquement

Cette notion semble délaissée juridiquement, alors que celle-ci est indéniablement de notre temps. C'est pourquoi il faudra démontrer l'idée d'une réforme nécessaire de la notion de harcèlement moral(A), notamment pour une meilleure intelligibilité et clarté de la loi, et notamment de fixer des principes dégagés par la jurisprudence au sein du texte de loi.

Cependant, cette notion est éclatée (B), en cause de nombreuses notions juridiques connexes qui ont tendance à se confondre avec ces notions de harcèlement, et notamment avec la notion de risques psycho-sociaux, qui parfois se confondent avec les notions de harcèlement et agissements sexistes.

A/ Une réforme nécessaire de la définition du harcèlement moral

Comme démontré précédemment, la notion de harcèlement moral est de moins en moins intelligible et clair, laissant une grande appréciation aux juges du fond. C'est pourquoi pour de plus sécurité juridique il serait nécessaire d'établir une nouvelle définition du harcèlement moral.

²⁹⁴ Ainsi que les principes de clarté et sécurité juridique concernant le domaine social

Patrice Adam, dans une revue intitulée « pour une nouvelle définition du harcèlement moral » propose une définition nouvelle du harcèlement moral :

« Sont constitutifs d'un harcèlement moral, les agissements répétés ou les actes uniques à effet délétère répété commis, sur une période même courte, à l'égard d'un ou de plusieurs salariés nommément identifiés, qui, en dégradant les conditions de travail, portent volontairement et objectivement atteinte à son ou à leur identité personnelle ou professionnelle, à sa ou à leur dignité, ou qui créent volontairement un environnement de travail intimidant, avilissant, hostile ou offensant.

Constituent un harcèlement moral managérial, les pratiques ou méthodes de gestion du personnel dès lors qu'elles se manifestent pour un ou plusieurs salariés déterminés par des agissements de harcèlement moral.

Constituent un harcèlement moral institutionnel, les agissements de harcèlement moral qui visent une collectivité de salariés et qui sont rattachables à une politique d'entreprise, soit parce qu'ils procèdent de cette politique, soit parce qu'ils en sont une conséquence prévisible »²⁹⁵.

Ce qui frappe quand on lit cette définition, c'est le triptyque proposé par le professeur. Celui-ci propose de distinguer le harcèlement moral, du harcèlement managérial, du harcèlement institutionnel. Celui-ci a donc pour objectif d'intégrer au cadre juridique du harcèlement, deux autres types de harcèlements, dont les éléments constitutifs sont différents du premier. Ces deux définitions d'un harcèlement moral « particulier » a aussi un aspect pédagogique indéniable, il permettrait à tout salarié de connaître parfaitement la définition des harcèlements moraux « spéciaux ».

L'objectif de cette réécriture est notamment axé sur le fait qu'il ne faut pas confondre organisation de travail stressante et harcèlement moral, ce dernier résultant de réelles pratiques d'humiliations²⁹⁶. On peut observer que ces deux notions sont différentes, notamment par le fait que deux ANI différents ont été négociés par les partenaires sociaux, un ANI sur le stress

²⁹⁵ADAM Patrice – Pour une nouvelle définition du harcèlement moral au travail – Dr. soc, 2020, p.249

²⁹⁶ADAM Patrice – Pour une nouvelle définition du harcèlement moral au travail – Dr. soc, 2020, p.249

au travail²⁹⁷ et un ANI sur le harcèlement et les violences au travail²⁹⁸, les deux notions recouvrent des régimes juridiques différents, il serait donc contreproductif de les confondre, ce que nous démontreront dans cette seconde partie.

Enfin préciser la notion de harcèlement moral au travail, permettra dans un premier temps une grille de lecture complète pour les juges du fond²⁹⁹ de ce que recouvre réellement cette notion, dans un second temps, du fait de sa précision, elle pourra de « *donner des limites précises* » à la notion, permettant aux salariés de s'échapper des « barèmes Macron », en s'appuyant sur un texte clair, et obtenir la nullité de la sanction subie.

Enfin, cette réforme est souhaitable et indispensable pour une raison principale : **celle de l'obligation d'agissements répétés**. En effet, il serait souhaitable d'uniformiser les définitions de harcèlement sexuel et harcèlement moral, à savoir la possibilité de ne prouver qu'un seul fait, ayant eu « un effet délétère de longue durée » ou pour le harcèlement sexuel « *d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle* »

Actuellement, la jurisprudence refuse de reconnaître un fait unique, comme étant constitutif de harcèlement moral³⁰⁰. Cependant parfois nous assistons à des aberrations juridiques, où en l'espèce un employeur n'avait pas informé son salarié du déménagement de la structure, celui-ci ayant passé deux mois dans un local ne lui permettant pas d'exécuter ses missions³⁰¹. La Cour de cassation dans un arrêt du 13 février 2013³⁰² refuse de reconnaître comme étant susceptible de constituer des actes de harcèlement moral, car le salarié ne rapporte pas d'agissements répétés de harcèlement. Un employeur qui pendant deux mois laisse son salarié dans un local quasi-désaffecté ne pourra pas être inquiété pour des faits de harcèlement moral. C'est pourquoi, la nouvelle définition proposée par le professeur Adam « les actes uniques à effet délétère répété » trouverait pleinement à s'appliquer aux faits de l'espèce. Cette nouvelle définition permettrait de supprimer cette immunité de l'employeur qui commettrait un fait isolé ayant un impact sur le long terme, de se voir coupable de faits de harcèlement moral.

²⁹⁷ Accord National Interprofessionnel sur le stress au travail du 2 juillet 2008

²⁹⁸ Accord National Interprofessionnel sur le harcèlement et la violence au travail du 26 mars 2010

²⁹⁹ Même si cette méthodologie a déjà été dégagée par la Cour de cassation

³⁰⁰ Cass. soc. 9 déc. 2009, n° 07-45.521 ; Cass. soc. 22 janv. 2014, n° 12-29.131

³⁰¹ LEBORGNE-INGELAERE Céline – les agissements répétés de harcèlement moral : le texte rien que le texte ! – JCP S n°15-16, 19 avril 2016, p.1138

³⁰² Cass, soc, 13 fev. 2013, n°11-25.828

Cette définition semble donc englober d'autres situations de harcèlement, et même permettre à un salarié subissant tous les jours un fait ayant eu une grande incidence³⁰³, de voir son préjudice réparé au titre du harcèlement moral.

Cette réforme semble aussi nécessaire par l'explosion des « risques psychosociaux » et la possible confusion avec ces risques, alors qu'ils relèvent de l'obligation de santé et sécurité de l'employeur.

B/ Une notion éclatée avec l'instauration des « risques psycho-sociaux »

Le harcèlement fait indéniablement partie de la sphère des risques psychosociaux, en ce qu'il est un risque pour la santé physique et mentale du salarié.

Cependant ce harcèlement ne saurait être confondu avec d'autres risques psychosociaux connexes, comme le stress au travail. Comme nous l'avons vu précédemment, deux ANI différents prennent en compte en premier lieu le harcèlement et les violences au travail et en second lieu le stress au travail.

Certains auteurs militent pour les dissociations de ces deux notions, Brigitte Pereira considère que « *Si le harcèlement moral fait partie de la sphère des risques psychosociaux, il ne saurait les comprendre tous ou être assimilé au stress* »³⁰⁴. Toute souffrance au travail ne peut être assimilable à des faits de harcèlement moral.

Cette auteure donne une définition du stress : « *Ce dernier doit être entendu comme le déséquilibre entre la perception qu'une personne a des contraintes que lui impose son environnement et la perception qu'elle a de ses propres ressources pour y faire face* », cependant la jurisprudence créant le concept de harcèlement moral managérial. Les juges ouvrent une porte vers la confusion entre les risques psychosociaux et le harcèlement. Pour le harcèlement managérial intentionnel, la reconnaissance du harcèlement moral managérial ne pose aucun problème, le manager a sciemment agi ainsi, sachant que ses actions créent une

³⁰³ Une brusque rétrogradation par exemple

³⁰⁴ PEREIRA Brigitte - Du harcèlement moral au harcèlement managérial- Revue française de gestion, 2013/4. p.33

situation intenable pour le salarié, mettant en danger sa santé physique et mentale. Cependant, lorsque le harcèlement managérial est non-intentionnel, qu'est-ce qui le distingue d'autres risques psychosociaux, comme le stress au travail par exemple ?, C'est toute la question qui devra être développée dans la partie suivante, cependant on peut ici s'interroger sur le risque de confusion entre harcèlement moral et devoir général de prévention.

La situation stressante au travail, ne résulte pas nécessairement d'un harcèlement moral, et c'est donc la responsabilité de l'employeur qui doit être mise en jeu, en vertu de son obligation générale de prévention. Le stress a altéré sa santé, car le manager demandait une meilleure qualité de travail, la frontière entre le harcèlement moral et le stress au travail est fine.

Ce qui est au cœur des risques psychosociaux (RPS) c'est l'obligation générale de sécurité de l'employeur. Celui-ci doit tout mettre en œuvre pour analyser les risques, et mettre tout en place afin d'éviter ce risque. Si le harcèlement n'est pas reconnu, l'employeur pourra tout de même être condamné pour son inaction, au titre de son obligation de sécurité. En effet, le harcèlement moral et l'obligation de prévention ne se confondent pas, ils peuvent donc donner à réparation même si le harcèlement moral n'est pas constitué.

Cependant, la jurisprudence précise qu'il ne faut pas confondre le harcèlement moral avec le stress au travail³⁰⁵. Une surcharge de travail trop importante ne permet donc pas de caractériser nécessairement le harcèlement.

Cependant, avec la création du harcèlement moral managérial et institutionnel (au pénal) il est permis de douter sur le futur de la notion, et notamment l'imbrication d'autres risques psychosociaux, faisant perdre toute son efficacité au harcèlement moral.

II/ Les tergiversations concernant cette notion

L'absence de clarté est causée aussi par les tergiversations dans ce domaine. Avec notamment l'intentionnalité du harcèlement, absent en matière « sociale » alors que présent en matière pénale. On peut donc regretter cette absence d'uniformisation dans la reconnaissance du

³⁰⁵ Cass, soc, 14 sept. 2010, n°09-67.087

harcèlement³⁰⁶ (A). Enfin, afin de conclure cette étude sur le harcèlement au travail et les, il faudra étudier la notion d'agissement sexiste (B), notion nouvellement créée, qui fait l'objet de questionnement dans sa définition, mais aussi dans ses similitudes potentielles avec le régime juridique du harcèlement.

A/ L'absence d'intentionnalité du harcèlement critiquable

L'arrêt du 10 novembre 2009 de la chambre sociale de la Cour de cassation vient totalement bouleverser la jurisprudence traditionnelle qui visait le caractère délibérément vexatoire de l'employeur³⁰⁷. Dès 2011 les auteurs critiquaient cette position de la Cour de cassation, en demandant de distinguer entre les environnements de travail résultant d'un management maladroit, déficitaire, toxique etc.... et le management hostile volontairement agressif qui lui est réellement constitutif de harcèlement au travail³⁰⁸. Comme le précise la formule : « *Le cas échéant, ce n'est plus l'intention malveillante d'un persécuteur que l'on condamne et qui pourtant devrait l'être, mais notre rapport à autrui selon une « éthique personnelle » laquelle mésestime parfois les contraintes de l'entreprise* ».

En effet, la jurisprudence en la matière semble sous-estimer les contraintes inhérentes à l'entreprise, qui parfois sont dans une pression constante, rejetant malgré eux cette pression sur ses salariés, qui pourrait se prévaloir d'un potentiel harcèlement moral, sans besoin de démontrer l'intentionnalité de harceler le salarié. Il serait donc aisé de croire que cette jurisprudence va dans un sens favorable aux salariés, qui ont seulement besoin d'apporter des faits laissant présumer un harcèlement moral. Cependant un management inapproprié pourrait être perçu par le salarié comme un harcèlement moral, mais les juges du fond auraient relevé l'absence d'intentionnalité et donc l'absence de harcèlement moral. Désormais, en l'absence d'intentionnalité, le juge pourra reconnaître le harcèlement moral même en l'absence d'intention, sans que l'employeur puisse arguer un contexte dans la situation de l'entreprise.

Cette solution est d'autant plus surprenante que de nombreux textes prônaient l'idée d'une intentionnalité du licenciement. L'ANI de 2010 précédemment développée, précisait que le

³⁰⁶ Tout comme on peut regretter cette absence d'uniformisation dans l'acceptation de la preuve en matière civile ou pénale.

³⁰⁷ LEDOUX Michel et EL BERRY Jamila – Un harcèlement moral « génétiquement modifié » ? – SSL n°1482 du 7 mars 2011

³⁰⁸ LEDOUX Michel et EL BERRY Jamila – Un harcèlement moral « génétiquement modifié » ? – SSL n°1482 du 7 mars 2011

harcèlement résultait d'un acte volontaire : « *Le harcèlement survient lorsqu'un ou plusieurs salariés font l'objet d'abus, de menaces ou d'humiliations répétés et délibérés* », le CES avait lui aussi émis l'idée « *les agissements répétés visant à dégrader les conditions [...] de travail [...]* »

Si le juge constate donc des faits ouvertement humiliants, ceux-ci ne peuvent que résulter de la volonté du salarié qui avait ou aurait dû avoir conscience des conséquences dommageables que son comportement a entraîné³⁰⁹

Enfin, cette intentionnalité retrouvée ne rendra pas plus difficile, pour les victimes, la tâche probatoire. Cette intentionnalité ne remet aucunement en cause le régime probatoire du harcèlement moral. Le salarié devra apporter des éléments laissant présumer des faits de harcèlement au travail, le harceleur devra justifier son comportement en apportant des raisons objectives, exempts de tout harcèlement. Soit les actes sont objectivement humiliants, alors on ne pourra pas les justifier et l'intentionnalité devra être retenue, si les actes retenus sont ambigus, le harcèlement pourra toujours découler des raisons qui ont conduit l'agresseur à accomplir ces actes³¹⁰, ne pouvant nécessairement prouver de manière convaincante que les raisons qui l'ont conduit à les commettre n'ont pas de caractère harcelant.

La réintroduction de l'intentionnalité du harcèlement est donc nécessaire afin d'éviter la confusion avec des risques psychosociaux tel que le stress, mais aussi prendre en compte certaines nécessités de l'entreprise, dont tout pouvoir autoritaire ne peut nécessairement résulter de faits de harcèlement moral. Ce retour à l'intentionnalité permettrait de poser des frontières sur ce qui résulte d'un management autoritaire et ce qui résulte d'un harcèlement moral au travail, tous deux sanctionnables sur le terrain de l'obligation générale de sécurité de l'employeur, si celui-ci n'a pas pris les mesures nécessaires.

Le flou de certaines notions semble donc générateur d'insécurité juridique, ce qui est le cas pour la notion d'agissement sexiste, qui doit faire l'objet d'une étude critique de son régime juridique.

³⁰⁹ADAM Patrice – Pour une nouvelle définition du harcèlement moral au travail – Dr. soc, 2020, p.249

³¹⁰ADAM Patrice – Pour une nouvelle définition du harcèlement moral au travail – Dr. soc, 2020, p.249

B/ Les tergiversations concernant la notion d'agissement sexiste

L'article L.1142-2-1³¹¹ donne une définition de l'agissement sexiste : « *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* ». On observe ici la reprise de certains termes contenus dans la définition du harcèlement sexuel, à savoir : « porter atteinte à la dignité » et créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant »

Cependant comme il a été vu précédemment, ces termes n'étaient pas exempts de tout reproches, en ce qu'ils sont très peu clairs et précis, permettant difficilement de comprendre ce que recouvre ces types d'environnements.

Les agissements commis, à la différence du harcèlement sexuel, n'a pas pour finalité d'obtenir une relation sexuelle, mais sont commis en raison du sexe de la personne. Cet article a donc été créé pour lutter contre le sexisme ordinaire dans les entreprises, qui peut revêtir de nombreuses formes : remarques et blagues sexistes, incivilité en raison du sexe, la police des codes sociaux du sexe, interpellation familières, fausses séductions, le sexisme bienveillant etc...³¹²

On observe donc que cette notion n'est pas un nouveau cas de discrimination (à l'inverse du harcèlement sexuel) dont le but d'obtenir une relation sexuelle n'est pas établie, mais le but sexiste des propos l'est. Cependant, la frontière entre l'agissement sexiste et le harcèlement sexuel semble ténu, la notion déterminante est l'agissement à raison du sexe de la personne et non un objectif d'obtenir une relation sexuelle³¹³.

L'agissement sexiste a son corolaire en droit pénal, à savoir l'outrage sexiste³¹⁴. Il est défini à l'article 621-1 du Code pénal, et permet pour le salarié de faire sanctionner le salarié pour son comportement sexiste au travail.

³¹¹ Issu de la loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi

³¹² GRESY Brigitte et BECKER Marie pour le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes – *Le sexisme dans le monde du travail : entre déni et réalité* – 6 mars 2015, n°2015-01

³¹³ LEBORGNE INGELAERE Céline – *Harcèlement, agissement sexiste et stress au travail* – Jurisclasseur Travail Traité, 14 novembre 2018 (dernière mise à jour : 17 mai 2021)

³¹⁴ AYACHE-REVAH Isabelle – *Sexiste, vous avez dit sexiste* – Lamy, les Cahiers du DRH n°260, 1^{er} janvier 2019

Cependant on peut regretter la grande confusion que créent tous ces termes. L'article 222-33 du Code pénal incriminant le harcèlement sexuel prévoit, à côté de la notion de connotation sexuelle, celle de « connotation sexiste ». Ainsi, comment faire la différence entre l'agissement sexiste ou l'outrage sexiste et le harcèlement sexuel prévu au sein du Code pénal, tous les trois prévoyant des comportements à connotation sexiste.

Cette absence de clarté dans la définition de l'agissement sexiste crée un sentiment d'insécurité juridique³¹⁵, c'est pourquoi certains auteurs comptent donc sur la jurisprudence pour dresser un tableau et une ligne claire de ce qui relève du harcèlement sexuel et des agissements sexistes, la confusion n'étant pas permise tant les conséquences sont différentes.

Enfin, on peut regretter que la charge probatoire de la notion d'agissement sexiste ne soit pas alignée sur celle des discriminations ou du harcèlement moral et sexuel, allégeant la charge de la preuve, mesure favorable aux victimes. La preuve de l'agissement sexiste est donc soumise aux règles du droit commun. Cette difficulté à apporter la preuve de ces agissements, risque de décourager les victimes de harcèlement, ce contentieux ne pouvant difficilement prospérer, puisque ce sont en effet les notions de harcèlement moral et sexuel qui semble cristalliser tout ce contentieux.

³¹⁵LEBORGNE-INGELAERE Céline –*Harcèlement sexuel et agissements sexistes au travail : la sortie de l'immobilisme* » – JCP S n° 10 – 8 mars 2019 – p. 1072

CONCLUSION

Lors de nos développements, on a donc pu observer que le législateur a mis en place un important dispositif juridique permettant de lutter contre le harcèlement et les agissements sexistes, en donnant pouvoir à un grand nombre d'acteurs dans la prévention, la formation et la sanction de ces comportements.

Les réformes successives ont donc mis l'accent sur la prévention de ces comportements, avec notamment l'instauration d'un référent harcèlement sexuel et agissements sexistes, mais aussi avec l'obligation générale de prévention de l'employeur, qui doit tout mettre en œuvre pour éviter la réalisation du risque. Enfin, l'accent est aussi mis sur l'obligation de sanction de ces comportements facilitée par une jurisprudence favorable aux victimes, mais aussi à l'employeur, sauf à ce qu'il soit fautif et a contribué par son inaction à faire perdurer les faits de harcèlement.

Cependant, ces éléments semblent désuets aujourd'hui, et le temps de repenser ces notions est venu. L'élément principal est l'admissibilité des preuves déloyales, notamment des enregistrements clandestins. Dans les développements, nous avons démontré que ces preuves devaient être acceptées en justice, que ce soit au niveau national comme international, de nombreux auteurs démontrent la possibilité d'accueillir ce genre de preuves, c'est pourquoi il sera souhaitable que l'admissibilité de la preuve soit alignée entre la matière civile et pénale, pour plus de cohérence juridique. L'arrêt de 2021 commenté précédemment, ouvre peut-être la voie à cette prise en considération.

Les changements nécessaires sont aussi celui de la définition elle-même de harcèlement, comme on l'a vu, les termes trop imprécis et difficilement intelligibles ne permettent pas une parfaite satisfaction de l'obligation de clarté de la loi et de sécurité juridique. La notion doit dès lors être simplifiée et clarifiée, permettant une meilleure compréhension de ce qui peut relever du harcèlement ou non.

La clarification doit venir aussi par l'évolution jurisprudentielle en matière d'intentionnalité. La jurisprudence actuelle, en ne retenant pas l'intentionnalité comme élément déterminant, crée

de la confusion avec les autres formes de risques psychosociaux, et notamment le stress au travail.

De nombreux auteurs militent pour une réforme en profondeur de ces notions, espérons un changement rapide pour plus clarté juridique.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux (ordre alphabétique)

CREVISIER C., *Mémento social*, éd Francis Lefebvre, 2020

Ouvrages spéciaux (ordre alphabétique)

ABOUT C., AYACHE A., *Comment l'employeur doit-il organiser la lutte contre les harcèlements moral et sexuel ?* èd Lamy Santé, sécurité et conditions de travail au quotidien, mars 2021

ABOUT C., AYACHE A., *Qu'est-ce que le harcèlement moral*, éd Lamy Le Lamy Social, mars 2021

ADAM P., *Harcèlement sexuel et mécanisme de prévention*, éd Dalloz Répertoire de droit du travail, 2019

ADAM P., *Harcèlement moral au travail*, éd Dalloz Répertoire du droit du travail, octobre 2019

ARANDEL C., BARTHELEMY J., *Harcèlement : Prérogative du CSE et des services de santé au travail*, èd Lamy, Le Lamy Social, mars 2021

BEAUCOMONT M., BEZIZ-AYACHE A., *Champ d'application du mécanisme spécifique de l'administration de la preuve du harcèlement moral*, èd Lamy Le Lamy Droit pénal des affaires, novembre 2020

LEBORGNE-INGELAERE C., *Harcèlement, agissement sexiste et stress au travail*, Travail Traité, Fasc. 20-50

LEFRANÇOIS F., LE PETITCORPS K., ROURE A., *Quelles sont les obligations de l'employeur en matière de prévention du harcèlement moral ou sexuel ?*, éd Lamy Droit du travail au quotidien, 22 juillet 2021

LEPETITCORPS K., *comment sont définis le harcèlement moral et sexuel*, éd Lamy Droit du travail au quotidien, octobre 2020

LEROUGE L., *Droit des risques psychosociaux au travail : Régime de la prévention des risques psychosociaux en droit du travail*, éd Dalloz Répertoire de droit du travail, avril 2021

MOULY J., SAVATIER J., *Droit disciplinaire : faute disciplinaire*, èd Dalloz Répertoire de droit du travail, février 2019

PORTA J., *La réalisation du droit communautaire*, préf. A. Lyon-Caen, Fondation Varenne, 2008, tome II, pp. 853 et s

Articles (ordre alphabétique)

ADAM P., *Harcèlement moral : la place (incontournable) de l'intention malveillante De l'intérêt d'une lecture combinée des articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du Code du travail*, SSL n°1404, 15 juin 2009

ADAM P., *Sur le délit de harcèlement moral institutionnel.*, SSL n°1925, 19 octobre 2020

ADAM P., *Harcèlement et contrôle de qualification Nouveau régime de « liberté surveillée »*, SSL n°1727 du 13 juin 2016

ADAM P., *Pour une nouvelle définition du harcèlement moral au travail.*, Dr. soc 2020, p.249

ANDRH, *prévenir le harcèlement au travail : repère pour les RH*, JCP S n°5, 5 février 2019

AUBONNET F., RAYNAUD E., *Le harcèlement sexuel et les agissements sexistes dans l'entreprise après les lois Schiappa et Avenir*, SSL, 3 déc. 2018, n° 1839

AYACHE-REVAH I., *Sexiste, vous avez dit sexiste* Revue les Cahiers du DRH n°260, 1^{er} janvier 2019

BARBIER H., *Existe-t-il un numerus clausus des vices du consentement ?* RTD civ. 2019, p.321

BECKERS M., *La licéité des enregistrements clandestins en matière de harcèlement sexuel*, SSL, 8 juin 2015

BECKERS M., *Le harcèlement sexuel doit être sanctionné plus lourdement*, SSL n°1839, 3 décembre 2018

BERTRAND M., *La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ?* D. 1996, p.282

CLAVIERE J., KRAUS F., *Deux ans après #metoo : les violences sexistes et sexuelles au travail en Europe*, Fondation Jean Jaurès, octobre 2019

CLOAREC-MÉRENDON A., DE CASTELBAJAC M., *Harcèlement et discrimination*, Revue Lamy droit des affaires, n° 100, 1er janvier 2015

CORRIGNAN-CARSIN D., *Validité d'une enquête menée sans information ni audition du salarié suspecté de harcèlement moral*, JCP S n°14, 6 avril 2021, p.376

CORRIGAN-CARSIN D., *Dénonciation de faits de harcèlement moral : limite de la protection*, JCP S n° 17-18, 24 avril 2012, p.1195

DAUXERRE L., *Le référent CSE en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexiste*, JCP S n° 10, 10 mars 2020, p. 1060

EL BERRY J., *Statut et missions du référent harcèlement sexuel du CSE et de celui de l'employeur*, Les Cahiers Lamy du CSE, n° 209, 1er décembre 2020

LEDOUX M., EL BERRY J., *Un harcèlement moral « génétiquement modifié » ?* SSL n°1482, 7 mars 2011

GAMET L., *Propos critiques sur la pénalisation du « harcèlement institutionnel »*, SSL n°1895, 17 février 2020

GAMET L., *Critique du droit pénal du travail*, Dr. soc 2014, p.446

GAYET C., *Prohibition des enregistrements clandestins : non renvoi de la QPC*, Dalloz actualité, 6 février 2014

GUILLON C., THIBAUD O., *Gérer une situation de souffrance au travail*, Les Cahiers du DRH, n°245, 1er septembre 2017

HALIMI G., PACOTTE P., *Modification de la nature du contrôle opéré par la Cour de cassation en matière de harcèlement moral*, JSL n°415, 5 septembre 2016

HAUTEFORT M., *Face au harcèlement l'employeur a un devoir de prévention, non de réaction*, JSL n°386, 27 avril 2015

HAUTEFORT M., *En cas de harcèlement, la responsabilité délictuelle du salarié peut être engagée*, JSL n° 447, 9 février 2018

LEBORGNE-INGELAERE C., *Harcèlement moral : la méthodologie en deux temps imposée aux juges du fond*, JCP S n° 44, 30 octobre 2012, p.1462

LEBORGNE-INGELAERE C., *Harcèlement sexuel = Faute grave*, JCP S n°26, 26 juin 2012 p.1283

LEBORGNE-INGELAERE C., *Prise d'acte et harcèlement : la confirmation d'une inflexion nécessaire mais délicate de la Cour de cassation*, JCP S n°27, 7 juillet 2015, p.1254

LEBORGNE-INGELAERE C., *L'obligation pour le salarié de qualifier le harcèlement*, JCP S n°45, 14 novembre 2017, p.1359

LEBORGNE-INGELAERE C., *Les agissements répétés de harcèlement moral : le texte rien que le texte !* JCP S n°15-16, 19 avril 2016, p.1138

LEBORGNE-INGELAERE C., *Harcèlement : Les obligations renforcées en matière de lutte contre le harcèlement sexuel*, JCP S n°39, 2 octobre 2018, p.1311

LEBORGNE-INGELAERE C., *Harcèlement sexuel et agissements sexistes au travail : la sortie de l'immobilisme*, JCP S n°10, 8 mars 2019, p. 1072

LEBORGNE-INGELAERE C., *Dénonciation de harcèlement au travail et appréciation de la mauvaise foi*, JCP S n°46, 17 novembre 2020, p.3077

LEBORGNE-INGELAERE C., *Harcèlement sexuel au travail : absence d'élément intentionnel et autorité de la chose jugée au pénal*, JCP S n°24, 16 juin 2020, p.2048

LEBORGNE-INGELAERE C., *Enquête et loyauté de la preuve dans un contexte de harcèlement au travail*, JCP S n°23, 8 juin 2021, p.1148

LHERNOULD JP., *Du droit à l'immunité liée à la dénonciation de faits de harcèlement moral*, SSL n°1802, 12 février 2018

LHERNOULD JP., *Portée devant le CPH de la décision du juge pénal de relaxe de l'employeur des fins de poursuite de harcèlement sexuel*, JSL n°499, 8 juin 2020

LHERNOULD JP., *Harcèlement sexuel : précisions sur le régime probatoire et le contrôle exercé par la Cour de cassation*, JSL n°505, 12 octobre 2020

LOISEAU G., *Le harcèlement moral ne vicie pas en soi le consentement*, JCP S n°8, 26 février 2019, p.1057

MOULY J., *La nouvelle jurisprudence sur la prise d'acte à l'épreuve du harcèlement moral ou sexuel*, Dr. soc, 2015, p.384

MOULY J., *L'assouplissement de l'obligation de sécurité en matière de harcèlement moral*, JCP G, n°28, 11 juillet 2016, p.822

MOULY J., *Résiliation conventionnelle, harcèlement moral et vice de violence : l'exclusivisme du droit commun*, Dr. soc 2019, p.268

PEREIRA B., *Du harcèlement moral au harcèlement managérial*, Revue française de gestion, 2013/4. p.33

PREPIN P., *Harcèlement sexuel et obligation de prévention se côtoient mais ne se confondent pas*, JSL n°505, 12 octobre 2020

SIRO J., *Harcèlement moral et discrimination : office du juge*, Dalloz Actualité, 19 juin 2012

, *Nouvelles précisions sur l'obligation de prévention du harcèlement*, SSL n°1566, 7 janvier 2013

WOLMARK C., *La preuve en droit du travail : Essai de synthèse*, Droit ouvrier n°789, avril 2014

WURTZ E., *Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation : l'obligation de sécurité de l'employeur*, D. 2016

Rapports et communications (ordre chronologique)

Rapp. Cour de cassation 2004, La Documentation française, 2005, p. 215

Délibération du défenseur des droits n°2005-77 relative au harcèlement sexuel, 28 novembre 2005

Projet de loi de finances, extrait du bleu budgétaire de la mission : Travail et emploi, 2006

Enquête IFOP pour le Défenseur des droits, *enquête sur le harcèlement sexuel au travail*, mars 2014

Rapport du Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, *Le sexisme dans le monde du travail : entre déni et réalité*, n°2015-01, 6 mars 2015, Avis du défenseur des droits n°16-16, 3 juin 2016

Etude de l'IFOP, *les françaises face au harcèlement sexuel au travail, entre méconnaissance et résignation*, 28 février 2018

Etude de l'IFOP pour la fondation Jean Jaurès, *Metoo deux ans après....*, octobre 2019

Rapport annuel d'activité du Défenseur des droits pour l'année 2019, 4 décembre 2019

Projet de loi de finances pour 2020, Mission travail emploi, 2020

Rapport annuel d'activité du Défenseur des droits pour l'année 2020, 18 mars 2021

Sites internet

La moitié des adolescents dans le monde sont victimes d'actes de violence à l'école et aux abords de l'école lien URL consulté: <https://www.unicef.fr/article/la-moitie-des-adolescents-dans-le-monde-sont-victimes-d-actes-de-violence-l-ecole-et-aux> (consulté le 15/06/2021 à 20h00)

BALDECK M., *Condamnation prud'homale de l'employeur pour harcèlement sexuel après une relaxe au pénal : la Cour de cassation lâche enfin du lest* 15 avr. 2020. Lien URL consulté : <https://www.avft.org/2020/04/15/articulation-penal-social/> (consulté le 23/07/2021 à 15h30)

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	2
SOMMAIRE	3
LISTE DES ABREVIATIONS.....	4
INTRODUCTION	6
Titre 1: L’efficacité apparente des textes réprimant le harcèlement et les violences sexistes	14
Chapitre 1 : Les acteurs impliqués dans la prévention du harcèlement	15
Section 1 : Les acteurs intervenant de manière secondaire dans la prévention.....	16
I/ Les acteurs extérieurs à l’entreprise	16
A/ Le Défenseur des Droits comme accompagnant des victimes	16
B/ Les associations intervenant dans la prévention des violences	19
II/ Les acteurs du contrôle de l’action de l’action de l’employeur	22
A/ Le médecin du travail comme acteur du constat des violences au travail....	22
B/ L’administration du travail	25
Section 2 : Les acteurs principaux de la lutte contre le harcèlement au travail.....	29
I/ L’employeur acteur principal dans la prévention.....	30
A/ Un acteur privilégié par la loi.....	30
B/ Une obligation d’agir et de sanctionner	34
II/ Les institutions représentatives du personnel	37
A/ Le CSE comme acteur de proximité pour les victimes de violence au travail	37
B/ La négociation comme nouvel acteur primordial dans la prise en compte du harcèlement au travail	41
Chapitre 2 : La justice impliquée dans la constatation et la sanction du harcèlement	46
Section 1 : La jurisprudence favorable aux victimes.....	47
I/ Une possibilité étendue de voir son préjudice réparé.....	47
A/ La possibilité pour l’employeur de voir son préjudice réparé.....	47
B/ L’absence d’intentionnalité du harcèlement.....	51
II/ Les principes juridiques détournés	54
A/ L’absence d’autorité de la chose jugée au civil.....	54
B/ La mise à mal du principe de vie personnelle de l’harcéleur et de la présomption d’innocence	57
Section 2 : L’office du juge strictement défini par la jurisprudence	60
I/ L’obligation de prendre en compte tous les éléments présentés par la victime ...	60
A/ L’obligation d’apprécier les faits matériellement établis	60
B/ le pouvoir souverain des juges du fond dans l’appréciation des faits	63

II/	Le revirement continué dans la latitude laissée aux juges du fond	64
A/	La liberté d'appréciation laissée aux juges du fond	64
B/	La liberté des juges sous surveillance de la Cour de cassation	66
Titre 2:	L'efficacité des textes en réalité amoindrie.....	69
Chapitre 1 :	Une efficacité amoindrie par le juge	70
Section 1 :	L'absence de prise en compte de certains moyens de preuve	70
I/	Les moyens de preuve considérés comme déloyaux par les juges	71
A/	L'absence de prise en compte des enregistrements clandestins	71
B/	La dissonance d'admission de la preuve au civil et au pénal	73
II/	La nécessaire prise en compte de ces moyens de preuve	75
A/	La nécessaire prise en compte rappelée au niveau national	76
B/	La nécessaire prise en compte rappelée au niveau européen	78
Section 2 :	L'absence de clarté dans la position des juges	80
I/	La dissonance des juges sur la dénonciation des faits de harcèlement	80
A/	Sur la protection des dénonciateurs.....	80
B/	L'obligation de citer la notion de harcèlement.....	82
II/	Des modes de rupture du contrat de travail inadaptés.....	84
A/	La prise d'acte du contrat de travail	85
B/	La rupture conventionnelle.....	87
Chapitre 2 :	Une efficacité amoindrie par les textes	89
Section 1 :	Une confusion par les termes des textes.....	89
I/	Par l'absence de clarté dans la multitude des types de harcèlement	90
A/	Une reconnaissance controversée du harcèlement moral institutionnel.....	90
B/	Une imperfection dans la définition du harcèlement sexuel	92
II/	Par l'imprécision du texte d'incrimination du harcèlement moral	94
A/	Une incrimination validée par les plus hautes institutions	95
B/	Une incrimination critiquable au regard du principe de légalité.....	96
Section 2 :	L'absence de clarté de la notion	99
I/	Une notion délaissée juridiquement	99
A/	Une réforme nécessaire de la définition du harcèlement moral	99
B/	Une notion éclatée avec l'instauration des « risques psycho-sociaux ».....	102
II/	Les tergiversations concernant cette notion	103
A/	L'absence d'intentionnalité du harcèlement critiquable	104
B/	Les tergiversations concernant la notion d'agissement sexiste	106
CONCLUSION		108
BIBLIOGRAPHIE		110
TABLE DES MATIERES		115

