

UNIVERSITE DE LILLE 2
FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ET SOCIALES

Le sexe élément de la dignité du salarié

Mémoire de DEA de Droit social
Présenté par Demont Frédéric

sous la direction de M. le professeur B. BOSSU

SOMMAIRE

INTRODUCTION	p.3
CHAPITRE I . LE SEXE DU SALARIE : ELEMENT RECONNU DE L'HUMANITE DE L'HOMME.	p.13
SECTION 1. DE LA DIGNITE DE LA PERSONNE HUMAINE AU HARCELEMENT SEXUEL.	p.15
SECTION 2. DE LA DIGNITE DE LA PERSONNE HUMAINE A LA DISCRIMINATION.	p.38
CHAPITRE II : LES VIRTUALITES DE LA RECONNAISSANCE DU SEXE DU SALARIE COMME HUMANITE DE L'HOMME.	p.60
SECTION 1. VERS UNE ADAPTATION DU REGIME JURIDIQUE.	p.62
SECTION II. VERS UN ELARGISSEMENT DU CHAMP D'APPLICATION.	p.75
CONCLUSION	p.92

TABLE DES ABREVIATIONS

Bull : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation

CA : Cour d'appel

Cass : Cour de cassation

CE : Communauté Européenne

CFDT : Confédération Française des Travailleurs

CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes

Ch : Chambre

Civ : Civil(e)

JCP : Semaine Juridique entreprise ou générale

JOCE : Journal Officiel des Communautés Européennes

JO(RF) : Journal Officiel de la République Française

n° : Numéro

p° : Page

RPDS : Revue Pratique de Droit Social

Soc : Social(e)

TPS : Travail et Protection Sociale

INTRODUCTION

Comme le souligne Philippe PEDROT : « La notion de dignité est dans l'air du temps. Délaissée hier, on l'invoque constamment aujourd'hui. Dignité des exclus et dignité des travailleurs. Dignité des sans logis et dignité des sans voix. Dignité des malades et dignité des mourants...Dignité, dignité, j'écris ton nom, pourrait-on proclamer, paraphrasant le poème de Paul Eluard »¹.

Pour dénoncer une mesure prise à leur rencontre, les salariés n'hésitent plus aujourd'hui à dénoncer, lors d'une grève, une atteinte à leur dignité car ces derniers « se battent pour leur dignité »². La presse écrite mais aussi les journaux télévisés ne cessent de dénoncer telle ou telle atteinte à la dignité de la personne humaine qu'il s'agisse comme nous venons de l'évoquer d'une grève mais aussi de conditions d'hébergement, de traitement...

C'est un fait, la dignité a fait son entrée dans notre vocabulaire contemporain et on l'emploie dans de multiples domaines et à propos de nombreuses choses, mais malheureusement pas toujours à bon escient. C'est pour cela qu'une réflexion sur la dignité ne peut commencer sans analyser ce que contient cette notion de dignité, et sans au préalable rappeler les origines d'un tel concept.

La dignité de la personne humaine est historiquement parlant un concept religieux et philosophique :

En effet, « l'affirmation de la dignité de la personne humaine trouve son origine dans la religion »³, qui encourage au respect de l'homme en tant que reflet de l'image de

¹ La dignité de la personne humaine : principe consensuel ou valeur incantatoire ?, Philippe PEDROT, Mélanges Christian BOLZE : « Ethique, droit et dignité de la personne », Economica, 1999, p°XI.

² Libération, 10 février 1995, pour les employés du buffet de la gare Saint-Lazare à Paris.

³ Bernard BOSSU, Collection Lamy Droit civil – Lamy Droit des personnes et de la famille, Mai 2000, p°208-1.

Dieu, son créateur : « L'homme est créé à l'image et à la ressemblance de Dieu »⁴. Pour Jean-Marie LUSTIGER, cardinal et Archevêque du diocèse de Paris : La dignité de la personne humaine, de toute personne humaine, a son fondement dans cette définition biblique de l'homme. »⁵.

Mais, l'origine de la dignité peut aussi être retrouvée dans la philosophie. KANT affirme ainsi que : « la dignité de la personne humaine est une valeur intérieure absolue par laquelle l'homme force au respect de lui-même comme de toutes les autres créatures raisonnables (c'est à dire tous les autres êtres) »⁶. Aussi, comme le souligne Olivier de TISSOT : « cette affirmation ne sera pas sans conséquence sur la conception que les juristes pourront se faire de la nature du droit à la dignité, droit de nature absolue »⁷. Toujours selon KANT : « L'homme est responsable de l'humanité en sa propre personne »⁸. Quant à PASCAL, il estime que : « Toute la dignité de l'homme est en la pensée. Mais qu'est-ce que cette pensée ? » ; « L'homme est visiblement fait pour penser, c'est toute sa dignité et son mérite »⁹.

Toutefois, on a actuellement redécouvert la notion de dignité de la personne humaine. Cela résulte de deux phénomènes majeurs : la barbarie nazie et la bio médecine, autrement dit, le progrès des sciences.

Au vu des atrocités commises pendant la seconde guerre mondiale par les nazis, certaines minorités s'étaient vues exclues de l'humanité et considérées comme des 'sous hommes' par les partisans d'une telle idéologie. Il y avait donc ici véritablement négation de leur appartenance à l'humanité pendant ce terrible conflit. Certains avaient alors essayé de créer l'homme parfait, c'est le mythe du 'sur homme'.

La bio médecine quant à elle, s'est bien développée depuis la seconde guerre mondiale, et est en plein essor actuellement. Les polémiques nées de la brevetabilité du

⁴ Genèse 1, 26.

⁵ Jean-Marie LUSTIGER, Cardinal, Archevêque du diocèse de Paris, Recueil Dalloz Sirez, 1995, Chronique, p°9.

⁶ R. EISNER, « Kant-Lexikon », Gallimard, 1994, P°280.

⁷ Olivier de TISSOT, « Pour une analyse juridique du concept de dignité du salarié, Doit Social n°12, décembre 1995.

⁸ E. KANT, Métaphysique des mœurs, première partie.

⁹ PASCAL, Pensées, édition Brunschwig.

génomique humaine ou encore le retentissement provoqué par le clonage de la célèbre brebis 'dolie', et sa possible application sur l'homme peuvent en attester suffisamment.

Ces deux événements ont entraîné la nécessité pour l'homme de se protéger par rapport à son appartenance à l'humanité entière. Aussi, de nombreux textes internationaux entreprirent une véritable mission de protection de la dignité de la personne humaine. Citons par exemple la déclaration de Moscou du 3 octobre 1943 et la charte des Nations unies du 26 juin 1945, signée à San Francisco. Cette dernière affirmant dans son préambule : « Nous, peuples des Nations Unies résolus (...) à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine ».

Lors du sommet de Nice des 7 et 8 décembre 2000, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a été solennellement proclamée, conjointement par le Parlement européen, la commission et le Conseil. Cette charte indique dans son chapitre 1 intitulé : 'dignité', article 1 (relatif à la 'dignité humaine') : « La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée ».

De plus, certains droits européens ont directement reconnu le principe de dignité (de la personne humaine) dans leur ordre juridique constitutionnel en tant que partie intégrante des droits fondamentaux. C'est le cas notamment de la constitution Allemande (l'Etat ouest-allemand), adoptée le 23 mai 1949, qui dispose dans son article premier : « La dignité de l'être humain est intangible », ou encore de la constitution italienne de 1947 qui dispose dans son article 3 : « Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi », formule que reprend la constitution portugaise de 1976 à son article 13-1.

Citons encore la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 qui proclame dans son préambule : « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde », ou la Charte sociale européenne¹⁰ qui se réfère expressément à la dignité dans son article 26 : « Droit à la dignité au travail. En vue d'assurer l'exercice effectif de tous les travailleurs à la

protection de la dignité au travail, les Parties s'engagent, en consultation avec les organisations d'employeurs et de travailleurs ;

1. A promouvoir la sensibilisation, l'information et la prévention en matière de harcèlement sexuel sur le lieu de travail ou en relation avec le travail, et à prendre toute mesure appropriée pour protéger les travailleurs de tels comportements ;... ».

Cependant, en France, ce concept reste simplement sous entendue dans la déclaration des droits de l'homme de 1789 et, fut rejeté avec le projet de constitution d'avril 1946 qui aurait disposé dans son article 22 : « Tout être humain possède, à l'égard de la société des droits qui garantissent, dans l'intégrité et la dignité de la personne, son plein développement physique, intellectuel et moral ».

Aussi, certains avaient proposé de réviser la constitution actuelle de 1958 et d'inclure la dignité dans l'article 66¹¹, projet qui ne sera pas retenu.

Toutefois, à l'occasion de l'examen des futures lois bioéthiques du 29 juillet 1994¹² (relatives au respect du corps humain, à l'utilisation et au don des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal) par une décision du 27 juillet 1994, le conseil constitutionnel a comblé en quelque sorte cette lacune et a déduit du préambule de la constitution de 1946 que : « 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. Il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation et un principe constitutionnel »¹³. La loi qui était soumise à son contrôle a incorporé une exigence similaire dans l'article 16 du code civil. En effet, ce dernier dispose actuellement : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la

¹⁰ Charte sociale européenne adoptée à Strasbourg le 3 mai 1996.

¹¹ Proposition de révision de la constitution, Rapport de la documentation Française, 15 février 1993, p°75.

¹² Lois n°94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994.

¹³ Recueil des décisions du conseil constitutionnel, Dalloz, 1994, p° 198.

dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie ».

Avant d'expliquer les conséquences d'une telle décision en droit Français, il nous faut d'abord tenter de définir ce qu'est la dignité de la personne humaine. En effet, cette définition ne sera pas des plus faciles puisqu'aucun texte ne la définit.

Mais une définition générale de la dignité et communément admise pourra s'entendre comme : « la défense de ce qui fait l'humanité de l'homme »¹⁴. Plus précisément, la dignité : « n'est autre que la qualité de l'appartenance au genre humain. Si tous les êtres humains composent l'humanité, c'est qu'ils ont tous cette qualité de dignité dans le plan de l'humanité, nous disons qu'ils sont tous humains et dignes de l'être »¹⁵. « Le droit va donc protéger ce qui, en chaque personne, fait qu'elle est personne humaine »¹⁶.

La proclamation d'un tel principe par le conseil constitutionnel n'est pas resté sans incidence en droit français. La jurisprudence s'est « emparée » de cette notion tout comme le législateur, en témoigne pour ce dernier de l'adoption de la loi du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions (article premier).

A titre d'exemple « jurisprudentiel », nous pouvons citer une décision rendue par la cour de justice des communautés européennes le 30 avril 1996¹⁷ qui statuait sur le licenciement d'un salarié en raison de sa conversion sexuelle. Le problème était ici de savoir si cette mesure était contraire à la directive du 9 février 1976 sur l'égalité de traitement. Pour la CJCE, le droit de ne pas être discriminé en raison de son sexe constitue l'un des droits fondamentaux de la personne humaine, dont la cour est tenue d'assurer le respect. Dans ces conditions, le champ d'application de la directive ne

¹⁴ MOLFESSIS N, La dignité de la personne humaine, *Economica*, 1999, p°114.

¹⁵ Bernard EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *Recueil Dalloz* 1997, 23° cahier.

¹⁶ Bernard BOSSU, La dignité de la personne humaine, *Collection Lamy Droit civil – Lamy Droit des personnes et de la famille – Lamy S.A. – Mai 2000*, p° 208-17.

¹⁷ CJCE, 30 avril 1996, aff. C-13/94, *Rec. CJCE*, I, P°2143, *RJS* 1996, n°858.

saurait être réduit aux seules discriminations découlant de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. Compte tenu de son objet et de la nature de droits qu'elle vise à protéger, la directive a également vocation à s'appliquer aux discriminations qui trouvent leur origine, comme en l'espèce, dans la conversion sexuelle de l'intéressée. Tolérer une telle discrimination reviendrait à méconnaître, à l'égard d'une telle personne, le respect de la dignité et de la liberté auquel elle a droit et que la cour doit protéger ».

Quant à la jurisprudence française, cette dernière commence elle aussi à utiliser la notion de dignité comme peuvent en attester deux arrêts célèbres du conseil d'Etat du 27 novembre 1995, Commune de Morsang-sur-orge et Ville d'Aix-en-Provence¹⁸, qui intègrent la notion de dignité comme une composante de l'ordre public : « il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police municipale de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public. Le respect de la dignité de la personne humaine est une composante de l'ordre public. L'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine. »

Différentes pratiques apparaissent comme méconnaissant l'humanité de l'homme. La discrimination apparaît comme une de ces pratiques.

La discrimination : « c'est l'action d'isoler et de traiter différemment certains individus ou un groupe entier par rapport aux autres »¹⁹, sur la base de critères illégaux pourrait – on rajouter. Plus précisément, ce n'est pas la distinction opérée qui est illégale puisque le Droit n'interdit pas les différences, mais c'est le fait que cette distinction repose sur un motif illicite.

Dans la discrimination, on nie l'appartenance à l'humanité d'une personne en la considérant comme différente sur la base d'un critère illégal, et on la rejette alors.

Cependant, tous les hommes ont une part de l'humanité en eux, et ne pas leurs reconnaître l'appartenance à cette dernière, c'est attenter à la dignité de la personne en question.

¹⁸ Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 11^e édition, DALLOZ, 1996, p°790.

¹⁹ Petit Larousse en couleurs, 1990.

C'est donc logiquement que le code Pénal lui-même a enregistré cette percée de la dignité par la création dans le nouveau code Pénal de 1994, au sein du livre II relatif aux « crimes et délits contre les personnes », d'un chapitre V intitulé : « des atteintes à la dignité de la personne » qui concerne les articles 225-1 à 225-24 du nouveau code pénal. Ce chapitre réprime comme une atteinte à la dignité de la personne les discriminations (section I), le proxénétisme et les infractions assimilées (section II), les conditions de travail et d'hébergement contraire à la dignité de la personne (section III), le bizutage (section III bis), les atteintes au respect dû aux morts (section IV), nous explique que des peines complémentaires sont prévues pour les personnes physiques (section V) et que certaines dispositions sont communes aux personnes physiques et aux personnes morales (section VI).

La discrimination, notamment fondée sur le sexe, est donc expressément reconnue comme pratique attentatoire à la dignité de la personne humaine par le code Pénal. Il faut ici noter que, dans ce domaine précis que constituent les discriminations, le code du Travail bien que sanctionnant lui aussi les discriminations, ne contient absolument aucune référence à la notion de dignité. Or, le salarié sur son lieu de travail n'en demeure pas moins un homme, une personne humaine. Il ne peut donc pas subir, de par son appartenance à l'un ou l'autre sexe, de discrimination qui serait alors contraire à sa dignité et qui nierait par là même son appartenance à l'humanité de l'homme. La discrimination, notamment fondée sur le sexe du salarié, est donc attentatoire au concept de dignité de la personne humaine.

Cette apparente ignorance de ce concept de dignité dans le code du Travail peut aussi se retrouver dans le code Pénal en ce qui concerne la notion de harcèlement sexuel qui apparaît pourtant comme contraire à l'humanité de l'homme.

En effet, harceler une personne dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelles, c'est méconnaître la liberté d'une personne de consentir à des relations sexuelles, et plus précisément, c'est considérer cette personne comme un moyen, une chose et non une fin.

Or, la personne harcelée est, en tant que personne humaine membre de l'humanité parce qu'elle porte une part de cette humanité en elle, tenter de la forcer à avoir des relations sexuelles et la traiter comme une chose, c'est alors ignorer son humanité, c'est donc contraire à la dignité de la personne humaine.

D'ailleurs, une recommandation du 27 novembre 1991 de la commission européenne indique : « il est indéniable que le harcèlement lié aux tendances sexuelles des victimes porte atteinte à la dignité au travail de ceux qui en sont victimes... ».

Cependant, le harcèlement sexuel n'est appréhendé en droit du Travail qu'en termes d'égalité professionnelle entre les travailleurs masculins et féminins ou de discipline, à la différence du code Pénal qui le catégorise en termes de liberté de consentir ou non à des rapports sexuels et plus précisément dans son livre 2, titre 2 (intitulé : les atteintes à la personne humaine), titre dans lequel on trouve aussi les discriminations, mais dans un chapitre ici intitulé : « Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne. ».

Une directive européenne du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail²⁰ appréhende comme le Code du travail français le harcèlement sexuel en terme d'égalité professionnelle puisque cette dernière considère dans son Chapitre I, article 2 : « le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1 lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs visés à l'article 1^{er} (notamment 'l'orientation sexuelle') se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Dans ce contexte, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des Etats membres »²¹.

Au vue des dispositions évoquées précédemment, le sexe du salarié apparaîtrait donc bien comme un élément de l'humanité de l'homme, le harcèlement sexuel et la discrimination, notamment celle fondée sur l'appartenance sexuelle du salarié, étant alors

²⁰ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000.

²¹ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000.

des pratiques attentatoires à la dignité de la personne humaine, en l'occurrence ici, le salarié.

Cette analyse soulève une interrogation fondamentale: quelle est l'influence actuelle et potentiellement future de la notion de dignité de la personne humaine sur le régime juridique du sexe du salarié ?

De cette problématique peuvent alors se dégager divers centres d'intérêts :

Un premier centre d'intérêt pourra se dégager de l'existence possible de dispositions qui protègent le sexe du salarié comme un élément de sa dignité bien que ne faisant pas référence expressément à ce principe proclamé en 1994.

Le Code du travail organise-t-il une défense actuelle du principe de dignité de la personne humaine depuis seulement la proclamation du principe de dignité de la personne humaine par le Conseil Constitutionnel en 1994 ? Si tel est le cas, quel est l'intérêt d'une telle formulation aussi solennelle soit-elle ?

Ou au contraire, des dispositions antérieures à la proclamation de ce principe en assurent déjà la protection ?

Brisons de suite le secret en rappelant que des textes antérieures à 1994 protègent le salarié par rapport aux pratiques fondées sur son sexe que sont le harcèlement sexuel et la discrimination sexuelle.

Ces dispositions actuelles prennent en considération le sexe du salarié comme participant à l'humanité de l'homme, elles constitueront donc notre premier centre d'intérêt (chapitre 1).

Cependant, d'autres questions subsistent concernant l'effectivité de la protection de la dignité de la personne humaine par ces dispositions figurant dans le Code du travail et le Nouveau Code pénal :

Les titulaires de l'action en justice sont-ils bien compétents pour la protection d'une telle valeur comme l'humanité de l'homme ?

Les sanctions sont-elles suffisamment adaptées au respect d'un tel concept ?

Le champ d'application des articles réprimant le harcèlement sexuel et la discrimination sexiste est-il suffisamment large ?

Toutes ces interrogations pourront s'étudier dans le cadre de l'analyse de la conformité des dispositions actuelles protégeant le sexe du salarié comme élément appartenant à sa dignité (chapitre 2).

CHAPITRE I . LE SEXE DU SALARIE : ELEMENT RECONNU DE L'HUMANITE DE L'HOMME.

La législation actuelle protège la dignité du salarié par la condamnation de pratiques qui prennent en considération le sexe du salarié comme fondement de discriminations (section 2). Plus précisément, c'est une loi du 13 juillet 1983 mettant en pratique la directive européenne du 9 février 1976 (relative à l'égalité des sexes) qui a instauré un article L. 123-1 dans le Code du travail réprimant les discriminations sexistes.

Les discriminations, en Droit du travail sont donc envisagées en terme d'égalité, ce qui n'a rien d'étonnant, puisque méconnaître l'égalité entre les individus, c'est précisément faire de la discrimination, à la condition toutefois que cette dernière soit basée sur des motifs illégaux. En effet, il faut rappeler que l'inégalité est permise en Droit français, notamment en Droit Social. On peut prendre des mesures différentes entre les individus pour parfois même retrouver une situation d'égalité. Mais le fait que ces différences se basent sur des motifs illicites rendra alors ces mesures discriminatoires.

Or, une telle discrimination conduit à nier la part d'humanité que chaque individu possède en lui même, elle est contraire à la dignité de la personne humaine.

Le Nouveau Code pénal pour sa part sanctionne ces discriminations aux articles 225-1 et 225-2 directement et nominativement comme des atteintes à la dignité.

Le harcèlement sexuel est lui réprimé aux articles 222-33 du Nouveau Code pénal et à l'article L. 123-1 du Code du travail, comme étant globalement le fait d'abuser de son autorité en vue d'obtenir des faveurs de nature sexuelle.

Les dispositions réprimant le harcèlement sexuel participent alors elles aussi à assurer la dignité du salarié en ce qu'elles empêchent le traitement d'un individu comme un

moyen, une chose pour obtenir des faveurs sexuelles, mais au contraire obligent à traiter ce dernier comme une fin en soi, comme un homme digne (section 1).

SECTION 1. DE LA DIGNITE DE LA PERSONNE HUMAINE AU HARCELEMENT SEXUEL.

Des sondages révèlent que 20 % des femmes indiquent avoir été confrontées dans le milieu du travail à une sollicitation indésirable d'ordre sexuel, 12 % d'avoir subi ou de subir un chantage à l'emploi et 48 % d'avoir eu à affronter un 'climat d'ensemble déplaisant' (propos et gestes douteux...), le harceleur étant le plus souvent l'employeur, le supérieur hiérarchique²². D'autre part, 3 % de la population active se reconnaît comme 'harceleur'²³.

Ces comportements indésirables ont conduit le législateur à interdire la pratique du harcèlement sexuel, qui ne peut qu'être considérée que comme contraire à l'humanité de l'homme (en l'occurrence le plus souvent des femmes), par une loi du 22 juillet 1992²⁴ pour le code pénal et par une loi du 2 novembre 1992²⁵ pour le code du travail.

Il faut préciser que la Communauté européenne a joué un rôle moteur pour la prise en compte par les Etats membres du problème du harcèlement sexuel, notamment par le biais d'une recommandation du 27 novembre 1991 sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail²⁶ ou encore par l'adoption d'une directive récente du 27 novembre 2000²⁷ qui considère le harcèlement sexuel comme : « un comportement indésirable ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ».

²² Sondage de l'Institut Lois Harris, réalisé en décembre 1991, à la demande du secrétariat d'Etat aux droits des Femmes et rendu public en janvier 1992.

²³ Sondage IPSOS, Le point du 25 janvier 1992.

²⁴ Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992, qui insère l'article 222-33 du code pénal.

²⁵ Loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992 qui insère les articles L. 122-46 à L. 122-48 qui viennent clore la section relative au droit disciplinaire, et complète l'article L. 123-1 du même code relatif aux discriminations sexistes dans l'emploi.

²⁶ Recommandation de la commission du 27 novembre 1991, 92/131/CEE-J.O.C.E. n°L 49 du 24.02.1992, p°1.

²⁷ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

Le harcèlement sexuel : « est désormais considéré comme une forme de discrimination à part entière »²⁸.

Au vue de ces dispositions, le harcèlement sexuel apparaît alors bien comme niant l'humanité de l'homme.

D'ailleurs, comme le souligne Madame Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ : « En cette fin de 20^{ème} siècle, le harcèlement sexuel est apparu insupportable parce que contraire à la dignité humaine : en effet, il nie à la fois la liberté sexuelle et la dignité du travailleur »²⁹.

En effet, le harcèlement sexuel a des incidences aussi bien au niveau économique qu'au niveau personnel.

- au niveau de la personne :

Le harcèlement sexuel entraîne une hausse de l'absentéisme, des dépression nerveuses et des atteintes à la santé mentale des victimes.

- au plan économique :

La conséquence du refus pour un salarié de subir des actes de harcèlement sexuel se traduit généralement par son licenciement.

Nous nous efforcerons ici d'expliquer quels sont les comportements considérés comme constitutif de harcèlement sexuel (§ 1), mais aussi comment le droit français réprime ces comportements (§ 2). Enfin nous verrons que la législation française intervient en amont de ce problème en incitant à une démarche de prévention (§ 3).

²⁸ Directives européennes sur les discriminations, Liaisons Sociales, Législation sociale n°8163- A 1, Mardi 6 mars 2001, p°2.

²⁹ Françoise DEUKEUWER-DEFOSSEZ, Le harcèlement sexuel en droit français : discrimination ou atteinte à la liberté ?, La Semaine Juridique (JCP), Edition Générale, n°13.

§ 1) Les actions interdites.

Le droit français, que ce soit le droit du travail ou le droit pénal, ne retient comme constitutif de harcèlement sexuel que l'abus d'autorité en vue d'obtenir des faveurs de nature sexuelle (A). De plus, les mesures discriminatoires envers les victimes de harcèlement sexuel sont interdites (B).

A). L'abus d'autorité ayant pour objectif l'obtention de faveurs de nature sexuelle.

Pour commettre un abus d'autorité (2°), il faut nécessairement que le harceleur soit le supérieur hiérarchique de la victime (1°).

1°). L'auteur.

L'article L. 122-46 du code du travail lie la matérialisation du harcèlement sexuel à l'existence d'une relation hiérarchique entre le harceleur et la victime. En effet, cet article dispose dans son premier alinéa : « Aucun salarié ne peut être sanctionné ni licencié pour avoir subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement d'un employeur, de son représentant ou de toute personne qui, abusant de son autorité que lui confère ses fonctions, a donné des ordres, proféré des menaces, imposé des contraintes ou exercé des pressions de toute nature sur ce salarié dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers. »

Il ne peut donc pas y avoir de harcèlement sexuel entre collègues car ces derniers ne se trouvent pas dans une situation de subordination hiérarchique et l'employeur par l'intermédiaire de son pouvoir disciplinaire pouvant alors régler le litige. Il faut que la personne « abuse de l'autorité que lui confère ses fonctions ». Au cours des débats relatifs à l'adoption de la loi sur le harcèlement sexuel, le Ministre affirma à ce propos : « Il ne peut y avoir d'abus d'autorité entre collègues ». Soulignons d'emblée que cette

analyse apparaît critiquable puisqu'un collègue pourra quand même être harceleur, la sanction de ses agissements ne reposant alors que sur le bon usage du pouvoir disciplinaire par l'employeur.

Qui plus est, cette conception de l'abus d'autorité qui ne peut être que le fait d'un supérieur hiérarchique est en contradiction apparente avec celle du harcèlement moral. Pourtant, comme l'explique Mme HIRIGOYEN³⁰ : « le harcèlement sexuel n'est qu'un pas de plus dans le harcèlement moral ».

Le harcèlement moral peut se définir par ses effets comme le fait pour une personne de subir des agissements répétés : « qui ont pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel »³¹. Pour Mme Cécile DAUMAS³² : « ce phénomène est aussi varié que la perversité des employeurs et des collègues est grande ». Cette dernière souligne ainsi le fait que le harcèlement moral contrairement au harcèlement sexuel peut être originaire d'un collègue de travail, ce qui apparaît beaucoup plus sécurisant et protecteur pour les salariés et leur dignité.

Le harcèlement sexuel est pour sa part pris en compte au terme de l'article L. 122-46 du code du travail qui sanctionne :

- L'employeur ou son représentant :

C'est l'autorité hiérarchique supérieure par excellence, il est donc logique que l'employeur mais aussi son représentant soient concernés par les dispositions légales. Un simple chef d'équipe pourra alors être sanctionné sur la base de l'article L. 122-46 du code du travail.

- L'expression : « toute personne qui, abusant de l'autorité que lui confère ses fonctions.. »³³ vise :

soit des salariés de l'entreprise sans lien hiérarchique avec la victime mais qui ont sur elle une autorité par leurs fonctions, comme par exemple le responsable du personnel ou un représentant syndical³⁴.

³⁰ HIRIGOYEN (M-F), Le harcèlement moral, La violence perverse au quotidien, Pocket, 1998, p°84.

³¹ N°686, Projet de loi de modernisation sociale, Deuxième lecture, Adopté le 13 juin 2001.

³² DAUMAS Cécile, Harcèlement moral : une loi en gestation, Source internet.

³³ Article L-122-46 du Code du travail, loi du 2 novembre 1992.

³⁴ le point spécial, liaisons sociales, Harcèlement sexuel, p° 76.

soit des personnes extérieures à l'entreprise mais qui sont susceptible d'influencer largement le salarié.. Ce peut être alors le cas d'un client important de l'entreprise. Ce dernier exemple fut d'ailleurs évoqué au cours des débats parlementaires³⁵.

En tout les cas, l'expression « toute personne » est comme le relève M. Michel MINE et M. Francis SARAMITO : « d'une interprétation délicate et laissée à l'appréciation des tribunaux »³⁶. Les juges peuvent donc faire varier le contenu de l'expression « toute personne » comme englobant plus ou moins de personnes selon leur appréciation.

2°). L'abus d'autorité.

L'abus d'autorité ne sera caractérisé que si l'auteur de l'acte de harcèlement abuse de son autorité dans le cadre légal que définit le contenu de l'article L. 122-46 du Code du Travail :

- les faits fautifs :

L'article L.122-46 du Code du Travail prescrit que le harceleur doit avoir « donné des ordres, proféré des menaces, imposé des contraintes ou exercé des pressions de toute nature » sur le salarié. Cette liste reprend celle de l'article 222-33 du nouveau Code pénal, seules les pressions de toute nature ne figurent pas dans le texte répressif. Cette adjonction fut faite au cours des débats parlementaires pour englober plus fortement les agissements : « qui se traduisent par des gestes qui ne peuvent être qualifiés d'ordres, menaces ou contraintes »³⁷.

Ces pressions de « toute nature » peuvent résulter, comme le souligne Michel MINE et Francis SARAMITO ³⁸, : d'invectives, d'injures ou de dénigrement divers comme l'a retenu la Cour d'Appel de Paris dans son arrêt du 18 janvier 1996 :

« Les dénigrements professionnels, voire sexuels, ainsi que menaces, invectives, injures de toutes sortes proférées en cas de refus d'accorder des faveurs de nature sexuelle,

³⁵ Rapport Assemblée Nationale, n° 22809 p. 91.

³⁶ Michel MINE et Francis SARAMITO, Le harcèlement sexuel, droit ouvrier, février 1997, p° 54.

³⁷ Rapport SERUSCLAT n° 350, Sénat, p° 31.

³⁸ ³⁸ Michel MINE et Francis SARAMITO, Le harcèlement sexuel, droit ouvrier, février 1997, p° 55.

notamment lorsque ces menaces, invectives et injures ont elles mêmes dans ce contexte une connotation sexuelle directe ou indirecte »³⁹.

- « avoir subi ou refuser de subir » :

La victime ne doit pas avoir été consentante mais doit avoir subi ou refusé de subir d'avoir des relations sexuelles. La victime peut donc avoir eu des relations sexuelles 'forcées' avec l'auteur du harcèlement, relations bien entendu acceptées en raison d'une situation de faiblesse de la victime.

Une salariée qui s'est prévalu de ses charmes pour obtenir une promotion professionnelle n'est donc fondée à invoquer le harcèlement sexuel.

- « dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles à son profit ou au profit d'un tiers » :

C'est bien évidemment la consistance même du harcèlement sexuel.

Cette expression permet de prendre en compte une grande diversité de comportements sexuels, y compris des relations sexuelles non consommées.

L'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 18 janvier 1996⁴⁰ peut ici nous éclairer sur cette expression : « Il convient d'entendre par 'faveurs de nature sexuelle' tout acte de nature sexuelle et notamment les simples contacts physiques destinés à assouvir un fantasme d'ordre sexuel, voire à accentuer ou provoquer le désir sexuel, que l'expression 'agissements de harcèlement' peut englober dans ce contexte, outre les contacts physiques imposés, les propos dont l'objet est de provoquer sexuellement le salarié pour qu'il soit enclin à accorder des faveurs de nature sexuelle ».

Enfin, un tiers peut être bénéficiaire des faveurs sexuelles subies ou refusées. On renvoie ici à l'hypothèse du client important d'une entreprise qui pourrait en avoir été le bénéficiaire.

- « Aucun salarié ne peut être sanctionné ni licencié ... » :

C'est le but de l'article L. 122-46 du Code du travail.

³⁹ Cour d'Appel de Paris (18^e Ch. C) 18 janvier 1996, Mme T. contre Société Sibel 'Sport et jeux'.

⁴⁰ Précité note 26.

La victime est protégée contre les sanctions ou le licenciement que l'auteur du harcèlement aurait pris contre la (ou le) salariée qui aurait subi ou aurait refusé de subir les agissements de harcèlement.

Cette protection est élargie aux salariés témoins du harcèlement sexuel par l'article L. 122-46 : « Aucun salarié ne peut être sanctionné ni licencié pour avoir témoigné des agissements définis à l'alinéa précédent ou pour les avoir relatés ».

Cependant, la nouvelle loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes⁴¹ : « étend le champ des personnes protégées par la législation : les candidats à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise sont désormais protégés comme les salariés »⁴².

B). La protection de la victime ou du témoin du harcèlement sexuel contre les mesures discriminatoires.

Nous nous efforcerons ici dans un premier temps d'analyser cette protection (1°), pour ensuite illustrer nos propos par un exemple jurisprudentiel (2°).

1°). La protection en elle même.

Le salarié est en position de faiblesse par rapport à l'employeur du fait de sa subordination hiérarchique envers ce dernier.

Aussi, il est apparu nécessaire de protéger les victimes de harcèlement sexuel tout comme les témoins d'un tel comportement.

La victime se heurte souvent à de difficiles problèmes de preuves, ce qui rend cette protection des témoins de harcèlement sexuel d'autant plus indispensable, même si en pratique, cette protection paraîtra bien souvent d'une grande faiblesse par rapport au lien de subordination qui lie un salarié et son employeur. Il en sera de même en cas de relations commerciales existantes entre les différents protagonistes.

⁴¹ Loi n°2001-397 du 9 mai 2001 (JO du 10 mai 2001).

⁴² Travail de nuit, égalité professionnelle, Liaisons sociales, jeudi 17 mai 2001, n°8180, p°7.

Pour cela, la loi du 2 novembre 1992 a instauré une véritable protection des personnes qui sont susceptibles de participer à l'établissement de la preuve du harcèlement sexuel. Cette dernière est organisée par l'intermédiaire de l'article L. 122-46 du Code du travail qui dispose : « aucun salarié ne peut être sanctionné ni licencié pour avoir subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement d'un employeur, de son représentant ou de toute personne qui abuse de l'autorité que lui confère ses fonctions », ni pour avoir « témoigné des agissements » de harcèlement « ou pour les avoir relatés ».

Le législateur a ici voulu protéger le salarié contre une sanction disciplinaire, comme par exemple un licenciement. Il a voulu en plus que le salarié ne puisse faire l'objet d'une mesure discriminatoire à un moment quelconque de la relation de travail. Pour cela, l'article L. 123-1 du Code du travail fut complété par un alinéa qui interdit de prendre en compte : « le fait que la personne intéressée a subi ou refusé de subir les agissements définis à l'article L. 122-46, ou bien a témoigné de tels agissements ou les a relatés, pour décider, notamment en matière d'embauche, de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation, de résiliation, de renouvellement de contrat de travail ou de sanctions disciplinaires ».

De plus, la nouvelle loi sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes⁴³ : « élargit la nature des actes abusifs commis à l'encontre des personnes victimes ayant refusé ou ayant dénoncé un harcèlement sexuel : sont interdits non seulement les sanctions et le licenciement, mais aussi dorénavant toute mesure discriminatoire ».⁴⁴

Cependant, il faut ici préciser que comme le souligne Evelyne MICOU⁴⁵ : « L'introduction de ce nouvel alinéa dans l'article L. 123-1 du Code du travail, qui interdit toute discrimination en raison du sexe, a été vivement critiqué par certains parlementaires pour la simple raison que le harcèlement sexuel ne peut-être assimilé à une discrimination sexiste puisqu'il peut se produire à l'encontre des personnes du même sexe que le harceleur »⁴⁶.

⁴³ Loi n°2001-397 du 9 mai 2001 (JO du 10 mai 2001).

⁴⁴ Travail de nuit, égalité professionnelle, Liaisons sociales, jeudi 17 mai 2001, n°8180, p°7.

⁴⁵ Evelyne MICOU, L'égalité des sexes en droit privé, Collection Etudes, Presses Universitaires de Perpignan.

⁴⁶ Confère J.O. Sénat, séance du 22 mai 1992.

Madame Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ explique aussi que : «le raisonnement présentant le harcèlement sexuel comme une discrimination peut paraître simpliste. La discrimination repose sur une conception abstraite du sexe, comme appartenant à une catégorie, un groupe. Or, le harcèlement est une conduite individuelle : ce n'est pas seulement en raison de son sexe que la victime est harcelée, ce peut être en raison de son *sexe-appeal*, voir de qualités morales et/ou intellectuelles.⁴⁷»

2°). L'exemple de l'arrêt BOLLON c/GACHE⁴⁸.

En l'espèce, une salariée (Mademoiselle BOLLON) est licenciée par son employeur (Monsieur GACHE) pour incompatibilité d'humeur, alors que la salariée avait déposé plainte contre ce dernier pour harcèlement sexuel.

Pour la salariée, les déclarations suivantes avaient été effectuées auprès des services de gendarmerie : « Cherchant la moindre occasion pour me prendre les mains, à s'approcher de moi le plus près possible, dès que j'effectuais un document administratif un peu compliqué, Monsieur GACHE venait derrière moi et m'embrassait sur la joue, me caressait les épaules et le haut de la cuisse, ces faits se produisaient quotidiennement ; je lui ait dit à plusieurs reprises que j'en avais marre de son comportement, qu'il fallait qu'il arrête de me toucher, il ne m'a jamais proposé d'avoir des relations sexuelles avec lui, mais son comportement pouvait prétendre à ce qu'il me le demande un jour ou l'autre ».

A cela, l'employeur a répondu :

« Je ne me suis jamais montré entreprenant envers Florence. Il n'y avait que des gestes qui pour moi n'étaient qu'amicaux... »

La Cour à considérer que : « les gestes 'd'amitié' de Monsieur GACHE revêtaient un caractère suffisamment ambigu pour que Mademoiselle BOLLON âgée de 20 ans puisse

⁴⁷ Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, Le harcèlement sexuel en Droit français : discrimination ou atteinte à la liberté ?, La semaine Juridique, Ed. G, p°138.

⁴⁸ Cour d'appel de Chambéry, Chambre sociale, 18 janvier 2000, RPDS n°663, Juillet 2000, p°224.

les interpréter comme ayant une connotation sexuelle..., que le dépôt de plainte de Mademoiselle BOLLON avait pour but de faire cesser cette attitude... ».

Ensuite, après avoir rappelé les dispositions de l'article L. 122-46 : « aucun salarié ne peut être sanctionné ni licencié pour avoir subi ou refusé de subir... », elle estime que : « en sanctionnant par un licenciement la plainte déposée par Mademoiselle BOLLON Florence, Monsieur GACHE a contrevenu aux dispositions précitées, que dès lors il convient de faire droit à la demande de nullité de la rupture formulée par l'appelante, que celle-ci ne souhaitant pas sa réintégration, il lui sera accordée une somme de 50 000 francs à titre de dommages et intérêts, et une somme de 2000 francs au titre de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure civile ».

On peut donc au vue de cet exemple apprécier la mise en application de l'article L. 122-46 qui sanctionne les mesures discriminatoires, en l'occurrence ici le licenciement, qu'une salariée a subi du fait de son refus de subir les agissements de harcèlement sexuel dont elle est victime.

Cependant, il est réaliste de constater que ce texte n'est pas sans susciter certaines difficultés d'application, en témoigne le peu de litiges relatifs au harcèlement sexuel passant devant les tribunaux chaque année qui est bien inférieur à la réalité.

Il est d'ailleurs assez difficile de prouver véritablement qu'il y a eu effectivement harcèlement sexuel, aussi les juridictions acceptent notamment que : « la preuve sur la réalité d'un harcèlement sexuel peut résulter d'indices concordants, de témoignages et d'un courrier de l'inspecteur du travail »⁴⁹.

Qui plus est, il serait peut-être utile de revoir le champ d'application de l'article L. 122-46 du Code du travail qui apparaît peut-être encore comme trop restreint.

En tous les cas, une application de la législation sur le harcèlement sexuel ne peut être efficace sans une répression dissuasive.

⁴⁹ Conseil de Prud'hommes d'Oranges, 17 novembre 1997, Mercier c/ SA société d'application peinture, RPDS n°663, Juillet 2000, p°225.

§ 2) La répression du harcèlement sexuel.

Cette répression s'exercera tout naturellement à l'encontre de l'auteur des actes de harcèlement sexuel (A). Toutefois, la répression du harcèlement sexuel ne se limite pas qu'à cela, et une véritable réparation en faveur de la victime est organisée pour compenser son préjudice subi (B). Enfin, il nous faudra insister particulièrement sur les particularités procédurales qui existent en la matière (C).

A).Présentation des sanctions.

Deux types de sanctions doivent être ici envisagées : il s'agira des sanctions disciplinaires(1°) et des sanctions pénales (2°).

1°). Sanctions disciplinaires contre l'auteur du harcèlement.

La loi du 2 novembre 1992 a introduit dans le Code du travail l'article L. 122-47 qui dispose : « Est passible d'une sanction disciplinaire tout salarié ayant procédé aux agissements définis à l'article L. 122-46 ». Il résulte donc de ce renvoi, que le harceleur est passible des sanctions disciplinaires pour les actes prévues à l'article L. 122-46 du Code du travail. Le chef d'entreprise pourra ainsi user en toute légitimité de son pouvoir disciplinaire contre un de ses salariés qui a commis des faits de harcèlement sexuel. Rappelons que c'est l'article L. 122-40 du Code du travail qui définit la sanction disciplinaire comme : « ... toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ». Cette définition large recouvrirait les sanctions habituelles : blâme, avertissement, mise à pied, mutation disciplinaire, rétrogradation, licenciement, mais aussi les sanctions 'atypiques : baisses de notes annuelles, refus d'une promotion, refus d'une prime...

De plus, l'article L.122-48 dispose pour sa part : « Il appartient au chef d'entreprise de prendre toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les actes visés aux deux articles précédents », à savoir en l'occurrence, les articles L. 122-47 et L. 122-46 du Code du travail.

On en déduit alors de ce dispositif légal, qu'il y a instauration d'une obligation pour l'employeur d'exercer son pouvoir disciplinaire en cas de connaissance de fait de harcèlement sexuel. Cela ne manquera pas alors de nous interpeller sur la mise en œuvre effective de ce pouvoir disciplinaire par l'employeur.

- La création pour l'employeur d'une obligation d'exercer son pouvoir disciplinaire :

La loi du 2 novembre 1992 incite l'employeur à exercer son pouvoir disciplinaire contre le harceleur : « nous avons constaté que dans un certain nombre de cas, des harcèlements n'avaient pas fait l'objet de sanctions. L'employeur qui avait la capacité juridique de sanctionner n'en a pas usé. Je ne crois pas que l'on puisse accepter une telle situation : il importe que l'employeur exerce ses responsabilités, il faut donc les lui rappeler »⁵⁰.

La conséquence directe de cette 'obligation d'agir' du chef d'entreprise est que son inobservation sera susceptible d'entraîner la responsabilité de l'employeur du préjudice moral individuel de la victime, mais aussi du préjudice collectif de l'ensemble du personnel qui serait alors défendu par les syndicats de l'entreprise en question.

- La mise en application du pouvoir disciplinaire en matière de harcèlement sexuel.

Le chef d'entreprise doit respecter différents éléments sous peine de se voir déclarer comme sans fondement la prise de mesures disciplinaires relatives au harcèlement sexuel :

→ Motiver suffisamment la sanction disciplinaire :

La Cour de Cassation a admis dans un arrêt de 1990 qu'un chef d'établissement qui se livre au harcèlement sexuel du personnel féminin, dans le cadre même de l'entreprise, commet une faute grave privative des indemnités de licenciement⁵¹.

Cependant, le chef d'entreprise doit motiver de façon suffisante sa décision.

A cet égard, la lettre de licenciement qui fait grief à un salarié de harcèlement sexuel est suffisamment motivée⁵².

→ Rester impartial :

L'employeur devra ici vérifier les faits reprochés et organiser une consultation préalable avant de sanctionner ou pas le salarié en question.

→ L'enquête interne :

Nous soulignerons juste ici que les modes de collecte de preuve du harcèlement sont vérifiés par les juridictions. A titre d'exemple, nous pouvons citer un arrêt de la Cour d'Appel de Nancy qui avait refusé la recevabilité de témoignages recueillis dans le cadre d'une enquête interne⁵³.

Dans ce domaine, le soutien de l'inspecteur du travail est alors primordial.

2°). Sanctions pénales contre le harceleur.

L'article L. 122-46 du Code du travail n'est assorti d'aucune sanction spécifiques, ce qui n'est pas le cas de l'article L. 123-1 du même Code qui renvoie à l'article L. 152-1-1. Ce dernier dispose : « Toute infraction aux dispositions de l'article L. 123-1 sera punie d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 25000 francs ou de l'une de ce deux peines seulement. Le tribunal pourra ordonner, aux frais de la personne condamnée, l'affichage du jugement dans les conditions prévues à l'article L. 131-35 du Code pénal et son insertion intégrale ou par extrait dans les journaux qu'il désigne, sans que ces frais puissent excéder le maximum de l'amende encourue ».

⁵⁰ Rapport du Sénat du 21 mai 1992.

⁵¹ Cassation. Sociale, 3 mai 1990, n° 88-41.513, Bull. civ. v, n°200.

⁵² Cass. soc., 23 novembre 1993, n°92-42.072, Fromont c/ Société AGA.

Cependant, comme l'explique Michel MINE et Francis SARAMITO⁵⁴: « La référence que l'article L. 123-1 fait aux agissements définis à l'article L. 122-46 et l'extension de l'interdiction qu'il porte aux résiliations de contrat de travail et aux sanctions disciplinaires fait qu'en définitive les pénalités prévues à l'article L. 152-1-1 s'appliqueront aux infractions à l'article L. 122-46 en raison de la similitude des agissements coupables ».

De plus, les faits illicites seront réprimés par l'article 222-33 du Nouveau Code pénal qui dispose : « le fait de harceler autrui en donnant des ordres, proférant des menaces, imposant des contraintes ou exerçant des pressions graves, dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ». La peine encourue ici est alors de un an d'emprisonnement et de 100 000 francs d'amende.

Cette conception pénaliste du harcèlement sexuel est assez similaire à celle du droit du travail. Elle repose elle aussi sur un abus d'autorité comprenant trois éléments :

- toute personne investie d'une autorité dont elle est susceptible d'abuser peut être sanctionnée.
- la victime doit prouver l'existence de menaces ou de contraintes
- le harceleur doit rechercher l'obtention de faveurs de nature sexuelle. (La tentative est donc punissable). Plus précisément, le harceleur doit avoir voulu des faveurs de cette nature, ce qui constituera alors l'élément moral de l'infraction.

De plus, le concours d'infraction est possible entre l'article L. 152-1-1 du Code du travail et l'article 222-33 du Nouveau Code pénal. C'est l'article 132-3 du Nouveau Code pénal qui régit le concours d'infractions. Ce dernier prévoit que la juridiction saisie du litige peut prononcer les peines pour chacune des infractions. Cependant, en cas de concours de peines de même nature, elle peut alors n'en prononcer que dans la limite du maximum légal le plus élevé (donc, les un an d'emprisonnement et 100 000 francs d'amende de l'article 222-33 du Nouveau Code pénal).

⁵³ Cour d'Appel de Nancy, 23 novembre 1992.

⁵⁴ Michel MINE et Francis SARAMITO, Le harcèlement sexuel, droit ouvrier, février 1997, p° 57.

B). Réparation du préjudice de la victime.

Trois cas ouvrant droit à réparation retiendront ici notre attention :

Tout d'abord, les préjudices les plus graves pour la victime résultent évidemment de licenciements illicites de salariés victimes ou de sanctions illégales prises à son encontre, mesures qu'il conviendra d'annuler (1°). De plus, d'autres sanctions que celles se rapportant à la discipline ou au licenciement peuvent être prises contre le salarié qui a refusé de subir le harcèlement sexuel (2°). Enfin, nous nous attarderons sur la carence qu'aura eu l'employeur dans l'exécution de son pouvoir disciplinaire comme constitutive d'un préjudice (3°).

1°). En cas de sanction ou de licenciement.

Toute sanction ou licenciement prononcé à l'encontre du salarié victime ou contre le témoin du harcèlement est nul de plein droit. L'article L. 122-46 dispose notamment que : « toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit ».

La décision est donc sensée n'avoir jamais été effectuée. En conséquence, il s'en suit que le chef d'entreprise doit réintégrer le salarié licencié ou sanctionné, sauf si ce dernier ne le souhaite pas, le salarié obtenant alors des dommages et intérêts dont le montant sera fixé par le juge en fonction du préjudice subi.

Ainsi, la Cour d'Appel de Chambéry a fait droit à la demande de nullité de la rupture du contrat d'une salariée qui avait été licenciée pour avoir porté plainte contre son employeur pour harcèlement sexuel. Elle n'avait pas souhaité sa réintégration dans l'entreprise. Elle a donc obtenu une somme de 50 000 francs au titre de dommage et intérêts, et 2 000 francs au titre de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure civile⁵⁵.

Par ailleurs, les démissions de salariés des suites de harcèlement sexuel peuvent être requalifiées en licenciement⁵⁶.

⁵⁵ Cour d'Appel de Chambéry, 18 janvier 2000, Mme BOLLON F. c/M.GACHE A.

⁵⁶ Cour d'Appel d'Aix-en-Provence (18^e ch) 4 janvier 1995, Sté Templier Roustand contre Mme B ... JCP 1996 Ed. E n°8 p. 56.

2°). Les autres mesures discriminatoires portant préjudice.

Il s'agira ici des autres sanctions que celles ayant trait à la discipline ou au licenciement, mais qui ont toujours comme fondement le refus du salarié de subir les agissements constitutifs de harcèlement sexuel.

Ces autres mesures affectant la carrière n'étaient pas empreintes de la nullité de plein droit, la loi du 13 juillet 1983 créant le chapitre du Code du travail relatif à l'égalité hommes femmes ne l'ayant pas prévu pour ses dispositions antérieures.

Ces sanctions sont souvent constituées par des retards dans la carrière. Il en résultait une réparation par des dommages et intérêts sur le fondement d'un préjudice matériel ou moral.

Toutefois, la récente loi du 9 mai 2001⁵⁷ relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes protège toujours les victimes contre le licenciement (qui sera déclaré nul) mais aussi contre toute 'mesure discriminatoire, directe ou indirecte'. Cette loi remplace notamment, au premier alinéa de l'article L. 122-46 du Code du travail, les mots : « ni licencié » par les mots : « , licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat ».

⁵⁷ Loi n°2001-397 du 9 mai 2001, Article 8, Travail de nuit, Egalité professionnelle, Législation sociale n°8180, Jeudi 17 mai 2001, p°9.

3°). Les carences du chef d'entreprise dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire.

Selon l'article L. 122-47 du Code du travail, tout salarié ayant procédé à des agissements de harcèlement sexuel est passible d'une sanction disciplinaire, c'est que nous avons étudié précédemment.

Conformément à cette obligation légale de la part du chef d'entreprise, la carence de ce dernier dans la prise de mesures disciplinaires contre un salarié fautif de harcèlement sexuel entraîne un préjudice réparable pour la victime, préjudice moral, qui s'ajoutera à la réparation de l'article L. 122-46 du Code du travail, cela sous la forme de dommages et intérêts complémentaires.

C). La défense des droits des salariés.

Cette défense peut être exercée par différents acteurs autres que le salarié victime de harcèlement sexuel. Il pourra tout d'abord s'agir des organisations syndicales (1°), mais aussi des associations (2°). De plus il conviendra d'analyser la forme spéciale des débats judiciaires dans ce type spécifique de litige (3°).

1°). L'action en justice des syndicats.

L'action devant les tribunaux peut être menée par la victime du harcèlement sexuel (c'est à dire le salarié) avec le soutien du syndicat.

Mais le syndicat, selon l'article L. 123-6 du Code du travail, peut se substituer au salarié victime, ce qui constitue selon Mme Carmen AHMADA ⁵⁸ : « une mesure dérogatoire au principe selon lequel nul ne plaide en France par procureur ».

En effet, l'article L. 123-6 dispose : « Les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise peuvent exercer en justice toutes actions qui naissent des articles L. 123-1,

⁵⁸Carmen AHUMADA, Le harcèlement sexuel dans l'entreprise, RPDS n°663, juillet 2000, p° 223.

L. 140-2 à L. 140-4 en faveur d'un salarié de l'entreprise sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, pourvu que celui-ci ait été averti par écrit et ne s'y soit pas opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention ». Les syndicats peuvent donc exercer en justice, en faveur des salariés de l'entreprise, toutes les actions concernant l'égalité professionnelle.

Cependant, l'article L. 123- précise dans son dernier alinéa que : « pour les actions qui naissent du dernier alinéa de l'article L. 123-1 (c'est à dire lorsque le salarié a été victime d'une discrimination parce qu'il a subi ou refusé de subir des agissements de harcèlement sexuel) exercées en faveur des salariés, les organisations syndicales doivent justifier d'un accord écrit de l'intéressé ».

De ces dispositions, on en déduit que, contrairement aux actions des syndicats du dernier alinéa de l'article L. 123-1 du Code du travail qui doivent obtenir l'accord écrit du salarié, ces derniers ne nécessitent pour intervenir dans les autres cas qu'une acceptation tacite du salarié concernant les actions en faveur de l'égalité professionnelle.

Il faut enfin ajouter que la loi relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes⁵⁹ donne « la possibilité aux organisations syndicales représentatives dans l'entreprise d'agir en justice en faveur d'un salarié de l'entreprise victime d'une mesure faisant suite à un harcèlement sexuel, en justifiant de son accord écrit »⁶⁰.

2°).Les associations.

L'article 2-6 du code de procédure pénale prévoit que toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans, se proposant par ses statuts de combattre les discriminations fondées sur le sexe ou les mœurs, peut exercer les droits reconnus à la partie civile, pour des faits réprimés par l'article L. 123-1 du Code du travail, c'est à dire pour les faits portant sur le refus d'embauche, l'offre d'emploi et le licenciement.

⁵⁹ Loi n°2001-397 du 9 mai 2001 (JO du 10 mai 2001).

⁶⁰ Travail de nuit, égalité professionnelle, Liaisons sociales, jeudi 17 mai 2001, n°8180, p°7.

Cependant, la loi de 1992 a complété cet article 2-6 par un alinéa obligeant à respecter certaines exigences : « Toutefois, en ce qui concerne les infractions aux dispositions de l'article L. 123-1 du Code du travail... l'association ne sera recevable dans son action que si elle justifie avoir reçu l'accord écrit de la personne intéressée ou si celle-ci est mineure et après l'avis de cette dernière, celui du titulaire de l'autorité parentale ou du représentant légal ».

3°). *Huis clos des débats judiciaires.*

A la demande de l'une des parties, les débats devant toute juridiction ont lieu à huis clos (pénal) ou en chambre du conseil (civil) lorsque les actions en justice se rattachent au harcèlement sexuel ⁶¹, ce qui constitue une dérogation au principe de la publicité des débats et au pouvoir d'appréciation du juge des circonstances et des motifs qui peuvent exceptionnellement justifier le huis clos.

Comme l'explique Madame Carmen AHUMADA ⁶² : « Cette disposition hypocrite permet à l'agresseur d'éviter toute publicité au débat en demandant lui même le huis clos ».

D'ailleurs, pour l'Union des Femmes Françaises (UFF), pour l'association européenne contre les violences faites aux femmes au travail (AVFT) et pour le groupe parlementaire communiste, seul le huis clos à la demande de la victime était légitime.

⁶¹ Loi n°92-1179 du 2 novembre 1992, article 8.

⁶² Carmen AHUMADA, Le harcèlement sexuel dans l'entreprise, RPDS n°663, juillet 2000, p° 223.

§ 3). Prévention et information.

La répression du harcèlement sexuel est nécessaire, cela est indéniable.

Toutefois, suivant la bonne vieille formule : « mieux vaut prévenir que guérir », le législateur a instauré une obligation de prévention du harcèlement sexuel dans le monde du travail. Cette dernière pèse naturellement sur l'employeur (A).

De plus, il est apparu nécessaire d'informer les salariés sur la législation en vigueur concernant le harcèlement sexuel (B).

Un organisme particulier, le Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail s'est vu étendre ses compétences dans ce domaine particulier (C).

Enfin, nous analyserons le rôle de l'inspecteur du travail qui a en la matière une importante fonction de prévention (D).

A). L'obligation de prévention du chef d'entreprise.

Il appartient au chef d'entreprise de prendre toutes les dispositions nécessaires en vue de prévenir le harcèlement sexuel dans son entreprise ⁶³.

Plus précisément, l'article L. 122-48 du Code du travail vise à prévenir les actes réprimés par les articles L. 122-46 (« aucun salarié ne peut être sanctionné pour avoir subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement... ») et L.122-47 (« est passible d'une sanction disciplinaire tout salarié ayant procédé aux agissements définis à l'article L. 122-46 ») dudit Code.

Ces actions de prévention pourront se matérialiser dans l'organisation d'une information des salariés de l'entreprise sur les dispositions juridiques applicables.

Cependant, cette prescription 'est pas pénalement répréhensible (sauf si le chef d'entreprise est lui même le harceleur).

Bien que n'étant assortie d'aucune sanction, les inspecteurs du travail doivent veiller à l'application de cette législation ⁶⁴.

⁶³ Article L. 122-48 du Code du travail, loi du 2 novembre 1992.

⁶⁴ Code du travail, article L. 611-1 ; circulaire DRT n° 93-2 du 1 février 1993.

B). L'information des salariés.

Les recommandations communautaires ont poussé à : « une déclaration de principe à l'ensemble des salariés »⁶⁵.

Ainsi, le législateur français modifia le contenu obligatoire du règlement intérieur se trouvant à l'article L. 122-34 du Code du travail qui dispose dans son dernier alinéa : « Il rappelle les dispositions relatives à l'abus d'autorité en matière sexuelle, telles qu'elles résultent notamment des articles L. 122-46 (interdiction de sanctionner ou de licencier les victimes ou les témoins de harcèlement sexuel) et L. 122-47 (sanctions disciplinaires à l'encontre du salarié harceleur) du présent code. »

En vertu de l'article L. 122-37 du Code du travail, l'inspecteur du travail doit veiller au respect de cette obligation.

L'affichage des articles L. 123-1 à L. 123-7 du Code du travail (chapitre sur l'égalité professionnelle) dans les lieux de travail ou dans les locaux d'embauche est obligatoire. C'est aussi le cas pour le règlement intérieur selon les dispositions de l'article R. 122-12 du Code du travail.

Là encore, l'inspecteur du travail est chargé de la surveillance de l'observation de ces prescriptions.

C). Attributions du CHSCT.

Le législateur a tenu à ce que les salariés participent, par l'intermédiaire d'une institution représentative que constitue le CHSCT, à la prévention du harcèlement sexuel sur les lieux de travail.

A cet égard, l'article L. 236-2 alinéa 6 du Code du travail dispose : « Le comité peut proposer des actions de prévention en matière de harcèlement sexuel. » Il peut ainsi prendre des initiatives pour mettre en œuvre des actions d'information et de prévention

⁶⁵ J.O.C.E. –C 27 –4 février 1992.

du harcèlement sexuel susceptibles de contribuer à l'amélioration des conditions de travail ⁶⁶.

Cette compétence n'est cependant que facultative. De plus, les initiatives du CHSCT dans ce domaine sont entièrement laissées à son appréciation. Enfin, il est regrettable que dans les entreprises de moins de cinquante salariés, faute de CHSCT, cette prévention ne pourra être mise en œuvre alors que les problèmes les plus difficiles peuvent justement intervenir dans ces entreprises.

Ces dispositions ne font pas obstacle à l'action des autres institutions représentatives du personnel (comité d'entreprise, délégué du personnel, délégués syndicaux).

D). L'inspecteur du travail.

Le rôle de l'inspecteur du travail n'est pas seulement de réprimer mais aussi d'encourager et de participer à la prévention du harcèlement sexuel, cela par :

-une sensibilisation des acteurs de l'entreprise :

L'inspecteur du travail rappellera à l'employeur et aux salariés les dispositions légales, et pourra exiger par exemple de respecter l'obligation d'affichage des dispositions sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes.

-encourager une politique de prévention active des chefs d'entreprises :

Cette action se matérialisera par des actions comme des déclarations rigoureuses de la part de l'employeur de ne pas tolérer les pratiques de harcèlement sexuel dans son entreprise.

Ainsi : « la prévention c'est aussi faire en sorte que certaines situations qui peuvent favoriser des comportements ambigus soient évitées, par exemple lorsqu'une femme arrive dans un service, un atelier où auparavant seuls travaillaient des hommes. D'abord, il faut éviter qu'elle y soit la seule femme : arriver à deux c'est mieux... Ensuite il est utile de préparer les collègues masculins à l'arrivée d'une femme parmi eux et les informer aussi que le harcèlement sexuel est interdit... » ⁶⁷.

⁶⁶ Circulaire DRT n° 93-2 du 1 février 1993.

⁶⁷ Syndicalisme CFDT, 28 mai 1992, Vers la levée d'un tabou.

-Assurer au maximum l'égalité professionnelle :

Une reconnaissance des femmes dans leurs entreprises en leur confiant des responsabilités ne peut que diminuer les pratiques de harcèlement sexuel, ce dernier se caractérisant d'ailleurs par un abus d'autorité.

-Le rôle de conseil de l'inspecteur du travail :

En matière de harcèlement sexuel comme dans tous les domaines, le conseil constitue une part de plus en plus importante du métier d'inspecteur.

Cette fonction ne fait l'objet d'aucune réglementation. Seule la convention n°81 de l'organisation internationale du travail fait référence une seule fois à la notion de conseil en association étroite avec la pratique du contrôle : « il est laissé à la libre décision des inspecteurs du travail de donner des avertissements ou des conseils au lieu d'intenter des recommandations ou des poursuites »⁶⁸

L'inspecteur du travail ira concrètement désamorcer des conflits de harcèlement sexuel en traitant le litige à l'amiable. Ce mode de traitement est aussi efficace que la répression systématique des comportements illégaux et ne peut qu'encourager à la prévention.

⁶⁸ Edition Francis LEFEBVRE, Bulletin Social, 7/96, p°346.

SECTION 2. DE LA DIGNITE DE LA PERSONNE HUMAINE A LA DISCRIMINATION.

L'interdiction des discriminations dans l'emploi à raison du sexe trouve son fondement dans le préambule constitutionnel qui déclare que : « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ».

La discrimination est définie en droit français par l'article 225-1 du nouveau Code pénal comme une distinction opérée à raison d'un critère injustifié, notamment le sexe.

On comprend dès lors que cette notion est contraire à la philosophie générale d'égalité prônée par de nombreux textes et déclarations, en particulier celle des droits de l'homme et du citoyen : « tous les hommes naissent libres et égaux en droit... ».

La discrimination s'exerce beaucoup de part l'appartenance de la personne à l'un ou l'autre sexe, et plus généralement contre le sexe féminin.

On va, par la discrimination fondée sur l'appartenance sexuel d'un salarié, nier l'humanité qui est interne à cet individu en tant que personne humaine qui appartient à l'humanité, et en l'excluant de l'humanité, on lui retire par là même sa dignité.

La prise en compte du sexe comme motif de discrimination fait l'objet d'une multitude de textes aussi bien sur le plan national qu'international.

Au niveau international, on peut citer à titre d'exemple : la charte des Nations Unies du 26 juin 1945, l'article 119 du Traité de Rome du 25 mars 1957⁶⁹, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948⁷⁰, qui y font notamment référence et encouragent à l'élimination des discriminations fondées sur le sexe.

⁶⁹ Ses dispositions sont reprises par l'article 141 du Traité instituant les Communautés Européennes consolidé (Décret du 28 mai 1999 n°99.438 portant publication du Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997.

⁷⁰ Résolution 217A (III) du 10décembre 1948.

Au niveau communautaire, le traité signé à Amsterdam le 2 octobre 1997 inclut l'orientation sexuelle dans les motifs discriminatoires interdits. Comme l'explique Stéphane GARNERI⁷¹ : « l'article du traité n'est pas directement exécutable : il ne crée pas de droits juridiquement protégés à la non-discrimination ; il ne fait que donner la possibilité au Conseil d'adopter les mesures qu'il juge nécessaires. Mais ceci constitue déjà un progrès dans la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ».

On peut d'ailleurs citer l'adoption le 27 novembre 2000 d'une directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail⁷² et d'un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination pour les années 2001-2006⁷³.

Notons que la directive du 27 novembre 2000 condamne toute discrimination directe ou indirecte fondée sur l'orientation sexuelle, ce qui prend en compte la discrimination relative aux homosexuels.

La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée en décembre 2000, consacre pour sa part dans son article 21 le principe de non discrimination : « Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race... »⁷⁴.

Au niveau national, les textes spécifiquement consacrés à la discrimination sexuelle sont les articles L. 123-1 et suivants du Code du travail, issus de la loi du 13 juillet 1983 portant modification du Code du travail et du Code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes⁷⁵. L'adoption de ces dispositions résultent de la nécessité pour le législateur de mettre en conformité la législation française avec la directive 76/207/CEE du 09 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes pour l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et les conditions de travail⁷⁶.

⁷¹ Stéphane GARNERI, Le droit constitutionnel et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, Revue française de Droit constitutionnel, 40, 1999 ; p°725.

⁷² Directive 2000/78/CE du conseil du 27 novembre 2000.

⁷³ Décision du Conseil du 27 novembre 2000.

⁷⁴ La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Regard sur l'actualité, Mensuel n°267, janvier 2001, La documentation française.

⁷⁵ JO 14 juillet 1983, JCP 1983 III 54482.

⁷⁶ JOCE n°L39 du 14 février 1976.

L'incrimination figure à l'article L. 152-1-1 du Code du travail.

Le Nouveau Code pénal réprime quant à lui la discrimination, notamment sexuelle, aux articles 225-1, 225-2 et 225-3.

Il faut aussi souligner que la loi du 15 novembre 1999 relative au PACS ⁷⁷(le pacte civil de solidarité) remet en cause la jurisprudence de la Cour de cassation sur les couples et plus précisément son arrêt du 11 juillet 1989⁷⁸ au terme duquel elle avait considéré : « la disposition du statut des agents d'Air France étendant les facilités de transport au 'conjoint en union libre' doit être comprise comme ayant entendu avantager deux personnes vivant maritalement, sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut que concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme ».

Le concubinage homosexuel étant maintenant consacré par la loi sur le PACS, le couple ne peut plus être considéré comme étant simplement constitué d'un homme et d'une femme, toute mesure prise sur ce fondement étant illégale car discriminatoire.

Pour pouvoir réussir à mener une politique efficace de lutte contre les discriminations, il faut pouvoir déterminer quelles sont les pratiques que l'on va juger comme discriminatoire. Une simple offre d'emploi mentionnant le sexe du candidat recherché est-elle discriminatoire ?

Une délimitation des éléments constitutifs de la discrimination s'avère donc indispensable (§ 1).

De plus, pour que ces comportements soient reconnus comme discriminatoires et donc illégaux, il faudra prouver l'effectivité de ces derniers. La question est alors de savoir sur qui pèse la charge de la preuve : sur l'employeur ou le salarié ? Mais le problème est aussi de savoir comment s'organise le régime de la preuve des discriminations ? L'employeur peut-il s'exonérer de sa responsabilité ?

L'étude du régime de la preuve de la discrimination sera donc essentielle à notre étude (§ 2).

⁷⁷ Aude BENOIT, Droit de la famille, Editions du Juris-Classeur, Hors série Décembre 1999, p°42.

⁷⁸ Sociale, 11 juillet 1989, Bull. civ V, n°514.

Enfin, une fois la discrimination reconnue, il convient de la sanctionner. Mais quelles sont les sanctions applicables en la matière ? Des peines de prison et/ou d'amende sont-elles prévues ? Qui peut déclencher l'action aboutissant à ces peines ? Ces questions sur les sanctions applicables et leur mise en œuvre en la matière seront bien évidemment aussi analysées (§ 3).

§ 1).La constitution de la discrimination.

Nous étudierons de façon classique quelle est la teneur de cette élément en droit du travail (A) puis en droit pénal (B).

A). Les éléments constitutifs des discriminations sexistes en Droit du travail.

Nous étudierons les dispositions applicables en la matière (1°), avant d'illustrer celles-ci par un exemple (2°).

1°). L'article L. 123-1 du Code du travail.

L'article L. 123-1 du Code du travail réprime les discriminations fondées sur l'appartenance sexuelle de la personne.

Ce même article définit précisément les agissements qui doivent être considérés comme une discrimination sexuelle. Il s'agit de :

- mentionner ou faire mentionner dans une offre d'emploi, quels que soient les caractères du contrat de travail envisagé, ou dans toute autre forme de publicité relative à une embauche, le sexe ou la situation de famille du candidat recherché (L. 123-1 a) ;
- refuser d'embaucher une personne, prononcer une mutation, résilier ou refuser de renouveler le contrat de travail d'un salarié en considération du sexe ou de la situation de famille ou sur la base de critères de choix différents selon le sexe ou la situation de famille (L.123-b) ;
- prendre en considération du sexe toute mesure, notamment en matière de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation (L. 123-c).

Cependant, il faut souligner qu'une certaine forme de discrimination est permise lorsque le sexe est la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle.

A cet égard, l'article L.123-1 dispose : « un décret en Conseil d'Etat, détermine, après avis des organisations d'employeurs et de salariés les plus représentatives au niveau national, la liste des emplois et des activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante. Cette liste est révisée périodiquement dans les mêmes formes ».

L'article R. 123 -1 du Code du travail⁷⁹ considère que : « Les emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante sont les suivants :

Artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin ;

Mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ;

Modèles masculins et féminins ».

2*). Le jugement du Tribunal Correctionnel de Paris du 13 mars 1991.

En l'espèce, un questionnaire d'embauche contenait diverses questions illégales par leur objet, ce qui constituait une violation des dispositions de l'article L. 123-1 du Code du travail comme le fait de demander : « prenez vous la pilule ? ».

Le Tribunal Correctionnel de Paris a estimé que : « lors de l'embauche, l'existence d'un questionnaire homme et d'un questionnaire femme suffit à caractériser le caractère discriminatoire de l'épreuve »⁸⁰.

Toutefois, il faut souligner que depuis la promulgation de la loi du 31 décembre 1992, ce type de questionnaire est interdit par l'article L. 121-6 du Code du travail qui dispose dans son premier alinéa : « les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ou à un salarié ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles ».

⁷⁹ Issu du décret du 25 mai 1984.

⁸⁰ Tribunal Correctionnel de Paris, 13 mars 1991, Droit ouvrier, Janvier 1993, p°35.

B). L'infraction de discrimination en droit pénal.

Pour celle-ci, l'élément matériel est très important (1°), tout comme est également primordial l'élément intentionnel.

1°. L'élément matériel de l'infraction.

Le Nouveau Code pénal définit d'abord quelles sont les pratiques interdites par l'article 225-1 : « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs mœurs...

Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de leur situation de famille, de l'état de santé...des membres de ces personnes morales ».

Le Nouveau Code pénal détaille par la suite les comportements discriminatoires avec l'article 225-2 : « La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale est punie de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 francs d'amende lorsqu'elle consiste :

- 1° à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;
- 2° à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;
- 3° à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;
- 4° à subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ;
- 5° à subordonner une offre d'emploi à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ».

Enfin le Nouveau Code pénal énonce les cas où les dispositions précédemment évoquées (article 225-1 et 225-2) ne s'applique pas, cela par l'intermédiaire de l'article 225-3 qui dispose : « Les dispositions de l'article précédent ne sont pas applicables :

- 1° Aux discriminations fondées sur l'état de santé...

2° Aux discriminations fondées sur l'état de santé ou le handicap...

3° Aux discriminations fondées, en matière d'embauche, sur le sexe lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue, conformément aux dispositions du Code du travail ou aux lois portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique, la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle ».

Nous constatons ici la reprise des dispositions du code du travail de l'article L. 123-1.

2°). L'élément moral de l'infraction.

Au vue des textes internationaux (convention de l'Organisation des Nations unies du 18 décembre 1979, convention n°111 de l'Organisation International du Travail), de la jurisprudence communautaire, des textes européens en la matière et plus précisément de la directive du 15 décembre 1997, est sans importance le fait que l'auteur de la discrimination ait voulu véritablement discriminer.

Cela est contraire au droit pénal français et à l'article L. 121-3, alinéa 1^{er} du Code pénal qui dispose : « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ». L'auteur de la discrimination doit donc avoir été animé d'une volonté discriminatoire.

Cela est différent de la méthode opérée par la Cour européenne des droits de l'homme qui, nous le verrons par la suite, retient la discrimination indirecte lorsqu'une : « mesure apparemment neutre a eu un impact différent sur un groupe majoritairement composée de personne du même sexe »⁸¹. On parle ici de discrimination objective qui se prouve généralement de manière statistique. L'intention de l'auteur de l'acte est alors sans importance.

En droit pénal français : « l'intention consiste en un dol spécial (la volonté discriminatoire) »⁸².

Concrètement, comme l'explique Michèle-Laure RASSAT⁸³ : « il ne suffit pas qu'un individu présentant certaines caractéristiques personnelles très différentes de celles des

⁸¹ BOSSU. B, Théorie du droit du travail, cours de DEA Droit Social, 2000-2001.

⁸² CA Paris, 8 mai 1989 : Juris-Data n°603168.

⁸³ Michèle-Laure RASSAT, Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers, DALLOZ, 2^e édition, 1999, p°419.

autres candidats se voit refuser un emploi pour qu'on en déduise qu'il a été victime d'une pratique discriminatoire car bien d'autres considérations peuvent expliquer ce refus d'embauche (diplômes, expérience professionnelle...).

Enfin, il faut remarquer que les mobiles ayant animés l'auteur de la discrimination ne sont pas pris en compte. Ainsi, ; « les fonctions d'hôtesse de l'air et de steward étant identiques, le souci de l'employeur de satisfaire la préférence de sa clientèle pour un personnel naviguant féminin ne peut s'analyser comme un motif légitime »⁸⁴.

Le juge doit prendre en compte le motif 'réel' de l'auteur. Ainsi, sont répréhensibles non seulement les discriminations directes mais aussi celles indirectes.

⁸⁴ Tribunal Correctionnel de Morlaix, 20 janvier 1984, Droit Social 1984, observations de Jean SAVATIER, p°342.

§ 2). La preuve de la discrimination.

La preuve de la discrimination sera différente selon que l'on se trouve en présence d'une discrimination directe ou d'une discrimination indirecte.

Lorsqu'un : « chef d'entreprise 'maladroit' justifie le non recrutement d'un salarié en invoquant expressément un motif discriminatoire »⁸⁵, il y a discrimination directe et cela ne posera guère de problème quant à la preuve de cet acte.

La directive européenne du 27 novembre 2000 nous explique, dans son chapitre I, article 2, qu'il y a discrimination directe quand : « une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1^{er} (notamment l'orientation sexuelle) »⁸⁶.

Par contre, en cas de discrimination non-directe, le problème de la preuve prend une toute autre ampleur, et il apparaît difficile pour la victime de prouver ces allégations.

D'ailleurs, pour les discriminations fondées sur le sexe du salarié, il s'agit généralement de discriminations plus ou moins 'cachées'.

Aussi, par une directive du 15 décembre 1997⁸⁷ instituant la notion de discrimination indirecte, le droit européen est venu régler la question de la preuve de ces discriminations concernant le sexe du salarié, reprenant par là même la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en ce domaine⁸⁸, jurisprudence reprise par la chambre sociale française de la Cour de Cassation quant à l'établissement de la preuve de la discrimination indirecte.

⁸⁵ BOSSU. B, Théorie du droit du travail, cours de DEA Droit Social, 2000-2001.

⁸⁶ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

⁸⁷ Directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe.

⁸⁸ Notamment : CJCE 17 octobre 1989, Arrêt DANFOSS, aff.109/88 Rec. 3199, Jurisp. soc. UIMM n°89-522 p.507.

Il y a alors discrimination indirecte si : « une mesure de l'employeur apparemment neutre a un impact différent sur un groupe majoritairement composé de personne du même sexe »⁸⁹.

Plus précisément, la chambre sociale de la Cour de cassation a repris la façon dont la charge de la preuve de la discrimination devait s'effectuer : « Il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge des éléments de faits susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes. Et il incombe à l'employeur s'il conteste le caractère discriminatoire de cette mesure d'établir que la disparité de situation ou la différence de rémunération est justifiée par des critères objectifs étrangers à toutes discriminations fondées sur le sexe »⁹⁰.

Cette notion de discrimination indirecte fut définie clairement par une directive européenne du 27 novembre 2000⁹¹ qui dispose qu'il y a discrimination indirecte quand : « une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes... ».

La directive organise le régime de la preuve de la discrimination en deux étapes.

Dans un premier temps, le demandeur est tenu d'établir une présomption de discrimination simple en sa faveur afin de déplacer la charge de la preuve sur l'employeur (A).

Ensuite, dans une seconde étape, l'employeur devra tenter d'établir qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement (B).

⁸⁹ BOSSU. B, Théorie du droit du travail, cours de DEA Droit Social, 2000-2001.

⁹⁰ Sociale, 23 novembre 1999, Droit Social 2000, p°592.

⁹¹ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

A). L'établissement de la présomption simple de discrimination par le demandeur.

Comme l'explique Marie-Thérèse LANQUETIN⁹², « même si la demande de la salarié a un caractère individuel, la cour va restituer l'intéressé dans son groupe d'appartenance et c'est à l'aide d'une comparaison de groupe à groupe que s'analyse le phénomène de discrimination ».

La preuve s'établira alors par des données essentiellement par des éléments statistiques (1°) et sociologiques (2°).

1°). Les statistiques.

Pour illustrer l'importance des statistiques en matière de discrimination fondée sur le sexe, nous citerons quelques lignes de différents arrêts de la CJCE :

« L'article 4 par. 1 de la directive 79/7 s'oppose à l'application d'une législation nationale faisant dépendre l'octroi d'une incapacité de travail de la condition d'avoir perçu un certain revenu au cours de l'année précédant le début d'incapacité, condition qui bien que ne distinguant pas selon le sexe, affecte un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes »⁹³.

Ou encore : « Dès lors qu'une mesure frappe un nombre plus élevé de femmes que d'hommes... Dès lors qu'un critère défavorise systématiquement les travailleurs féminins... Dès lors que le travail féminin établit par rapport à un nombre relativement important de salariés que la rémunération moyenne des travailleurs féminins est inférieure à la rémunération moyenne des travailleurs masculins »⁹⁴.

⁹² Marie-Thérèse LANQUETIN, La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire, Droit Social, Mai 1995, p° 437.

⁹³ CJCE 24 février 1994, aff. C-343/92, Rec. 1-547.

⁹⁴ CJCE 17 octobre 1989, aff.109/88 DANFOSS, Rec. 3199.

2°). L'influence des données sociologiques.

Selon Marie-Thérèse LANQUETIN⁹⁵ : « L'impact de la mesure semble considéré dans un contexte plus large de la situation des femmes sur le marché du travail et de la société en général ».

Cette influence de la dimension sociologique peut se dégager de la définition même de la discrimination indirecte comme étant : « une mesure de l'employeur apparemment neutre a un impact différent sur un groupe majoritairement composé de personne du même sexe »⁹⁶. La référence au groupe est déjà présente dans cette définition.

B).La justification objective par l'employeur de la non atteinte au principe de l'égalité de traitement.

La directive du 27 novembre 2000 dispose : « une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition..., à moins que :

I . cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires... »⁹⁷.

L'employeur doit donc pouvoir justifier objectivement ses mesures (1°).

De plus, ces dernières doivent être adaptées à la réalisation de l'objectif de l'employeur (1°).

1°). Le but poursuivi doit être légitime.

L'employeur peut échapper aux reproches de discriminations en invoquant un motif objectif (souvent fondé sur des considérations d'ordre économiques).

La CJCE a fait application de cette notion dans un arrêt du 9 février 1999⁹⁸.

⁹⁵ Marie-Thérèse LANQUETIN, La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire, Droit Social, Mai 1995, p°438.

⁹⁶ BOSSU. B, Théorie du droit du travail, cours de DEA Droit Social, 2000-2001.

En l'espèce, la législation britannique relative au licenciement abusif ne prévoit des indemnités que si le salarié est licencié au bout de deux ans d'ancienneté. Deux salariées ont considéré que cette disposition est contraire au droit communautaire car la proportion de femmes remplissant cette condition est moins importante que celle des hommes.

La CJCE répond alors : « Dans l'hypothèse où la discrimination est établie, l'auteur de la mesure litigieuse peut la justifier par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe ».

Le gouvernement britannique invoquait le fait que le risque pour des employeurs d'être impliqués dans des procédures pour licenciement abusif du fait de salariés récemment recrutés constitue un élément propre à dissuader l'embauche.

La CJCE répondit : « La promotion de l'embauche est un objectif légitime de politique sociale ».

Cependant, le juge exerce aussi un contrôle de proportionnalité qui dans cette affaire eut une grande importance.

2°). Le contrôle de proportionnalité.

Comme l'explique Marie-Thérèse LANQUETIN⁹⁷ : « Une fois admis que le but poursuivi par l'employeur est légitime, qu'il peut prévaloir sur le principe d'égalité, le juge doit se poser une série de questions :

L'employeur ne pouvait-il pas atteindre son objectif d'une manière non discriminatoire ou moins discriminatoire ?

Les moyens utilisés sont-ils aptes et nécessaires pour atteindre cet objectif ? ».

Or, dans l'arrêt de la CJCE du 9 février 1999, c'est précisément sur ces questions que le gouvernement britannique fut sanctionné. La CJCE estima : « de simples affirmations générales ne suffisent pas pour faire établir que la règle litigieuse est étrangère à toute

⁹⁷ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

⁹⁸ TPS, Avril 1999, n° 172.

⁹⁹ Marie-Thérèse LANQUETIN, La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire, Droit Social, Mai 1995, p° 440.

discrimination fondée sur le sexe et que les moyens choisis étaient aptes à la réalisation de l'objectif ».

§ 3). Les sanctions et leur mise en œuvre.

Pour pouvoir atteindre les objectifs d'une politique visant à éliminer la discrimination sexuelle, il faut nécessairement que cette dernière soit accompagnée de sanctions (B).

De plus, pour qu'il y est sanction, il faut non seulement que l'infraction soit constituée, mais aussi qu'elle soit poursuivie par des personnes titulaires de l'action en justice (A).

A) Les acteurs de la poursuite.

Trois types de personnes apparaissent comme des acteurs potentiels de la poursuite de l'infraction de harcèlement sexuel : la victime de l'infraction (1°), les syndicats (2°) et les associations (3°).

1°. La victime de l'infraction elle même.

Cette faculté apparaît être logique puisque cette dernière est la première concernée par l'infraction commise.

Elle peut soit porter une plainte simple afin de déclencher une enquête sous le contrôle du parquet.

Mais elle peut aussi se constituer partie civile auprès d'un juge d'instruction afin d'entraîner l'ouverture d'une information.

L' aide de l'inspecteur du travail s'avère très précieuse puisque ce dernier peut constater les infractions à la législation du travail par un procès verbal qui fait foi jusqu'à preuve du contraire, on dit alors que ce dernier possède certaines prérogatives d'officier de police judiciaire.

Les officiers de police judiciaires sont pour leur part aussi compétents pour constater les infractions.

2°). Les syndicats.

Les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise peuvent agir en justice à la place du salarié sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé et sans avoir opposition de ce dernier sur le fondement de l'article L. 123-6 du Code du travail qui dispose : « Les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise peuvent exercer en justice toutes actions qui naissent des articles L. 123-1 (égalité professionnelle entre les hommes et les femmes), L. 140-2 à L. 140-4 (égalité de rémunération entre les hommes et les femmes) en faveur d'un salarié de l'entreprise sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, pourvu que celui-ci ait été averti par écrit et ne s'y soit pas opposé dans un délais de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention.

L'intéressé peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat... ».

Cependant, comme l'explique M. Pierre GERDER¹⁰⁰ : « s'agissant des infractions prévues par le nouveau Code pénal, à la rubrique des atteintes à la dignité de la personne, l'action des syndicats pourrait sembler moins évidente ».

Cependant, sur la base du Code du travail, l'action des syndicats fut admise en matière de discrimination sexuelle. Le fondement textuel de cette intervention se trouve dans l'article L. 122-45 du Code du travail qui interdit des discriminations similaires à celles réprimées par le Code pénal (article 225-1 du Nouveau Code pénal).

L'action des syndicats en matière pénal pour discrimination fut donc logiquement admise¹⁰¹.

3°). Les associations.

L'article 2-6 du Code de procédure pénal autorise les associations déclarées depuis au moins cinq ans d'exercer les droits reconnus à la partie civile pour les discriminations fondées sur le sexe notamment, quand ces poursuites sont réalisées sur

¹⁰⁰ Pierre GUERDER, La poursuite et la répression pénale des discriminations en droit du travail, Droit Social n°5, Mai 1995, p°448.

¹⁰¹ A titre d'exemple : Crim. 25 mai 1983, Bull. n°154, p°377.

la base des articles L. 123-1 du Code du travail (égalité professionnelle entre les hommes et les femmes) ou 225-2 et 432-7 du Nouveau Code pénal (sanctionnant les discriminations dans le droit commun).

B). Les sanctions de la discrimination sexuelle.

Le Nouveau Code pénal, contrairement au Code du travail réprime les discriminations sexuelles commises par des personnes morales (1°).

Les personnes physiques sont quant à elles aussi bien sanctionnées en droit du travail qu'en droit pénal (2°).

1°). Le dispositif répressif contre les personnes morales.

Il faut d'abord ici rappeler que seules les infractions de l'article 225-2 du Nouveau Code pénal sont imputables à une personne morale sur la base de l'article 225-4 du Nouveau Code pénal qui, ayant adjoint certaines sanctions de l'article 131-39 prévoit diverses peines :

- l'amende :

l'article 225-4 du nouveau Code pénal la fixe au quintuple de celle susceptible d'être appliquée aux personnes physiques, soit un million de francs.

- l'interdiction temporaire (cinq ans maximum) ou définitive d'exercer directement ou indirectement l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

- la fermeture temporaire ou définitive du ou des établissements ayant servi à commettre les faits incriminés.

- l'exclusion définitive ou temporaire des marchés publics.

- le placement sous surveillance judiciaire (maximum cinq ans) :
cette mesure s'accompagne de la désignation d'un mandataire de justice.
- l'affichage de la décision prononcée ou sa diffusion dans la presse écrite, ou par tout autre moyen de communication audiovisuelle à la charge de la personne réprimée.
- la confiscation de la chose qui était destinée à commettre l'infraction, ou de la chose qui en est le produit :
cette sanction permettra de faire disparaître par exemple les supports d'annonces d'offres d'embauches discriminatoires.

Nous préciserons que comme le souligne Monsieur Pierre GUERDER¹⁰² : « les sanctions autre que l'amende peuvent être cumulées entre elles. Cela ressort clairement de l'article 131-9. Il est moins évident que ces sanctions ou l'une d'elles puissent être cumulées avec

l'amende ».

2°). Le dispositif répressif contre les personnes physiques.

Nous distinguerons ici trois types de peines comme les différencie Monsieur Pierre GUERDER¹⁰³, à savoir les peines principales (a), les peines complémentaires (b) et l'ajournement (c).

¹⁰² Pierre GUERDER, La poursuite et la répression pénale des discriminations en droit du travail, Droit Social n°5, Mai 1995, p°451.

¹⁰³ Pierre GUERDER, La poursuite et la répression pénale des discriminations en droit du travail, Droit Social n°5, Mai 1995, p°452.

a). Les peines principales.

Le Code du travail, au terme de l'article L. 152-1-1 dispose : « toute infraction aux dispositions de l'article L.123-1 (égalité professionnelle entre les hommes et les femmes) sera punie d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 25 000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement.

Le tribunal pourra ordonner, aux frais de la personne condamnée, l'affichage du jugement dans les conditions prévues à l'article 131-35 du Code pénal et son insertion, intégrale ou par extraits, dans les journaux qu'il désigne, sans que ces frais puissent excéder le maximum de l'amende encourue ».

Le Code pénal pour sa part prévoit une peine d'emprisonnement plus forte : 2 ans, et/ou une peine d'amende plus conséquente : 200 000 francs.

Toutefois, pour des raisons pratiques (sur population carcérale) et des raisons sociales (effet désocialisant des peines de prison), il existe des peines alternatives à l'emprisonnement (articles 131-5, 131-6, et 131-8 du nouveau Code pénal) ou à l'amende (article 131-7 et 131-9 du nouveau Code pénal) :

- les jours amende.
- les peines privatives ou restrictives de droits (article 131-6 du nouveau Code pénal) :

à titre d'exemple, on pourra citer d'exercer une activité professionnelle ou sociale dès lors que les facilités que procure cette activité ont été sciemment utilisées pour préparer ou commettre l'infraction.

- le travail d'intérêt général d'une durée de 40 à 240 heures, au service d'une personne morale de droit public ou d'une association habilitée.

b). Les peines complémentaires.

Ces peines ne sont imputables uniquement qu'aux personnes physiques déclarées responsables du délit de discrimination au sens de l'article 225-2 du nouveau Code pénal.

Les juges ont alors la possibilité de prononcer au terme de l'article 225-19 du nouveau Code pénal des peines semblables à celles des personnes morales :

- la fermeture d'un ou de plusieurs établissements de l'entreprise appartenant à l'auteur de l'infraction.
- l'affichage et la diffusion de la décision.
- l'exclusion des marchés publics.

Peut aussi être prononcé :

- l'interdiction temporaire (jusqu'à cinq ans), de l'exercice de certains droits civiques ou civils :

il peut s'agir de l'éligibilité, de l'exercice d'une fonction juridictionnelle, d'être expert devant une juridiction, ou assister une partie en justice.

Comme le précise Monsieur Pierre GUERDER¹⁰⁴ : « ces diverses peines complémentaires sont cumulables entre elles, et avec une peine principale. Mais elles peuvent aussi être prononcées à titre de peines principales (article 131-11 du nouveau Code pénal).

C'est dire que la sanction pénale peut faire l'objet d'une individualisation des plus précises ».

¹⁰⁴ Pierre GUERDER, La poursuite et la répression pénale des discriminations en droit du travail, Droit Social n°5, Mai 1995, p°452.

c). L'ajournement.

Ces dispositions ne concernent pas le Code du travail.

Par contre, trois formes d'ajournement sont prévues dans le nouveau Code pénal : l'ajournement simple, avec mise à l'épreuve ou avec injonction.

Selon Monsieur Pierre GUERDER¹⁰⁵ : « la généralité des dispositions régissant, aux articles 132-60 et suivants du nouveau Code pénal, l'ajournement simple ou avec mise à l'épreuve, permet d'envisager l'application aux personnes physiques, dans tous les cas de discriminations.

En revanche, seul l'ajournement simple est théoriquement applicable aux personnes morales ».

Quant à l'ajournement avec injonction ('d'exécuter'), le nouveau Code pénal ne l'évoque pas en ce qui concerne les discriminations, notamment celles fondées sur le sexe de la personne.

Cependant, l'article L. 152-1-2 du Code du travail qui fait référence aux dispositions du Code pénal sur l'ajournement simple pour violation de l'article L. 123-1 du Code du travail, dispose dans son deuxième alinéa : « l'ajournement comporte injonction à l'employeur de définir, après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, et dans un délai déterminé, les mesures propres à assurer dans l'entreprise en cause le rétablissement de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. L'ajournement peut, le cas échéant, comporter également une injonction à l'employeur d'exécuter dans le même délai les mesures définies ».

Le tribunal peut assortir sa décision de l'exécution provisoire.

Les dispositions évoquées ci-dessus sont applicables pour les délits prévus à l'article L. 123-1 (égalité professionnelle entre les femmes et les hommes), L. 140-2 (égalité de rémunération entre les femmes et les hommes), L. 140-3 (égalité de rémunération entre les femmes et les hommes) du Code du travail, donc contre les discriminations sexuelles.

¹⁰⁵ Pierre GUERDER, La poursuite et la répression pénale des discriminations en droit du travail, Droit Social n°5, Mai 1995, p°452.

CHAPITRE II : LES VIRTUALITES DE LA RECONNAISSANCE DU SEXE DU SALARIE COMME HUMANITE DE L'HOMME.

La proclamation par le conseil constitutionnel le 27 juillet 1994 du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine a ouvert des perspectives considérables quant à une meilleure prise en compte de l'humanité de l'homme par le droit français. Plus précisément, les salariés placés dans une situation professionnelle qui méconnaît leur dignité devraient logiquement se voir encore plus protéger grâce à l'application effective de ce principe.

Il est vrai que la législation actuelle protège déjà la dignité du salarié, notamment au vue des atteintes fondées sur la prise en considération de son sexe, comme la discrimination ou le harcèlement sexuel, ce que nous avons étudié dans un chapitre premier.

Toutefois, de telles dispositions apparaissent insuffisantes au regard de l'importance du concept de dignité de la personne humaine.

Aussi, une modification de la législation actuellement en vigueur pourrait apparaître opportune.

Les peines que le Code du travail et le Code pénal affligent à l'auteur de discriminations à caractère sexuelle ou au harceleur sexuel sont-elles dans cette perspective suffisamment protectrice de l'humanité de l'homme qui réside en chacun des salariés ?

De même, nous pouvons légitimement nous demander si les titulaires actuels du droit d'agir en justice pour de tels faits sont bien compétents pour défendre la dignité de l'homme ?

De telles questions sont primordiales dans l'affirmation du concept de dignité de la personne humaine et il conviendra dans une première partie de notre étude de tenter d'y répondre (section I).

De même, les agissements punissables en la matière participent-ils suffisamment à la défense de la dignité du sexe du salarié ? Qu'en est-il des personnes punissables ?

La question qui se pose ici sera de savoir si le champ d'application considérant le sexe du salarié comme élément de sa dignité ne serait pas à préciser.

Un second centre d'intérêt pourra alors se dégager de l'influence possible du concept de dignité sur le régime juridique de la défense du sexe du salarié comme élément de sa dignité (section II).

SECTION 1. VERS UNE ADAPTATION DU REGIME JURIDIQUE.

Les titulaires de l'action en justice concernant la discrimination et le harcèlement sexuel sont limitativement énumérés par le Code du travail et le Code pénal. L'affirmation du principe de dignité de la personne humaine semble nécessiter une redéfinition des acteurs de la défense du sexe du salarié comme participant à sa dignité (§ 1).

De la même manière, un renforcement des dispositions répressives semble inéluctable si on veut pouvoir assurer le respect du droit fondamental qu'est celui du respect de la dignité du salarié (§ 2).

§ 1). La défense de la dignité : une action appartenant à l'humanité.

La conception de la dignité qui fut retenue en droit administratif dans un arrêt d'assemblée du 27 octobre 1995, commune de Morsang –sur-Orge pourra nous aider dans notre étude (A).

Une fois cette conception de la dignité analysée, nous tenterons d'en prévoir les conséquences sur les titulaires de l'action en justice en ce qui concerne la défense du sexe du salarié comme élément de dignité (B).

A. La dignité de la personne humaine en droit administratif :

Le lancer de nain était un jeu consistant à lancer sur une courte distance un nain sur un matelas pneumatique.

Ce genre de spectacle s'est développé en France dans les années 1990, la plupart du temps dans des discothèques.

Le maire de la commune de Morsang-sur-Orge a pris un arrêté interdisant ces lancers dans une discothèque de ladite commune.

Le tribunal administratif de Versailles considéra que cette mesure excédait les pouvoirs de police du maire. Le conseil d'Etat considéra l'inverse et y reconnut le respect de l'humanité de l'homme comme une composante de l'ordre public ¹⁰⁶(1°) et cela bien que contraire à la volonté des nains en question (2°).

1°). La dignité de la personne humaine reconnue composante de l'ordre public.

¹⁰⁶ C.E.Ass.27octobre.1995, Commune de Morsang-sur-Orge, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 11^e édition, Dalloz, p°790.

Le conseil d'Etat avait déjà mis en exergue la nécessité de préserver la dignité de la personne à l'occasion des contrôles exercés sur les salariés¹⁰⁷.

Cependant ici, l'affaire du lancer de nain met en scène des personnes 'physiquement différentes' de part leurs tailles et qui percevaient volontairement une rémunération grâce à leurs différences justement.

Mais le pouvoir de police devait légalement pouvoir être utilisé pour stopper une telle pratique. A cet égard, nous rappellerons que ce dernier comprend, selon l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales, outre le bon ordre, la sécurité, la sûreté et la salubrité publiques auxquelles s'y ajoute la tranquillité publique.

Cependant, aucun de ces concepts, pas même la moralité publique n'étaient véritablement adaptés en l'espèce.

Aussi, le conseil d'Etat a considéré que : « le respect de la dignité humaine constitue lui-même l'une des composantes de l'ordre public », ce qui constitue une affirmation extrêmement forte du principe de dignité de la personne humaine envisagé sous l'aspect de la police administrative.

2*).La protection de la personne contre elle même.

Dans l'arrêt en question, les nains étaient d'accord pour participer à cette attraction.

Toutefois¹⁰⁸ : « l'atteinte à la dignité de la personne humaine, à laquelle nul ne peut consentir, constitue une atteinte à la société puisque le respect de cette dignité fait partie de l'ordre public ».

Le conseil d'Etat avait d'ailleurs considéré¹⁰⁹ : « l'attraction de lancer de nain consistant à faire lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle ; que, par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine ; que

¹⁰⁷ 11 juillet 1990, Ministère des affaires sociales et de l'emploi contre Syndicat C.G.T de la société Griffine-Maréchal.

¹⁰⁸ Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, M. Long-P. Weil-G. Braibant-P. Delvolvé-B. Genevois, 11^e édition, Dalloz, p°798.

l'autorité investit du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition, contre rémunération ».

La liberté ne s'apprécie plus ici individuellement mais collectivement.

En effet, l'individu, en l'occurrence le nain est comme toute personne humaine porteur d'une partie de l'humanité. Or, en le laissant se détacher de cette partie de l'humanité qui lui est inhérente en tant que personne humaine, il porte atteinte à l'humanité de l'homme donc à la dignité de la personne humaine, principe absolu.

Comme le souligne Madame Laurence WEIL¹¹⁰ : « à ce titre la liberté et l'égalité sont des concepts qui contiennent leur propre limite : celle de la dignité de la personne humaine, expression condensée de ce qui n'est pas négociable dans le pacte social démocratique ».

Un tel mode de pensée n'est pas nouveau comme peuvent en témoigner l'obligation du port de la ceinture de sécurité ou du casque pour les motards.

B. Les conséquences de l'analyse administrative sur l'action en justice.

Nous avons vu précédemment que divers acteurs pouvaient déclencher la procédure judiciaire, à savoir la victime elle même, les syndicats et les associations, actions encadrées par des conditions qui nécessiteraient avec l'avènement du concept de dignité une certaine modification (1°).

Plus encore, nous pouvons même envisager une intervention de nouveaux acteurs dans la défense de la dignité du salarié (2°).

¹⁰⁹ C.E.Ass.27octobre.1995, Commune de Morsang-sur-Orge, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 11^e édition, Dalloz, p°791.

¹¹⁰ Laurence WEIL, La dignité de la personne humaine en droit administratif, Collection études juridiques, Economica, La dignité de la personne humaine, 1999, p°105.

1°). Une modification des dispositions actuelles relatives aux acteurs de l'action en justice.

Nous envisagerons successivement la compatibilité du principe de dignité de la personne humaine avec chacun des acteurs du procès en harcèlement sexuel ou discrimination sexuelle, à savoir : la victime elle même (a), les organisations syndicales dans l'entreprise (b) et les associations (c).

a). La victime du harcèlement ou de la discrimination sexuelle.

Cette dernière est concernée en premier lieu par l'infraction constituée, aussi est-il normal qu'elle puisse exercer une action en justice pour assurer sa propre défense, cette hypothèse ne pose en réalité aucun problème.

b). Les organisation syndicales dans l'entreprise.

Elles peuvent elles aussi poursuivre les agissements de discrimination sexuelle et n'ont pas alors, selon l'article L. 123-6 du Code du travail : « à justifier d'un mandat de l'intéressé, pourvu que celui-ci ait été averti par écrit et ne s'y soit pas opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui à notifiée son intention. ».

On peut ici dégager divers éléments posés pour encadrer ce droit d'action des syndicats, éléments qui sont plus ou moins en adéquation avec la défense de la dignité de la personne humaine :

- les organisations syndicales n'ont pas à justifier d'un mandat de l'intéressé :

Cette disposition est tout à fait conforme au concept de dignité qui s'analyse en un concept absolu. Chaque salarié, individu est porteur d'une partie d'humanité en tant que personne humaine et les syndicats doivent pouvoir défendre à travers ce salarié

l'humanité tout entière. Ces derniers ne doivent donc pas avoir besoin de l'accord de l'intéressé pour pouvoir agir.

- le salarié doit avoir été averti par écrit et ne pas s'opposer à l'action du syndicat dans les quinze jours de la notification :

Cette disposition apparaît d'emblée comme contraire à la notion de dignité de la personne humaine : « qui fait référence aussi bien au fort intérieur de la personne humaine qu'à son fort extérieur, son apparence dans la vie sociale »¹¹¹.

La dignité en tant que droit fondamental est intangible, selon l'expression de Mme LENOIR : « indérogeable »¹¹², et comme nous le démontre l'arrêt du Conseil d'Etat du 27 octobre 1995¹¹³, la défense de la dignité de la personne humaine peut s'organiser contre la volonté de la personne qui est victime de cette atteinte, .en l'espèce s'agissant d'un lancer de nain.

Le syndicat doit certainement dans un but d'information de la victime lui annoncer qu'il va agir à sa place, mais doit pouvoir agir quand bien même la victime de la discrimination sexuelle s'y oppose.

Les syndicats peuvent aussi agir en justice pour demander à ce que soit réprimé le harcèlement sexuel selon l'article L.123-6 dernier alinéa qui dispose : « pour les actions qui naissent du dernier alinéa de l'article L.123-1 (relatives au harcèlement sexuel) exercées en faveur d'un salarié, les organisations syndicales doivent justifier d'un accord écrit de l'intéressé ».

Cette disposition est plus restrictive que celle concernant la discrimination sexuelle ou les organisation syndicales n'ont pas à justifier d'un mandat de l'intéressé, cela parce que l'on touche ici à l'intimité de la personne.

Cependant, la même remarque que celle que nous avons effectué pour la discrimination sexuelle peut trouver à s'appliquer. En effet, la dignité d'une personne reflète son

¹¹¹ Philippe PEDROT, La dignité de la personne humaine : principe consensuel ou valeur incantatoire ?, Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges Christian BOLZE, Economica, 1999, XII.

¹¹² N. LENOIR, Bioéthique, Constitution et droits de l'homme, p°29.

appartenance à l'humanité et les syndicats doivent pouvoir défendre l'humanité, « l'accord écrit de l'intéressé » ne devrait donc pas être nécessaire.

c). Les associations.

L'article 2-6 du Nouveau Code pénal dispose : « Toutefois en ce qui concerne les infractions aux dispositions du dernier alinéa L. 123-1 du Code du travail (harcèlement sexuel)... l'association ne sera recevable dans son action que si elle justifie avoir reçu l'accord écrit de la personne intéressée, ou si celle-ci est mineure et après avis de cette dernière, celui du titulaire de l'autorité parentale ou du représentant légal ».

La défense de l'humanité de l'homme appartenant à tous les hommes, l'accord de la victime ne devrait pas être obligatoire, comme nous avons pu le faire remarquer à propos de l'action des syndicats, qu'elle soit mineure ou pas, et, si c'est le cas, sans avoir besoin de l'accord du titulaire de l'autorité parentale ou du représentant légal.

Ce même article 2-6 autorise l'action des associations en ce qui concerne l'article L. 123-1 du Code du travail (égalité professionnelle entre les femmes et les hommes) ou réprimée par les articles 225-2 et 432-7 du Nouveau Code pénal (discriminations).

Ces associations doivent être déclarée depuis au moins cinq ans, son action doit être conforme à son objet statutaire, et l'infraction dénoncée doit être réprimé par les textes autorisant l'action des associations.

En vue de la défense d'une valeur absolue comme l'est celle de la dignité de la personne humaine, toutes ces conditions apparaissent trop contraignante et il conviendrait de les alléger au maximum, une association pouvant toujours agir en justice pour défendre l'humanité de l'homme, et cela sans condition 'd'ancienneté, de conformité à son objet statutaire et pourquoi pas même de texte spécifiques l'autorisant à agir.

¹¹³C.E.Ass.27octobre.1995, Commune de Morsang-sur-Orge, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 11^e édition, Dalloz, p°790.

Il faut aussi rappeler que l'affaire du lancer de nain¹¹⁴ nous conduirait à penser qu'une telle action en justice des associations devrait pouvoir s'exercer quant bien même la victime en question s'y oppose.

2°). *L'intervention de nouveaux acteurs.*

Monsieur Bertrand MATHIEU analyse très bien le caractère absolu du principe de dignité de la personne humaine proclamée par le conseil constitutionnel en 1994¹¹⁵, plus exactement, pour lui la dignité est : « un droit naturel préexistant à toute construction juridique, fut-elle constitutionnelle. L'homme a des droits qui doivent lui être reconnus parce qu'il est une personne humaine, marquée comme telle du sceau de la dignité. Ce principe de dignité s'applique dans l'ordre juridique, non pas en que droit naturel ..., mais parce qu'il est inscrit dans un texte constitutionnel qui est en fait le vecteur de ce droit et lui confère ainsi une valeur en droit positif.

La signification de la dignité, c'est l'interdiction de tout acte inhumain, c'est à dire de tout acte qui tend à méconnaître en tout homme, en tout être humain, une personne humaine »¹¹⁶.

Vu sous cet angle, on comprend bien l'importance d'un tel principe et les conséquences que son caractère absolu inclut.

La dignité de la personne humaine ne peut souffrir d'aucune limitation et doit donc pouvoir être défendue le plus efficacement possible.

Les conditions d'exercice de l'action en justice de la victime, des syndicats et des actions en justice doivent être au maximum élargies, c'est ce que nous venons juste de voir ci dessus. Toutefois, la protection de l'humanité de l'homme nécessite beaucoup plus et il apparaît alors logique d'étendre l'exercice de cette protection à tous les hommes.

¹¹⁴ C.E.Ass.27octobre.1995, Commune de Morsang-sur-Orge, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 11^e édition, Dalloz, p°790.

¹¹⁵ Décision du Conseil Constitutionnel du 27 juillet 1994.

¹¹⁶ Bertrand MATHIEU, La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ?, Recueil Dalloz Sirez, 1996, 33^e cahier, chronique, p°284-285.

Concrètement, chaque homme devrait pouvoir agir en justice à la place d'une victime de harcèlement ou de discrimination sexuelle sur la base de son appartenance à l'humanité, cette dernière ayant été violée. En effet, en tant que personne humaine, nous appartenons tous à cette même entité qu'est l'humanité, nous devons donc tous pouvoir la défendre, sans restriction de notre droit d'agir. Mais il est réaliste de constater qu'une telle idée apparaît comme impossible à mettre en œuvre, les tribunaux étant déjà suffisamment engorgés actuellement.

De plus, comme l'explique l'arrêt du Conseil d'Etat¹¹⁷, la dignité n'est pas un droit subjectif mais objectif, l'avis de la victime importe peu, ce qui compte, c'est l'atteinte à l'humanité de l'homme. D'ailleurs, comme le souligne Monsieur Bertrand MATHIEU : « la dignité transcende les autres droits et libertés. Elle a un caractère absolu »¹¹⁸.

¹¹⁷ C.E.Ass.27octobre.1995, Commune de Morsang-sur-Orge, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 11^e édition, Dalloz, p°790.

¹¹⁸ Bertrand MATHIEU, La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ?, Recueil Dalloz Sirez, 1996, 33^e cahier, chronique, p°285.

§ 2. Un renforcement des dispositions répressives sanctionnant les atteintes à la dignité de la personne humaine par son sexe.

La dignité de la personne humaine étant un principe absolu et fondamental, de surcroît reconnu comme principe à valeur constitutionnel par le Conseil Constitutionnel en 1994, les peines sanctionnant les violations d'un tel concept se doivent d'être très répressives.

Concernant les atteintes à la dignité du salarié par son sexe, les peines sanctionnant ces actes seront les peines prévues par le Code du Travail et le Nouveau Code pénal et réprimant la discrimination (sexuelle) et le harcèlement sexuel.

Mais il faut se demander alors si les peines pénales sont bien en adéquation avec les peines travaillistes. Le cas échéant, quelles sont celles qui sont les plus répressives ?

Et cela s'accorde-t-il avec le principe de dignité de la personne humaine (A).

Cette analyse nous permettra alors de voir les éventuelles lacunes de ce dispositif répressif. Mais est-il suffisamment efficace ?

Cette étude comparative ne suffit pas, il faut aussi se poser la question de savoir si une modification de ces peines pourrait être envisagée en vue d'une meilleure prise en compte du principe de dignité (B).

A) Le quantum des peines actuelles.

Nous procéderons ici à une étude comparative entre les dispositions du Code du travail et celle du Nouveau Code pénal concernant les atteintes à la dignité du salarié fondées sur son sexe, à savoir le harcèlement sexuel (1°) et la discrimination en fonction de l'appartenance sexuelle d'un salarié (2°).

1°). Les discriminations sexuelles.

Le Code du travail réprime ces dernières par l'article L. 152-1-1 qui dispose : « toute infraction aux dispositions de l'article L. 123-1(égalité professionnelle entre les femmes et les hommes) sera punie d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 25 000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement ».

Le Nouveau Code pénal, par l'article 225-2 dispose pour sa part : « La discrimination définie à l'article 225-1 (notamment la discrimination fondée sur le sexe du salarié), commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 francs d'amende... ».

Comme le remarque Madame Elisabeth FORTIS ¹¹⁹ : « Les peines sont différentes. Elles sont plus faibles dans le Code du travail que dans le Code pénal pour un certains nombre de comportements identiques ».

L'humanité de l'homme étant un concept objectif et universel, cette différence de répression entre le Code du travail et le Nouveau Code pénal n'apparaît pas justifiée.

Au contraire, les peines réprimant l'atteinte à la dignité de la personne humaine, notamment en considération de son sexe, se doivent d'être similaires dans toutes les dispositions des différents Codes.

En effet, à infraction égale (violation du principe de dignité du salarié fondée sur son sexe), il doit nécessairement y avoir répression égale.

2°). Le harcèlement sexuel.

Le Nouveau Code pénal punit le harcèlement sexuel (lois du 22 juillet 1992) , par son article 222-33, de un an d'emprisonnement et de 100 000 francs d'amende.

La législation travailliste (loi du 2 novembre 1992) réprime cet acte comme en matière de discriminations sexuelles par l'article L. 152-1-1 du Code du travail, donc d'un an d'emprisonnement et de 25 000 francs d'amende.

¹¹⁹ Elisabeth FORTIS, Les infractions du nouveau Code pénal créées ou remaniées, Droit Social n°7/8, Juillet-Août 1994, p°626.

Les différences de peines sont ici beaucoup moins sensibles qu'en matière de discrimination puisqu'il n'y a guère que le montant de l'amende qui change.

En effet, cette dernière est de 25 000 francs en droit du travail et de 100 000 francs en droit pénal, soit une différence de 75 000 francs.

Cependant, il est indéniable que le caractère absolu du concept de dignité de la personne humaine ne peut tolérer une telle différence, quant bien même celle-ci ne concernerait que le montant de l'amende.

Toucher à l'humanité de l'homme, c'est toucher à l'humanité donc à tous les hommes, ce qui inclut une sanction similaire dans tout le Droit, qu'il soit pénaliste ou travailliste.

B). Une modification du quantum des peines ?

Comme nous avons pu le voir précédemment, une modification de la teneur des sanctions serait à envisager par le législateur en vue de l'égalisation de ces dernières, cela dans un but de prise en compte meilleure de l'humanité de l'homme.

Mais une autre amélioration pourrait aussi être envisagée, toujours dans un but de prise en compte meilleure du principe de dignité de la personne humaine :

En effet, le principe de dignité étant un principe fondamental et intangible, on peut se demander légitimement si, des peines de un an d'emprisonnement et/ou de 25 000 francs d'amende selon le Code du travail et de deux ans et 200 000 francs pour le Code pénal, sont bien efficaces pour assurer la sanction d'un droit aussi fondamental que la dignité.

De plus, cette apparente faiblesse du quantum des peines concernant les discriminations sexuelles peut se retrouver encore plus avec les dispositions réprimant le harcèlement sexuel qui ne sanctionnent l'auteur du harceleur 'que' de un an de prison et/ ou 25 000 francs d'amende pour le Code du travail, et de un an de prison et/ ou 100 000 francs d'amende pour le Nouveau Code pénal.

Comment expliquer une telle faiblesse des peines concernant le harcèlement sexuel par rapport aux discriminations sexuelles, discrimination en considération du sexe qui ne

semblent pas non plus être suffisamment rigoureuses au regard de la défense de ce que certains considèrent comme un : « principe matriciel »¹²⁰.

D'ailleurs, pour Monsieur Bertrand MATHIEU : « le droit à la dignité est la matrice d'un certain nombre de garanties qui formellement sont légales, mais dont la protection est nécessaire pour assurer le respect du principe lui même »¹²¹.

Or, un principe aussi absolu et aussi important que peut l'être la dignité de la personne humaine semble devoir être nécessairement assuré par des dispositions répressives suffisamment dissuasives pour éviter qu'une atteinte à cette 'valeur' soit effectuée, et si c'est le cas, il faut alors que la peine soit en conséquence.

A cet égard, les peines actuellement proposées concernant le sexe en tant qu'élément de dignité de l'humanité de l'homme semble assez faibles et pour le moins trop différentes entre la répression du harcèlement sexuel et de la discrimination d'une part, mais aussi entre les peines applicables à ces deux infractions dans chacun des deux Codes.

Aussi est-il légitime de ce demander si la proclamation du principe de dignité de la personne humaine par le Conseil Constitutionnel en 1994 ne modifiera pas ces dispositions.

¹²⁰ Bertrand MATHIEU, Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme, Recueil Dalloz Sirez, 1995, 27^e cahier, Chronique, p°212.

¹²¹ Bertrand MATHIEU, Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme, Recueil Dalloz Sirez, 1995, 27^e cahier, Chronique, p°212.

SECTION II. VERS UN ELARGISSEMENT DU CHAMP D'APPLICATION.

La dignité de la personne humaine est un principe absolu, intangible
D'ailleurs, comme l'explique Monsieur Bertrand MATHIEU, la dignité serait : « le socle sur lequel est construite la philosophie des droits de l'homme et, partant, le droit des droits de l'homme »¹²².

Le harcèlement sexuel et les discriminations sexistes réprimés dans le Code du travail et dans le Nouveau Code pénal sont actuellement les dispositions qui protègent le sexe du salarié comme élément de sa dignité.

Cependant, au vue de la définition de ces infractions dans lesdits Codes, on peut remarquer certaines contradictions avec le principe de dignité de la personne humaine.

En effet, est-il normal qu'une liste exhaustive définisse l'élément matériel du délit de discrimination sexuelle à l'article L. 123-1 du Code du travail ?

De même, comment se fait-il que le harcèlement sexuel ne soit réprimé que si il est le fait d'un supérieur hiérarchique ?

Ces quelques interrogations suffisent à cerner la nécessaire redéfinition des éléments constitutifs de la discrimination sexuelle (§ 1) et du harcèlement sexuel (§ 2) pour une meilleure prise en compte de la protection de la dignité de la personne humaine en tant que principe absolu.

¹²² B. Mathieu, La dignité de la personne humaine : du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif français d'un principe universel, in Le droit, la médecine et l'être humain, p°230.

§ 1). LES ACTES CONSTITUTIFS DE DISCRIMINATION SEXUELLE.

L'article L. 123-1 du Code du travail détermine quels sont les actes qui peuvent être considérés comme une discrimination sexiste en droit du travail.

Pour le domaine pénal, c'est l'article 225-2 du Nouveau Code pénal qui les énumère.

Cependant, il faut remarquer que ces deux articles ont des champs d'application différents, différence qui n'apparaît pas justifiable au regard de l'humanité de l'homme (A).

De plus, les définitions adoptées par ces dispositions de la discrimination sexuelle en font une infraction trop restrictive par rapport à l'ampleur du principe de dignité de la personne humaine (B).

A. Une délimitation différente de la discrimination sexiste : l'article 225-2 du Nouveau Code pénal et l'article L. 123-1 du Code du travail.

L'article L. 123-1 du Code du travail prohibe :

- le fait de mentionner ou de faire mentionner dans une offre d'emploi, quels que soient les caractères du contrat de travail envisagé, ou dans toute autre forme de publicité relative à une embauche, le sexe ou la situation de famille candidat recherché (L. 123-1 a) ;
- le fait de refuser d'embaucher une personne, prononcer une mutation, résilier ou refuser de renouveler le contrat de travail d'un salarié en considération du sexe ou de la situation de famille ou sur la base de critères de choix différents selon le sexe ou la situation de famille (L. 123- b) ;

- le fait de prendre en considération du sexe toute mesure, notamment en matière de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation (L. 123-1 c).

L'article 225-2 du Nouveau Code pénal dispose lui :

« La discrimination définie à l'article 225-1 (notamment la discrimination sexuelle), commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de deux ans d'emprisonnement et de 200 000francs d'amende lorsqu'elle consiste :

- 1° à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;
- 2° à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;
- 3° à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;
- 4° à subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ;
- 5° à subordonner une offre d'emploi à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 (notamment la discrimination fondée sur le sexe).

On peut remarquer que les motifs énumérés par le Code du travail ne sont pas exactement similaires à ceux du Nouveau Code pénal :

En effet, les actes discriminatoires envisagés par le Nouveau Code pénal sont moins nombreux que ceux envisagés par le Code du travail, ce qui entraînera comme conséquence la prééminence des motifs spéciaux sur les motifs généraux, donc des incriminations du Code du travail plus précise sur celles du Nouveau Code pénal plus générales.

Or, le concept de dignité de la personne humaine étant intangible et universel, il conviendrait mieux pour assurer sa défense que la liste des deux codes (Nouveau Code pénal et Code du travail) soit similaire, en étant la plus complète possible.

En effet, une telle différence ne peut se justifier au regard d'un principe aussi fondamental que celui de l'humanité de l'homme. Le traiter différemment en droit du

travail et en droit pénal reviendrait à avouer qu'il y a une conception différente de la dignité entre ces deux droits, ce qui ne peut être le cas.

Mais, les différences ne s'arrêtent pas là, car le Code pénal, contrairement au Code du travail, permet de réprimer les personnes morales coupables de discriminations sexistes. Le concept de dignité étant un principe auquel on ne peut déroger, il apparaît alors qu'une atteinte à la dignité de la personne humaine est forcément répréhensible, peu importe l'auteur de l'acte, qu'elle soit une personne physique ou morale.

De plus, concernant les personnes physiques, le droit pénal les incrimine plus largement que le droit du travail. En effet, comme en droit du travail, le chef d'entreprise et les personnes qu'il s'est substitué dans sa direction par délégation de pouvoirs sont responsables, mais le sont également d'autres professionnels, comme : « les responsables des agences pour l'emploi »¹²³.

Là encore, la force de la défense du principe de dignité nécessite une incrimination la plus large possible quant aux auteurs des dépassements de la dignité, toute personne physique devant alors pouvoir être incriminée.

B. La discrimination sexuelle : une infraction trop limitée pour la défense de l'humanité de l'homme.

Le fait que le législateur ait établi à la fois dans le Code du travail et dans le Nouveau Code pénal une liste limitative semble, dans un souci de pragmatisme, parfaitement justifiable. Cependant, à l'égard du principe de dignité cette justification semble alors beaucoup plus contestable (1°).

De plus, le fait pour le législateur d'avoir instauré des cas de discriminations sexistes parfaitement légales, même si ces dernières demeurent limitées, semble aussi contraire à la défense de l'humanité de l'homme (2°).

¹²³ Cass. crim, 30 janvier 1990 ? Dalloz 1990, somm. p°86.

1°).L'énumération limitative des motifs discriminatoires.

L'article L. 123-1 du Code du travail, tout comme l'article 225-2 du Nouveau Code pénal subordonne la répression d'une discrimination sexiste à sa prévision dans les motifs que ces deux articles énumèrent, motifs que nous venons d'énumérer ci dessus.

Or, le principe même d'une liste limitative est contraire à la conception de la dignité de la personne humaine qui est par nature absolue.

On ne peut donc restreindre l'humanité de l'homme. D'ailleurs, Bernard EDELMAN partage cette conception pleinement en nous expliquant que : « je ne m'accorde pas avec certains 'puristes' qui voudraient restreindre le principe dignité à ce qui fait la substance même de la personne humaine , pour ne point l'épuiser dans la liste des règles qui en dérivent »¹²⁴.

La dignité devrait donc être réprimée dans le Code du travail et dans le Nouveau Code pénal selon une liste non limitative, tout acte attentatoire à l'humanité de l'homme, et plus particulièrement entraînant une discrimination en considération de son sexe, devant être sanctionné sans aucune limitation quant à la liste des actes en question.

Mais le principe de la légalité des délits et des peines, et notamment l'élément légal d'une infraction, commande de baser une sanction sur un fondement textuel légal. En effet, comme l'explique Messieurs CHABERT et SUR : « une société où le juge pourrait punir un individu sans référence légale s'apparenterait à la tyrannie. Afin de préserver les libertés, il convient qu'une société définisse clairement les actes punissables. Ainsi, aucune infraction n'existe si elle n'est pas prévue par un texte. Il s'agit du principe de légalité »¹²⁵. Ainsi, l'article 111-3 du Code pénal dispose : « Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement ». On comprend alors toutes les difficultés que soulève la mise en application d'un principe aussi absolu que celui de la dignité de la personne humaine. Il apparaît

¹²⁴ Bernard EDELMAN, La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, Recueil Dalloz 1997, 23^e Cahier. Chronique, p°187.

¹²⁵ Benoît CHABERT et Pierre-Olivier SUR, Droit pénal général, DALLOZ, 2^e édition, p°15.

nécessaire de ne pas l'encadrer trop strictement, mais en respectant le principe de légalité des délits et des peines.

2°). L'interdiction des 'discriminations sexistes légales'.

L'article 225-3 du Nouveau Code pénal ne fait pour sa part que référence au Code du travail et plus particulièrement à son article L. 123-1, puisque cet article 225-3 dispose : « aux discriminations fondées, en matière d'embauche, sur le sexe lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue, conformément aux dispositions du Code du travail ou aux lois portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique, la condition déterminante de l'exercice de l'emploi ou d'une activité professionnelle ».

L'article L. 123-1 du Code du travail dispose lui que : « sous réserve des dispositions particulières du présent code et sauf si l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle, nul ne peut... ».

C'est l'article R. 123-1 du Code du travail qui nous donne la liste de ces emplois¹²⁶ :

« les emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante sont les suivants :

- artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin ;
- mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ;
- modèles masculins et féminins.

Cet article nous mentionne donc expressément la possibilité pour le sexe du salarié « d'être la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle ».

On légalise par ce fait l'exclusion de certaines personnes en considération de leur sexe pour exercer un emploi. Or, une telle exclusion est une discrimination : « qui tend à

¹²⁶ Décret n°84-395, du 25 mai 1984.

considérer qu'il y a des hommes moins hommes que les autres, des sous hommes, est radicalement inacceptable »¹²⁷.

Plus précisément, la dignité étant un principe absolu, on ne peut permettre qu'il y ait des exceptions à un tel concept. Ces discriminations autorisées sont contraire à l'humanité de l'homme puisqu'elles tendent à exclure certains hommes de l'humanité en les considérant comme différents, même si il est réaliste de constater que ces dispositions ont un caractère pragmatique.

Mais ce caractère absolu du concept de dignité peut être tempéré par sa portée qui est relative : « d'une part, parce que les prescriptions et les droits qu'il engendre ne bénéficient pas du même caractère absolu, et, d'autre part, parce qu'une conception trop large de la signification du principe tend à l'affaiblir »¹²⁸.

Concrètement, des limitations à ce caractère absolu du principe de dignité apparaissent nécessaire pour tenir compte de 'la situation réelle', comme c'est le cas pour les mannequins. En effet, une agence ayant besoin de personnes précisément définies quant à leurs sexes, il ne peut lui être reprochée de poser comme critère l'appartenance à l'un ou l'autre sexe, c'est le bon sens qui le commande.

Monsieur Thierry REVET nous explique quant à lui que la dignité est une notion relative car : « la relativité est inhérente au droit, puisqu'il s'efforce de concilier des intérêts par hypothèse différents, souvent opposés. La juridicité implique la relativité, soit, en l'occurrence, l'admission des atteintes à l'humanité de l'homme indispensables à la sauvegarde d'un autre intérêt fondamental »¹²⁹.

Ces différentes remarques nous ont aidé à déterminer quels sont les réajustements nécessaires du régime des discriminations sexistes pour une meilleure prise en considération de la dignité de la personne humaine.

Cependant, le harcèlement sexuel ne paraît pas lui non plus complètement adapté à l'humanité de l'homme.

¹²⁷ Bertrand MATHIEU, La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ?, Recueil Dalloz Sirez, 1996, 33^e Cahier, Chronique, p^o285.

¹²⁸ Bertrand MATHIEU, La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ?, Recueil Dalloz Sirez, 1996, 33^e Cahier, Chronique, p^o284.

¹²⁹ Thierry REVET, La dignité de la personne humaine en droit du travail, *Economica*, 1999, La dignité de la personne humaine, Marie-Luce PAVIA et Thierry REVET, p^o152.

§ 2). La définition du harcèlement sexuel.

Le harcèlement sexuel est actuellement considéré comme contraire à la dignité de la personne humaine en ce qu'il nie l'humanité de l'homme qui est inhérente à la victime qui se voit 'forcer' de consentir des relations sexuelles qu'elle ne désire pas avoir.

Le Code du travail dans ces articles L. 123-1, L. 122-46 et L. 152-1-1 condamne le harcèlement sexuel dans les relations de travail.

Le Nouveau Code pénal, condamne lui le harcèlement sexuel par son article 222-33.

Toutefois, ces dispositions actuelles ne semblent pas toujours en accord avec la portée absolue du principe de dignité de la personne humaine, en l'occurrence ici, le sexe étant considéré comme un élément de la dignité du salarié.

En effet, comment expliquer qu'il faille un abus d'autorité pour caractériser le harcèlement sexuel en droit français ? La dignité de la personne humaine ne semble pas nécessiter cette circonstance à priori. Le harcèlement sexuel punissable même entre collègues semblerait-il plus conforme à l'humanité de l'homme ?

De nombreuses interrogations apparaissent donc actuellement du fait de la proclamation du principe de la dignité de la personne humaine.

Nous verrons que ces interrogations peuvent concerner tant l'auteur de l'acte de harcèlement sexuel (A) que les comportements constitutifs du harcèlement sexuel (B).

A. L'auteur du harcèlement sexuel : une définition à élargir.

En droit français, le harceleur, aussi bien en droit du travail qu'en droit pénal, ne peut être que le supérieur hiérarchique de la victime.

D'ailleurs, comme l'explique Madame Evelyne MICOU¹³⁰ : « l'auteur du harcèlement sexuel peut-être un collègue de travail mais la plupart du temps, il s'agit de quelqu'un

¹³⁰ Evelyne MICOU, L'égalité des sexes en droit privé, Collection études, Presses universitaires de Perpignan, p°353.

qui occupe une position hiérarchiquement élevée ou au moins supérieures à celle de la victime, ce qui explique d'ailleurs – compte tenu de la répartition du pouvoir en fonction des sexes – que les « harceleurs » soient généralement des hommes et que les personnes harcelées soient généralement des femmes ».

L'article 222-33 du Nouveau Code pénal confirme cette analyse en disposant que : « le fait de harceler autrui en donnant des ordres, proférant des menaces, imposant des contraintes ou exerçant des pressions graves dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions... ».

De son côté, l'article L. 122-46 du Code du travail dispose lui : « Aucun salarié ne peut être sanctionné ni licencié pour avoir refusé de subir les agissements de harcèlement sexuel d'un employeur, de son représentant ou de toute personne qui, abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions... ». Le Code du travail retient donc la notion de subordination juridique pour caractériser le harcèlement sexuel.

Pour le législateur français, en cas de harcèlement sexuel entre collègues, la victime pourra alors avoir recours au pouvoir disciplinaire de l'employeur. Le risque sera plus ou moins fort selon que le chef d'entreprise use ou pas de son pouvoir disciplinaire pour empêcher et réprimer de tels comportements entre salariés de même niveau hiérarchique. Le législateur : « ne s'attache qu'au détournement de pouvoir de l'employeur ou de toute personne ayant dans l'exercice de ses fonctions, un pouvoir d'autorité »¹³¹.

La non prise en compte du harcèlement sexuel entre collègues est pourtant contraire au principe de dignité de la personne humaine.

En effet, ici ce qui compte pour ce droit fondamental, c'est l'atteinte à l'humanité de l'homme que le harcèlement sexuel réalise en niant la part d'humanité qui est à l'intérieur de chaque salarié. Aussi, on comprend dès lors que peu importe la qualité du harceleur.

¹³¹ Marie-Ange MOREAU, A propos de l'abus d'autorité en matière sexuelle, Droit Social n°2, Février 1993, p°116.

Toute personne devrait pouvoir être potentiellement sanctionnée comme auteur de harcèlement sexuel, et cela indépendamment de sa qualité.

D'ailleurs, c'est aussi la position du droit européen qui recommande¹³² de ne pas tenir compte de la qualité du harceleur, et donc de réprimer le harcèlement sexuel entre collègues, tout comme l'Association européenne contre les Violences Faites aux femmes au Travail (AVFT)¹³³.

Plus précisément, la recommandation de la commission du 27 novembre 1991 analyse le harcèlement sexuel comme : « tout comportement à connotation sexuelle ou tout autre comportement fondé sur le sexe, qui affecte la dignité de la femme et de l'homme au travail, qu'il soit le fait de supérieurs hiérarchiques ou de collègues.

La proclamation du principe de dignité de la personne humaine par la Conseil Constitutionnel, ainsi que la conception du harcèlement sexuel au niveau européen devrait donc faire évoluer le droit français en ce domaine, cela par une prise en compte plus importante de la dignité du salarié par son sexe.

B. Les éléments constitutifs du comportement de harcèlement sexuel : une remise en cause utile face au principe de dignité de la personne humaine.

Les agissements que le Code du travail et le Nouveau Code pénal répriment sont envisagés d'une façon différente.

Aussi, nous étudierons successivement la 'conformité' de la conception pénaliste du harcèlement sexuel au principe de dignité de la personne humaine(1°), pour ensuite analyser celle travailliste (2°).

1°). La conception pénaliste du harcèlement sexuel.

¹³² Recommandation du 27 novembre 1991, JOCE du 4 février 1992.

Cette conception peut apparaître contraire à la dignité de la personne humaine au niveau des faits réprimés (a), au niveau du but recherché (b) et enfin en ce qui concerne les personnes protégées (c).

a). Les faits réprimés.

L'article 222-33 du Nouveau Code pénal détermine l'abus d'autorité comme étant constitué par des : « ordres, menaces, contraintes et pressions dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle ».

Or, comme l'explique Madame Evelyne MICOU¹³⁴ : « le principe de légalité criminelle impliquant une interprétation stricte de la loi pénale, la profération par l'employeur ou le supérieur hiérarchique de certaines paroles à connotation sexuelle ou l'utilisation de documents véhiculant une certaine image de la femme ne tombent pas sous le coup du texte pénal alors qu'ils sont de nature à créer des conditions de travail gênantes pour les salariées qui n'ont pas consenti ».

D'ailleurs, un arrêt de la Cour d'Appel de Pau du 22 octobre 1997¹³⁵ a considéré que le fait pour un chef d'entreprise de tenir quotidiennement des propos obscènes à l'égard de ses salariés ne peut recevoir ni la qualification pénale de harcèlement sexuel, ni aucune autre qualification pénale.

La dignité de la personne humaine étant un principe absolu, cette dernière ne peut se satisfaire d'une telle conception du harcèlement sexuel.

En effet, l'intangibilité de l'humanité de l'homme interdit toute atteinte à celle-ci.

Aussi, les termes de l'article 222-33 du nouveau Code pénal : « ordres, menaces, contraintes et pressions », doivent être entendus le plus largement possible.

¹³³ M. BENEYTOU, S. CROMER, T. JACOB et M. V. LOUIS, Le harcèlement sexuel au travail, Semaine sociale LAMY 1^{er} juillet 1991, p°3.

¹³⁴ Evelyne MICOU, L'égalité des sexes en droit privé, Collection études, Presses universitaires de Perpignan, p°355.

¹³⁵ CA Pau, 22 octobre 1997 : Droit pénal 1999, n°127.

De plus, ces termes étant énumérés limitativement, il serait même souhaitable pour une application totale du principe de dignité, d'en prévoir de nouveaux, voire de créer une liste non limitative, même si dans ce dernier cas le principe de légalité des délits et des peines impose certaines limites.

La dignité de la personne humaine ne peut tolérer la moindre atteinte, notamment de la part d'un employeur tenant des propos obscènes.

b). L'obtention de faveurs de nature sexuelle devant l'humanité de l'homme.

L'article L. 222-33 du Nouveau Code pénal réprime le harceleur, par les peines applicables au harcèlement sexuel, que si celui-ci avait pour but : « des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers ».

Cette disposition semble logique, cependant, le problème se situe dans la fixation de la frontière entre ce qu'on qualifiera de comportements destinés à obtenir des faveurs de nature sexuelle et le comportement qui n'en a pas le but, et qui ne constitue pas un harcèlement sexuel.

C'est la jurisprudence et plus précisément la Cour d'Appel de Paris, dans un arrêt du 18 janvier 1996, qui a précisé ce qui devait s'entendre de cette notion¹³⁶ :

« il convient d'entendre par 'faveurs de nature sexuelle', tout acte de nature sexuelle et notamment les simples contacts physiques destinés à assouvir un fantasme d'ordre sexuel, voire à accentuer ou provoquer le désir sexuel, que l'expression 'agissements de harcèlement' peut englober dans ce contexte, outre les contacts physiques imposés, les propos dont l'objet est de provoquer sexuellement le salarié pour qu'il soit enclin à accorder des faveurs de nature sexuelle ».

Cependant, ne seraient pas concernés les propos grivois et les regards insistants, car selon Madame ECOCHARD, dans son rapport à l'assemblée nationale pour l'adoption de loi contre le harcèlement sexuel : « il faut prendre bien soin d'éviter de bouleverser

¹³⁶ Cour d'Appel de Paris (18^e Ch. C) 18 janvier 1996, Mme T. contre Sté Sibel 'Sports et Jeux'.

l'ensemble du code de la séduction entre les hommes et les femmes et tenir compte des réalités des mentalités spécifiquement françaises... ».

Une difficulté importante est ici soulevée, à savoir où commence la recherche des faveurs de nature sexuelle, et où s'arrête un simple comportement amoureux.

Le principe de dignité de la personne humaine implique pour sa part de ne pas dépasser la limite du comportement amoureux.

Les simples plaisanteries à caractère sexuel, et sans recherche « de faveurs de nature sexuelle » ne devraient pas être réprimées.

Or l'humanité de l'homme est intangible, et aucune restriction ne doit pouvoir lui être apportées, il importe peu que l'auteur ait voulu obtenir des faveurs de nature sexuelle ou non.

Le principe de dignité de la personne humaine semble alors ici, il est vrai, nous entraîner vers une conception américaine du harcèlement sexuel ou certains comportements considérés comme amoureux en France, peuvent être réprimés sur la base du harcèlement sexuel.

L'humanité de l'homme ne semble pouvoir être limitée.

Mais il convient de relativiser la portée du caractère absolu du principe de dignité de la personne humaine afin de tenir compte des applications pratiques de cette notion. C'est bien pour cela que : « les parlementaires français voulaient à tout prix éviter ce qui leur était présenté comme 'le spectre d'outre atlantique' : une contrée où les hommes ne peuvent plus ouvrir les portes aux femmes (et que dire de les licencier !) sans être traduits en justice »¹³⁷.

c). Le témoin du harcèlement sexuel : l'oublié du Code pénal.

Ce dernier n'est pas protégé par le Nouveau Code pénal contrairement au Code du travail.

¹³⁷ Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, Le harcèlement sexuel en droit français : discrimination ou atteinte à la liberté ?, La Semaine Juridique (JCP), Edition générale, n°13, p°138.

Il est vrai, que si ce témoin était atteint de mesures injustifiées, fondées sur ses actes de témoignage de faits de harcèlement sexuel, le Code du travail prendrait alors le relais du Nouveau Code pénal.

Cependant, il n'en reste pas moins qu'un tel oubli méconnaît le principe de dignité de la personne humaine du salarié (ou une autre personne : client...) en ne lui attribuant aucune protection pénale.

Certes, il ne s'agit plus forcément ici de l'atteinte à la dignité de la personne humaine salarié fondée sur son sexe, mais cela en est une conséquence.

Le harcèlement sexuel d'un salarié pourrait ici entraîner une atteinte à la dignité du témoin de tels actes qui nécessitent d'être réprimés.

Ne pas protéger les témoins entraîneraient une peur du témoignage des harcèlements sexuels de la part de ces derniers, donc une plus faible protection de la dignité du salarié, principe fondamental qui se doit d'être protégé au niveau maximum.

2°). La conception travailliste du harcèlement sexuel.

Cette conception du Code du travail apparaît en désaccord avec le principe de dignité de la personne humaine sur deux axes essentiellement : le Code du travail ne sanctionne que les conséquences du harcèlement sexuel (a), et ce Code prévoit une liste des conséquences en question (b).

a). Code du travail et harcèlement sexuel : une répression uniquement fondée sur les conséquences professionnelles.

L'article L. 123-1 du Code du travail dispose : « Nul ne peut prendre en considération le fait que la personne intéressée a subi ou refusé de subir les agissements définis à l'article L. 122-46, ou bien a témoigné de tels agissements ou les a relaté, pour décider, notamment en matière d'embauche, de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de promotion professionnelle, de mutation, de résiliation, de renouvellement de contrat de travail ou de sanctions disciplinaires ».

Cet article prend en considération les suites du harcèlement sexuel sur la victime ou sur le témoin d'un tel acte, plus particulièrement en ce qui concerne les conséquences professionnelles affectant leur carrière.

Ce qui veut dire, que si le harcèlement sexuel n'entraîne aucune répercussion sur l'emploi de la victime ou du témoin, ces actes ne seront pas sanctionnés par le Code du travail. Ils ne pourront l'être que sur le fondement du Nouveau Code pénal qui prévoit une incrimination du harceleur de façon plus large.

Même si la loi du 9 mai 2001¹³⁸ relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes élargit la liste des actes pris en conséquence du harcèlement sexuel en prenant en compte les sanctions et le licenciement, mais aussi toute mesure discriminatoire, cet aspect de la législation travailliste est en désaccord avec le principe de dignité de la personne humaine.

L'humanité de l'homme est atteinte par le fait même de harcèlement sexuel et pas seulement par ses conséquences. On ne peut nier la partie de l'humanité que chaque homme possède en lui.

Or, avec le harcèlement sexuel, même si ce dernier est sans conséquence professionnelle sur la victime ou le témoin de tels faits, il y a quand même atteinte à la dignité de la personne humaine.

Le code du travail ne devrait donc pas envisager le harcèlement sexuel uniquement que par ses conséquences, mais par son existence même.

Comme l'exprime Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ¹³⁹ : « en cette fin de XXe siècle, le harcèlement sexuel est apparu insupportable parce que contraire à la dignité humaine : en effet, il nie à la fois la liberté sexuelle et la dignité du travailleur ».

¹³⁸ Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 (JO du 10 mai 2001).

¹³⁹ Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, Le harcèlement sexuel en droit français : discrimination ou atteinte à la liberté ?, La Semaine Juridique (JCP), Edition générale, n°13, p°138.

b). Le Code du travail et le harcèlement sexuel : une sanction fondée sur une liste d'actes prédéterminés.

Il apparaît alors logique de réprimer le harcèlement sexuel et pas seulement ses conséquences, cela d'autant plus que les répercussions professionnelles sont énumérées dans une liste à l'article L. 123-1 du Code du travail : « ... pour décider notamment en matière d'embauche, de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation, de résiliation, de renouvellement du contrat de travail ou de sanctions disciplinaires ».

Cependant, la liste est très large, et en plus ledit article fait précéder cette dernière de l'adverbe : « notamment ».

Cela voudrait donc dire que cette liste n'est pas limitative et peut s'élargir à diverses autres mesures mais uniquement si ces dernières affectent la vie professionnelle du harcelé ou du témoin.

Toutefois, cette extension n'apparaît pas indéfinie et ne pourrait pas comprendre : « des décisions qui participeraient d'une autorité de pur fait »¹⁴⁰.

Cette liste étant tout de même limitative, elle ne peut qu'être en contradiction avec le principe de dignité qui, étant absolu, ne saurait se voir adjoindre des limites, fussent-elles minimales.

Toutefois, il est réaliste d'admettre une certaine relativité de la portée du principe de dignité de la personne humaine afin de tenir compte du principe de légalité des délits et des peines qui commande de fonder une sanction sur un texte légal.

Le Code du travail, en ce qu'il n'envisage la répression du harcèlement sexuel qu'au vue de ses conséquences n'est pas en accord avec la réalisation de l'humanité de l'homme, et plus particulièrement du sexe du salarié comme élément de sa dignité.

Qui plus est, ledit Code prévoit une liste tout de même limitative, ce qui là encore est différent de la réalisation de la dignité de la personne humaine, en l'occurrence ici du

¹⁴⁰ Alain CÉURET et Elisabeth FORTIS, Droit Pénal du travail, 2^{ème} édition, p°348.

salarié, même si, nous venons de le rappeler, une certaine relativisation de ce principe apparaît nécessaire.

CONCLUSION

Le concept de dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation proclamé par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 27 juillet 1994 ne semble pas à l'heure actuelle assuré suffisamment par les dispositions du Code du travail et du Nouveau Code pénal.

Le problème majeur est qu'en théorie, l'humanité de l'homme semblerait être un principe absolu.

D'ailleurs, pour certains auteurs, la dignité est : « la raison d'être de l'ensemble des droits de l'homme ».

On comprend, par cette formule illustrative à quel point ce principe est important, et l'importante défense 'intangibile' qu'il doit bénéficier.

Cependant, le Droit peut se définir comme : « l'ensemble des principes qui régissent les rapports des hommes entre eux, et servent à établir des règles juridiques »¹⁴¹, ce qui inclut forcément l'aspect concret de son application.

En effet, le droit n'est respecté et utile que s'il peut s'appliquer. Son caractère pragmatique est impératif à la réalisation de ses objectifs.

Cette remarque peut en l'occurrence s'appliquer au concept de dignité de la personne humaine, et plus précisément, au sexe du salarié entendu comme un élément de sa dignité.

Le droit semble donc obligé de relativiser le caractère absolu du principe de dignité de la personne humaine dans un but d'efficacité et de pragmatisme.

A titre d'exemple, l'article L. 123-6 du Code du travail restreint le droit d'agir en justice pour harcèlement sexuel aux syndicats à la place du salarié, à l'encontre de l'entreprise, toute action fondée sur le non respect des dispositions de l'article L.123-1 (concernant

¹⁴¹ Petit Larousse en couleurs, 1990.

le harcèlement sexuel).C'est aussi le cas des associations en vertu de l'article 2-6 du Code de Procédure Pénale.

Nous avons critiqué cette disposition lors de notre étude en expliquant que le caractère absolu de l'humanité de l'homme nécessite la possibilité, pour chaque homme, sur le fondement de son appartenance à l'humanité, de pouvoir agir lui aussi en justice.

Or, un tel élargissement des titulaires de l'action en justice serait absolument ingérable par une justice qui déjà critiquée pour son engorgement et sa lenteur.

Cet exemple nous démontre la nécessaire relativisation du concept de dignité, cela afin de parvenir à une plus grande efficacité pratique qui est nécessaire à son respect.

De plus, comme l'explique Monsieur Bertrand MATHIEU¹⁴² : « si l'on considère que la protection de la personne humaine est un impératif catégorique, il faut que la dignité de la personne humaine soit un principe rigoureux. Au contraire, si le principe de dignité s'épuise dans la liste des règles qui en dérivent, s'il enfle jusqu'à perdre toute spécificité, envahissant non seulement le champ de la bioéthique, mais aussi le domaine social ou politique, la reconnaissance de son caractère absolu est privée de sens ».

Le caractère absolu du droit à la dignité de la personne humaine nécessite la teneur d'une certaine cohérence, et comme l'exprime Philippe PEDROT¹⁴³ : « il faut bien prendre conscience que la défense de la dignité de la personne humaine peut dissimuler un éclatement à l'infini du droit en normes individuelles ». Or ce phénomène peut entraîner des conséquences négatives que souligne M. GAUCHET¹⁴⁴ : « un revers à la lutte naïve pour l'accroissement de la sphère des droits de l'individu : le renforcement du rôle de l'Etat, l'approfondissement de l'anonymat social, l'aggravation encore du désintéret pour la chose public et de la banalisation angoissée des conduites ».

Et c'est bel et bien là qu'est le danger pour le principe de dignité de la personne humaine, à trop vouloir l'affirmer dans différents domaines, ne le vide t-on pas de ce qui fait son essence même : son caractère absolu.

¹⁴² Bertrand MATHIEU, La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ?, Recueil Dalloz Sirez, 1996, 33^e Cahier, Chronique, p^o286.

¹⁴³ Philippe PEDROT, La dignité de la personne : principe consensuel ou valeur incantatoire , Mélanges Christian BOLZE, Ethique, Droit et dignité de la personne, Economica, 1999, XV.

Il apparaît alors souhaitable de relativiser le principe de sauvegarde de dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement ou de dégradation à des domaines bien précis, et dans ces domaines précis, de tenir compte de la nécessaire application concrète qui constitue le fondement du Droit.

Enfin, nous soulignerons les apparentes contradictions qu'entraîne l'application du principe de dignité puisque bien qu'on interdise les spectacles de lancer de nains au motif que la dignité est absolue, on tolère la prostitution ou encore la pornographie qui apparaissent comme étant bien plus 'indigne'. Cette dernière réflexion nous évoque toute la difficulté d'application qu'entraîne la proclamation du principe de dignité de la personne humaine en 1994¹⁴⁵.

¹⁴⁴ M. GAUCHET, Les droits de l'homme ne sont pas une politique in Le débat, 1982.

¹⁴⁵ Recueil des décisions du conseil constitutionnel, Dalloz, 1994, p° 198.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX ET REPERTOIRES

ANDORNO (R), La bioéthique et la dignité de la personne, Puf, 1997.

ATIAS (C), Philosophie du droit, Thémis, Droit privé, Puf, Juin 1999.

CHABERT (B) et SUR (P-O), Droit pénal général, Dalloz, 2^e édition, 1997.

COEURET (A) et FORTIS (E), Droit pénal du travail, Litec, 2^e édition, 2000.

DESPORTES (F), Discriminations, Article 225-1 à 225-4, Editions du Juris - Classeur – 2000.

LEFEBVRE (F), Mémento pratique, 1996.

LONG (M), WEIL (P), BRAIBANT (G), DEVOLVE (P), GENEVOIS (B), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 11^e édition, 1996.

LYON-CAEN (A) et VACARIE (I), Droits fondamentaux et droit du travail, Mélanges VERDIER, Dalloz 2001.

MICOU (E), L'égalité des sexes en droit privé, Collection études, Presses universitaires de Perpignan, 1997.

PAVIA (M-L) et REVET (T), La dignité de la personne humaine, Economica, 1999.

PEDROT (P), Mélanges Christian BOLZE, Ethique, droit et dignité de la personne, Economica, 1999.

PY (B), Le sexe et le droit, Que sais-je ?, Edition Puf, 1999.

RASSAT (M-L), Droit pénal spécial, Infractions des et contres les particuliers, Dalloz 2^e édition, 1999.

RODIERE (P), Droit social de l'Union européenne, LGDJ, Juillet 1998.

VERON (M), Droit pénal spécial, Armand Colin, 7^e édition, janvier 1999.

OUVRAGES SPECIAUX

· MONOGRAPHIES, THESES, MEMOIRES, RAPPORTS.

CHEKOR (N), Les aspects individuels de la dignité du travailleur, Mémoire de DEA Droit Social sous la direction de M. le Professeur Bernard BOSSU, Année universitaire 1999/2000.

BROCARD (V), Le harcèlement sexuel, Mémoire de Maîtrise de Droit des affaires sous la direction de M. le Professeur VERKINDT (P-Y).

DUPONT (C), L'égalité de traitement entre hommes et femmes en Droit communautaire, Mémoire de DEA de Droit Economique International et Communautaire, Année universitaire 1994/95.

GENISSON (C), Femmes – Hommes, quelle égalité professionnelle ?, Collection des rapports officiels, Rapport au premier ministre, La documentation française, 1999.

HIRIGOYEN (M-F), Le harcèlement moral. La violence perverse au quotidien, Pocket, 1998.

JOVENEL – VANHONNACKER, Le harcèlement sexuel sur les lieux de travail, Mémoire DEA Droit Privé sous la direction de M. le Professeur VERKINDT, Année universitaire 1992/93.

LAMIAUX (T), Le droit à la dignité de l'être humain, Mémoire de DEA Droit Social sous la direction de M. Xavier LABBEE, Année universitaire 1997/1998.

MINET (C), Le juge français face aux inégalités de rémunération, Mémoire de DEA Droit Social sous la direction de Monsieur le Professeur VERKINDT, Année universitaire 1996/97.

NGO BIDJOCKA (R), L'égalité professionnelle, Maîtrise Droit des Affaires, Ecole Supérieure de Droit des Affaires de LILLE II, Année universitaire 1991/92.

PERU-PIROTTE (L), Thèse, La lutte contre les discriminations en droit du travail - Approche critique, Janvier 2000.

NUMEROS SPECIAUX DE REVUES.

Liaisons sociales : le point spécial, Egalité professionnelle Hommes/femmes – Harcèlement sexuel, Supplément au n° 13103 du 25 février 2000, p°67.

Echanges Santé – Social, Femmes, pour une réelle égalité des chances et des droits, La documentation française, n°93, Mars 1999.

ETUDES CHRONIQUES ET ARTICLES.

Anonyme, Travail de nuit. Egalité professionnelle, Liaisons sociales quotidien, n°8180 du 17 mai 2001.

Anonyme, Directives européennes sur les discriminations, Liaisons sociales quotidien, n°8163 du 6 mars 2001.

Anonyme, Egalité professionnelle. Adoption de la loi, Semaine sociale Lamy, n°1027 du 7 mai 2001, p°2.

Anonyme, Egalité professionnelle, Feuilleton rapide social FRS 1301, 11 mai 2001, p°3.

AHUMANDA (C), Le harcèlement sexuel dans l'entreprise, RPDS n°663, Juillet 2000, p°219.

AHUMANDA (C), Le plan pour l'égalité professionnelle, RPDS n°662, Juin 2000, p°183.

BARBE (V), 2000 femmes très « actuelles », CFDT magazine n°257, Mars 2000, p°14.

BARELLI (D), Lutte contre les discriminations, Echanges santé-social, Juin 2000, p°64.

BENOIT (A), Aspects sociaux, Droit de la famille – Editions du Juris – Classeur, Décembre 1999, p°42.

BERTHOU (K), Sur les discriminations positives, Droit social n°9/10, Septembre-October 2000, p°901.

BOSSU (B), La dignité de la personne humaine, Collection Lamy Droit civil, Lamy Droit des personnes et de la famille, Mai 2000, p°208.

BOUAZIZ (P), Les règles de droit applicables (au harcèlement), Droit ouvrier, Mai 2000, p°205.

CHARBONNEAU (C), Du harcèlement sexuel au harcèlement moral, Cahiers sociaux du barreau de Paris, jurisprudence sociale, n°128, Mars 2001, p°105.

CHAVANCE (C), Recentrer l'Union européenne sur l'homme, Echanges santé - social, n°97-98, Mars - Juin 2000, p°93.

COHEN (M), Un coup porté aux salaires « à la tête du client », RPDS n°619, Novembre 1996, p°343.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), Le harcèlement sexuel en droit français : discrimination ou atteinte à la liberté ?, La semaine juridique, édition générale, n°13, 1993, p°137.

DRAGO (G), La conciliation entre principes constitutionnels, Recueil Dalloz Sirez, 39^e cahier, Chronique, 1991, p°265.

DUBOUIS (L), La convention sur les droits de l'homme et la bio médecine, Revue de Droit Sanitaire et Social, avril-juin 1998, p°211.

DUTHEIL DE LA ROCHERE (J), La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Regard sur l'actualité, Mensuel n°267, La documentation française, janvier 2001, p°3.

EDELMAN (B), La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, Recueil Dalloz Sirez, 1997, 23^e cahier, Chronique, p°185.

FORTIS (E), Les infractions du nouveau Code pénal créées ou remaniées, Droit social, Juillet-Août 1994, p°623.

GARNERIE (S), Le droit constitutionnel et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, *Revue française de Droit constitutionnel*, 40, 1999.

GRINSNIR (J), Les dispositions nouvelles relatives 'au recrutement individuel et aux libertés individuelles', *Droit ouvrier*, Juillet 1993, p°237.

GUERDER (P), La poursuite et la répression pénales des discriminations en droit du travail, *Droit social* n°5, Mai 1995, p°447.

LANQUETIN (M-T), Discriminations à raison du sexe, *Droit social* n°7/8, Juillet-Août 1998, p°688.

LANQUETIN (M-T), La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire, *Droit social* n°5, Mai 1995, p°435.

LANQUETIN (M-T), Un tournant en matière de preuve des discriminations, *Droit social* n°6, Juin 2000, p°589.

LARET-BEDEL (C), Bilan de la loi sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, *Echanges santé-social* n°93, Mars 1999, p°20.

LE ROUE (P), Liberté, égalité, travail de nuit, *CFTC*, Février 2001, p°14.

LUSTIGER (J-M), La personne devant le Cardinal Archevêque de Paris, *Recueil Dalloz Sirez*, 1995, p°6.

MASSE-DESSEN (H), La résolution contentieuse des discriminations en droit du travail, *Droit social* n°5, Mai 1995, p°442.

MATHIEU (B), La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ?, *Recueil Dalloz Sirez*, 1996, 33^e cahier, *Chronique*, p°282.

MATHIEU (B), Les biotechnologies : vers la transformation de l'homme ? Sciences de la vie, droit et éthique, Science et société, Cahiers français n°294, p°66.

MATHIEU (B), Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection des droits de l'homme, Recueil Dalloz Sirez, 1995, 27^e cahier, Chronique, p°211.

MEDA (D), Les femmes peuvent-elles changer la place du travail dans la vie ?, Droit social n°5, Mai 2000, p°464.

MINE (M) et SARAMITO (F), Le harcèlement sexuel, Droit ouvrier, Février 1997, p°48.

MOREAU (M-A), A propos de l'abus d'autorité en matière sexuelle, Droit social, n°2 février 1993, p°115.

PECH (T), La dignité humaine, Recueil Dalloz hors série justice, Mai 2001, p°90.

PIZZIO-DELAPORTE (C), Libertés fondamentales et droits du salarié : le rôle du juge, Droit social n°4, Avril 2001, p°404.

RAMBAUD (P), L'égalité des sexes en droit social communautaire, Recueil Dalloz, 10^e cahier, 1998, p°111.

RIVERO (J), Les libertés publiques dans l'entreprise, Droit social n°5, Mai 1982, p°421.

SAINT-JAMES (V), Réflexion sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français, Recueil Dalloz, 1997, 10^e cahier, Chronique, p°61.

SAVATIER (J), Les discriminations dans l'emploi à raison du sexe, Droit social n°6, juin 1984, p°339.

SOUHAIR (A), Au confluent du droit du travail et du droit de la défense : le droit du licenciement contre une liberté publique, Droit ouvrier, Juin 1992, p°208.

TISSOT (O), Pour une analyse juridique du concept de « dignité » du salarié, Droit social n°12, Décembre 1995, p°972.

VERON (M), Harcèlement sexuel, Pénal – Editions du Juris-Classeur, Octobre 1998, p°9.

ZAGO-KOCH (B), Approche intégrée de l'égalité, Echanges santé-social n° 97-98, Mars-juin 2000, p°74.

**MONOGRAPHIES ELECTRONIQUES, BASES DE DONNEES ET
PROGRAMMES INFORMATIQUES.**

CD-ROM LAMY SOCIAL, version juin 2000.

ANNEXES

Annexe n°1 : Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

Annexe n°2 : La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Annexe n°3 : Loi n°2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

Annexe n°1

Annexe n°2

Annexe n°3

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	p.1
TABLE DES ABREVIATIONS	p.2
INTRODUCTION	p.3
CHAPITRE 1. LE SEXE DU SALARIE : ELEMENT RECONNU DE L'HUMANITE DE L'HOMME.	p.13
SECTION 1. DE LA DIGNITE DE LAPERSONNE HUMAINE AU HARCELEMENT SEXUEL.	p.15
§ 1) Les actions interdites.	p.17
A). L'abus d'autorité ayant pour objectif l'obtention de faveurs de nature sexuelle.	p.17
1°). L'auteur.	p.17
2°). L'abus d'autorité.	p.19

B). La protection de la victime ou du témoin du harcèlement sexuel contre les mesures discriminatoires.	p.21
<i>1°). La protection en elle même.</i>	p.21
<i>2°). L'exemple de l'arrêt BOLLON c/GACHE.</i>	p.23
§ 2) La répression du harcèlement sexuel.	p.25
A).Présentation des sanctions.	p.25
<i>1°). Sanctions disciplinaires contre l'auteur du harcèlement.</i>	p.25
<i>2°). Sanctions pénales contre le harceleur.</i>	p.27
B). Réparation du préjudice de la victime.	p.29
<i>1°). En cas de sanction ou de licenciement.</i>	p.29
<i>2°). Les autres mesures discriminatoires portant préjudice.</i>	p.30
<i>3°). Les carences du chef d'entreprise dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire.</i>	p.31

C). La défense des droits des salariés.	p.31
<i>1°). L'action en justice des syndicats.</i>	p.31
<i>2°). Les associations.</i>	p.32
<i>3°). Huis clos des débats judiciaires.</i>	p.33
§ 3). Prévention et information.	p.34
A). L'obligation de prévention du chef d'entreprise.	p.34
B). L'information des salariés.	p.35
C). Attributions du CHSCT.	p.35
D). L'inspecteur du travail.	p.36

**SECTION 2. DE LA DIGNITE DE LA PERSONNE
HUMAINE A LA DISCRIMINATION.** p.38

§ 1). La constitution de la discrimination.	p.42
--	------

A). Les éléments constitutifs des discriminations sexistes en Droit du travail.	p.42
<i>1°). L'article L. 123-1 du Code du travail.</i>	p.42
<i>2°). Le jugement du Tribunal Correctionnel de Paris du 13 mars 1991.</i>	p.43
B). L'infraction de discrimination en droit pénal.	p.44
<i>1°). L'élément matériel de l'infraction.</i>	p.44
<i>2°). L'élément moral de l'infraction.</i>	p.45
§ 2). La preuve de la discrimination.	p.47
A). L'établissement de la présomption simple de discrimination par le demandeur.	p.49
<i>1°). Les statistiques.</i>	p.49
<i>2°). L'influence des données sociologiques.</i>	p.50
B).La justification objective par l'employeur de la non atteinte au principe de l'égalité de traitement.	p.50

<i>1°). Le but poursuivi doit être légitime.</i>	p.50
<i>2°). Le contrôle de proportionnalité.</i>	p.51
§ 3). Les sanctions et leur mise en œuvre.	p.53
A) Les acteurs de la poursuite.	p.53
<i>1°). La victime de l'infraction elle même.</i>	p.53
<i>2°). Les syndicats.</i>	p.54
<i>3°). Les associations.</i>	p.54
B). Les sanctions de la discrimination sexuelle.	p.55
<i>1°). Le dispositif répressif contre les personnes morales.</i>	p.55
<i>2°). Le dispositif répressif contre les personnes physiques.</i>	p.56
a). Les peines principales.	p.57
b). Les peines complémentaires.	p.58

c). L'ajournement. p.59

**CHAPITRE II : LES VIRTUALITES DE LA
RECONNAISSANCE DU SEXE DU SALARIE
COMME HUMANITE DE L'HOMME.** p.60

**SECTION 1. VERS UNE ADAPTATION DU REGIME
JURIDIQUE.** p.62

**§ 1). La défense de la dignité : une action appartenant à
l'humanité.** p.63

A. La dignité de la personne humaine en droit administratif : p.63

*1°). La dignité de la personne humaine reconnue composante de
l'ordre public.* p.63

2°).La protection de la personne contre elle même. p.64

**B.Les conséquences de l'analyse administrative sur l'action
en justice.** p.65

*1°). Une modification des dispositions actuelles relatives aux
acteurs de l'action en justice.* p.66

- a). La victime du harcèlement ou de la discrimination sexuelle. p.66
- b). Les organisation syndicales dans l'entreprise. p.66
- c). Les associations. p.68
- 2°). *L'intervention de nouveaux acteurs.*** p.69

§ 2. Un renforcement des dispositions répressives sanctionnant les atteintes à la dignité de la personne humaine par son sexe. p.71

A) Le quantum des peines actuelles. p.71

1°). *Les discriminations sexuelles.* p.72

2°). *Le harcèlement sexuel.* p.72

B). Une modification du quantum des peines ? p.73

SECTION II. VERS UN ELARGISSEMENT DUCHAMP D'APPLICATION. p.75

§ 1). LES ACTES CONSTITUTIFS DE DISCRIMINATION SEXUELLE. p.76

A. Une délimitation différente de la discrimination sexiste : l'article 225-2 du Nouveau Code pénal et l'article L. 123-1 du Code du travail.	p.76
B. La discrimination sexuelle : une infraction trop limitée pour la défense de l'humanité de l'homme.	p.78
<i>1°).L'énumération limitative des motifs discriminatoires.</i>	p.79
<i>2°). L'interdiction des 'discriminations sexistes légales'.</i>	p.80
§ 2). La définition du harcèlement sexuel.	p.82
A. L'auteur du harcèlement sexuel : une définition à élargir.	p.82
B. Les éléments constitutifs du comportement de harcèlement sexuel : une remise en cause utile face au principe de dignité de la personne humaine.	p.84
<i>1°). La conception pénaliste du harcèlement sexuel.</i>	p.85
a). Les faits réprimés.	p.85

b). L'obtention de faveurs de nature sexuelle devant l'humanité de l'homme.	p.86
c). Le témoin du harcèlement sexuel : l'oublié du Code pénal.	p.87
2°). <i>La conception travailliste du harcèlement sexuel.</i>	p.88
a). Code du travail et harcèlement sexuel : une répression uniquement fondée sur les conséquences professionnelles.	p.88
b). Le Code du travail et le harcèlement sexuel : une sanction fondée sur une liste d'actes prédéterminés.	p.90
CONCLUSION	p.92
BIBLIOGRAPHIE	p.95
ANNEXES	p.103
TABLES DES MATIERES	p.122