



UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -

BANQUE DES MEMOIRES

MASTER 2 RECHERCHE DE DROIT EUROPÉEN COMPARE
Dirigé par le Professeur Louis VOGEL

2013

**Au-delà de l'explication culturelle :
Etude comparée sur le harcèlement sexuel au travail
en France et aux Etats-Unis**

Clémence JOZ

Mémoire rédigé sous la direction de Madame Pascale MARTIN-BIDOU

Séjour de recherche à l'Université de Harvard et de New York

L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires, ces opinions doivent être considérées comme propre à leur auteur.

REMERCIEMENTS

À mes parents, pour leur soutien dans mes péripéties internationales.

À mes frères, pour leurs remarques abruptes mais constructives.

À Hedwige, pour sa touche bibliographique.

À Camille et Lydie pour ces journées passées à *Harvard University* et *NYU Law School Library*.

À l'AVFT, pour ce stage si enrichissant, tant au niveau intellectuel que relationnel.

À Madame Pascale Martin-Bidou, pour avoir accepté de diriger ce mémoire, pour son écoute et ses précieux conseils.

À Elisabeth Boulot, pour son article qu'elle m'a si gentiment transmis.

ABRÉVIATIONS

CEDAW	Committee on the Elimination of Discrimination Against Women
CEDEF	Comité pour l'Élimination de toute Discrimination à l'Égard des Femmes
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CRA	Civil Rights Act
EEOC	Equal Employment Opportunity Commission
ILO	International Labour Organization
OIT	Organisation Internationale du Travail
ONU	Organisation des Nations Unies
QPC	Question Prioritaire de Constitutionnalité
UE	Union Européenne
2d Cir.	United States Court of Appeals for the Second Circuit
6th Cir.	United States Court of Appeals for the Sixth Circuit

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE 1. VISION COMPARATIVE DES DÉFINITIONS DU HARCÈLEMENT SEXUEL AU TRAVAIL

Chapitre 1. L'Evolution et le contenu de la définition de harcèlement sexuel au travail

Chapitre 2. Vers une uniformisation de la définition du harcèlement sexuel au travail ?

PARTIE 2. LA COMPARAISON DE LA FRANCE ET DES ÉTATS-UNIS DANS L'APPLICATION DES DEFINITIONS

Chapitre 1. De la différence des fondements à la responsabilité de l'employeur

Chapitre 2. La preuve et la répression au paroxysme des différenciations

CONCLUSION

INTRODUCTION

« The development of law against sexual harassment, and its transformation from private joke to public weapon, is one of the more successful legal and political changes women have accomplished. »

Catharine MacKinnon, 2002

Il est des sujets dont les médias raffolent, ils s'en saisissent, en exploitent le maximum, et s'en détournent finalement lorsque leur potentiel médiatique est alors épuisé. On se laisse à espérer que les médias puissent jouer un rôle dans le relai des injustices et inégalités politiques et légales, mais la réalité est plus terre-à-terre (entendons intéressée) et souvent décevante.

Le harcèlement sexuel au travail en est un exemple parfait, en France et aux Etats-Unis.

LE HARCELEMENT SEXUEL AU TRAVAIL ET LES MEDIAS

Ni les Etats-Unis, ni la France n'ont échappé au déballage médiatisé de plusieurs affaires de harcèlement sexuel dont les protagonistes étaient des hommes politiques¹. Cependant, les journalistes français et américains y ont réagi de manière différente ; notamment en raison des pressions institutionnelles et des habitudes des médias elles-mêmes différentes d'un pays à l'autre. Pour autant, on ne saurait nier que l'imbrication des médias dans des affaires de harcèlement sexuel impliquant des hommes politiques a souvent été un important déclencheur de la création ou de l'innovation normative tant aux Etats-Unis qu'en France. Ainsi, en 1991, alors que les règles américaines concernant le harcèlement sexuel commencent à être bien installées et constituent un véritable pan du système juridique américain sur les questions d'égalité, le débat public s'accélère suite au scandale de l'affaire Clarence Thomas². Sociologiquement, les réactions des américains et des français sur cette affaire ont été bien différentes : les français, par exemple, ont beaucoup critiqué le « puritanisme américain »³, en ignorant totalement la question du harcèlement sexuel ; alors que de leur côté, les américains – les féministes américaines mais

¹ Aux USA : Affaire Clarence THOMAS et Anita HILL ; Paula Jones – Bill CLINTON ; Monica LEWINSKY – Bill CLINTON. En France : Affaires Dominique STRAUSS-KAHN ; Georges DUCRAY ; Georges TRON.

² En 1991, Anita HILL, avocate américaine et professeure de droit, affirme que Clarence Thomas, fraîchement nommé juge à la Cour Suprême, l'a harcelé sexuellement lorsqu'il travaillait avec elle à l'Université de Oklahoma et à l'EEOC.

³ REUTERS, *U.S., Puritanism, Hypocrisy Blamed for Thomas Affair*, 16 Octobre 1991.

aussi les médias – ont été scandalisés certes par la façon dont Anita Hill fut traitée après ses déclarations, mais aussi par la réaction des pays étrangers⁴.

Vingt ans plus tard, ces différences d'appréciation semblent toujours présentes : on a vu comment l'impact de « l'affaire Dominique Strauss-Kahn » a divisé les français et les américains et comment deux pays, deux cultures – impliqués et amenés à réfléchir sur un même évènement – réagissent. L'importance que cet événement a eue aux Etats-Unis a peut-être fait réfléchir en France. Du moins c'est ce que pensent certains auteurs qui voient en « l'affaire DSK » un détonateur dans l'appréciation globale du harcèlement sexuel par les Français et estiment qu'il y aura un « avant et après l'affaire DSK »⁵. D'autres estiment que l'abrogation du délit de harcèlement sexuel en 2012 a, même s'il a fait tomber bon nombre de procédures, permis, dans une certaine mesure, une avancée législative attendue depuis plusieurs années par les associations féministes⁶. Les annonces des médias sur cette abrogation n'ont d'ailleurs pas toujours été adroites, on a souvent entendu tout et son contraire, dont des propos manquant sérieusement de recherches juridiques. En effet, il ne faut pas tomber dans l'écueil le plus fréquent : c'est bien le délit de harcèlement sexuel énoncé par le Code Pénal qui a été abrogé en France, mais le harcèlement sexuel est resté une faute civile et il est resté interdit dans les relations de travail par le Code du Travail.

Il convient donc de recadrer dans cette recherche l'étude du harcèlement sexuel au travail dans une vision purement juridique, au-delà des inexactitudes médiatiques, et des explications uniquement sociologiques, sociétales et culturelles. Car en effet, la raison culturelle est trop souvent avancée pour expliquer les différences entre le droit américain et le droit français du harcèlement sexuel. Le sujet est certes très intéressant d'un point de vue sociologique, mais il sera traité ici de manière purement juridique. Néanmoins, cette recherche fera quelques références – nécessaires – à ces matières, puisque comme on le sait, le droit est forcément lié à l'histoire, à la société, au contexte culturel et politique.

Dès lors, qu'est-ce que le harcèlement sexuel au travail ? Et qu'est-ce qu'il n'est pas ?

LA DELIMITATION DU SUJET

Le sujet étant dense et complexe, certains éléments ne seront pas traités dans cette recherche, soit parce qu'ils ne rentrent pas dans l'approche comparative, soit parce qu'ils sont

⁴ ALAN RIDING, *The Thomas Nomination* ; Foreign Press Shrugs at Latest U.S. Morality Play, 14 Octobre 1991

⁵ Titre du dernier article d'Abigail SAGUY : SAGUY Abigail C., « *Les Conceptions juridiques du harcèlement sexuel en France et aux Etats-Unis* » Avant et après l'affaire DSK, *Travail, Genre et sociétés*, 2012 :2 n°28, p 89-106.

⁶ Dès le vote de la loi en 1992, l'AVFT a critiqué la définition juridique du harcèlement sexuel.

tellement différents qu'ils n'ont pas lieu d'être comparés. D'autres sont écartées par choix personnel, puisque dans cette étude c'est sous l'angle particulier de l'uniformisation du droit que la question du harcèlement sexuel au travail sera ici traitée.

D'une part, il sera question ici du harcèlement sexuel *au travail*, ce qui limite largement son étendue. Cela s'explique par une raison assez simple : aux Etats-Unis, le harcèlement sexuel bénéficie d'une protection spéciale en tant que discrimination fondée sur le sexe dans le cadre du travail seulement. On va donc ici se concentrer davantage sur l'aspect droit du travail du harcèlement sexuel plutôt que sur le droit pénal, qui est ici une particularité française.

Cependant, il faut préciser qu'aux Etats-Unis, la bataille contre le harcèlement sexuel ne s'est pas limitée au harcèlement au travail, puisque le titre IX a élargi la protection à l'enseignement, estimant que les élèves sont eux aussi sur leur « lieu de travail ». Mais ce point relèverait d'une autre étude et ne sera donc pas traité dans ce travail de recherche.

D'autre part, il faut rappeler que certaines distinctions qui existent en droit français peuvent ne pas exister en droit américain (et inversement) et n'auront donc pas d'intérêt à rentrer dans l'étude comparative. Par exemple, le Code Pénal français distingue le harcèlement sexuel du viol et de l'agression sexuelle. La délimitation entre agression sexuelle et harcèlement sexuel est d'ailleurs assez délicate, car le harcèlement sexuel peut aussi comprendre un contact physique (mais un contact physique des parties du corps sans connotation sexuelle ; ce qui le différencie de l'agression sexuelle). Aux Etats-Unis, c'est totalement différent puisque dès lors qu'on invoque le *Titre VII du Civil Rights Act (CRA) 1964*⁷, ce sont toutes les formes de violences sexuelles⁸ dans le cadre du travail qui sont regroupées sous le terme de « *sexual harassment* ». Pour autant, les victimes de viol ou d'agressions sexuelles peuvent aussi porter plainte au pénal à la place ou en plus du procès civil. Selon Abigail SAGUY⁹, le harcèlement sexuel appréhendé sous le Titre VII inclut l'ensemble de faits allant des commentaires à caractère sexuel ou sexiste au viol, dès lors qu'un tel comportement a lieu au travail et a un effet néfaste sur le travail de la victime¹⁰.

⁷ Relatif à la discrimination au travail

⁸ *Meritor v. Vinson*, 477 US 57 (1986). Mechelle Vinson a été harcelée sexuellement mais aussi violée plusieurs fois.

⁹ Professeur en sociologie et études de genre à l'Université de Californie, Los Angeles (UCLA)

¹⁰ Abigail C. SAGUY, *What is sexual harassment ? From Capitol Hill to the Sorbonne*, Berkeley, University of California Press, 2003, page 24

LA NECESSITE DU CHIFFRAGE DU HARCELEMENT SEXUEL AU TRAVAIL

Certes, on trouve des chiffres sur le harcèlement sexuel au travail, mais il est difficile de comparer clairement les statistiques entre la France et les Etats-Unis, puisque les deux pays n'utilisent ni les mêmes définitions, ni les mêmes outils de calcul. En effet, même si la nécessité de comparaisons internationales est incontestable, ces comparaisons se heurtent à de nombreux obstacles, politiques, scientifiques et méthodologiques.¹¹ Pourtant la mesure statistique du phénomène est indispensable pour prouver la gravité des violences subies par la femme (au travail et en général) et pour inciter la prise de conscience politique et sociale des Etats. Comme l'explique Maryse JASPARD, « *le chiffrage des violences contre les femmes a permis leur reconnaissance en tant que phénomène de société* »¹².

Selon UNWOMEN¹³, dans les pays de l'Union européenne, 40 à 50 % des femmes subissent des avances sexuelles non désirées, un contact physique ou une autre forme de harcèlement sexuel sur le lieu de travail.

En France, selon l'Association Européenne contre les Violences faites aux Femmes au Travail (AFVT)¹⁴, 1000 plaintes sont déposées chaque année depuis 2008. Et selon les derniers chiffres disponibles datant de 2010, 80 condamnations ont été prononcées par les tribunaux¹⁵.

Aux Etats-Unis, en 2011, ce sont 11 364 plaintes qui ont été déposées à l'*Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC)¹⁶, dont 16, 3 % par des hommes¹⁷ (en France, selon l'AVFT, 100% des plaintes ont été déposées en 2012 par des femmes ; 99% en 2011). Ces données permettent d'ailleurs de préciser que même si la plupart des cas supposent que l'homme harcèle et que la femme est harcelée, le cas contraire existe. Mais dans les cas où un homme est harcelé, c'est plus souvent par le fait d'un autre homme¹⁸. En effet, aujourd'hui¹⁹, la France et les Etats-Unis s'entendent sur le fait que le droit relatif au harcèlement sexuel est « *gender neutral* », en ce sens que autant les hommes que les femmes peuvent harceler une personne de

¹¹ JASPARD M., *Les violences contre les femmes*, Editions La Découverte, Collection Repères, Paris, 2011, pp 85-90

¹² Ibid, p115

¹³ United Nations WOMEN (ou ONU Femmes) est l'organisation des Nations Unies consacrée à l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes.

¹⁴ L'AVFT se définit comme « une association féministe autonome qui défend les droits au travail et à l'intégrité de la personne. Elle a pour champ d'action et de réflexion toutes les formes de violences contre les femmes, bien qu'elle se soit spécialisée dans la dénonciation des violences sexistes et sexuelles au travail. »

¹⁵ Voir L'AVFT en chiffres 2012 : http://www.avft.org/article.php?id_article=715

¹⁶ The U.S. Equal Employment Opportunity Commission (EEOC). C'est une Commission de droit. Traduction libre : Commission pour l'Egalité des Chances au Travail

¹⁷ http://www.eeoc.gov/eeoc/statistics/enforcement/sexual_harassment.cfm

¹⁸ Cela renvoie à la question du *same-sex harassment* que nous traiterons dans le développement

¹⁹ Ca n'a pas toujours été le cas. Les Etats-Unis ont seulement reconnu le *same-sex harassment* en 1998 par un arrêt de la Cour Suprême (*Oncale v. Sundowner Offshore Services*, 523 U.S 75)

leur sexe ou du sexe opposé. Cependant, il est statistiquement démontré que dans la majorité du temps ce sont les hommes qui harcèlent les femmes²⁰.

L'ÉVOLUTION DISTINCTE DU HARCELEMENT SEXUEL AU TRAVAIL

Comment la protection juridique du harcèlement sexuel au travail est-elle apparue dans les deux systèmes juridiques ?

La première remarque évidente est celle du retard de la France dans la protection des victimes de harcèlement sexuel²¹ et dans la protection des droits des femmes²² a fortiori. Cela renvoie d'ailleurs à la question plus large de l'évolution comparée du féminisme en France et aux Etats-Unis ; la France ayant toujours été une grande retardataire.

Aux Etats-Unis, c'est en 1975 que le terme « *sexual harassment* » est apparu, utilisé par un groupe de féministes de l'Université de Cornell²³. Bien que le harcèlement sexuel soit déjà une réalité historiquement ancienne avant cela, la professeur d'histoire Julie BERBITSKY²⁴ prétend que sa reconnaissance n'a pu être prise en compte qu'à partir des années 1970, car avant cela il était difficile pour les femmes – n'ayant alors encore qu'une place marginale dans le monde du travail – de parler de cela. La professionnalisation des femmes a donc été un levier important. Abigail SAGUY confirme que la généralisation des femmes dans le monde du travail est étroitement liée à l'apparition du terme de harcèlement sexuel :

« *The greater acceptance of the concept that women are men's equals has made sexual harassment laws possible, and the existence of such laws has, in turn, further legitimized and enforced gender equality* »²⁵.

En 1979, Catharine MacKinnon²⁶ affirme dans son ouvrage *Sexual Harassment of Working Women* que le harcèlement sexuel doit être considéré comme un préjudice touchant un groupe défini, dont souffre des individus (la plupart du temps des femmes) en raison de leur sexe,

²⁰ Dans un souci de simplicité – mais ne négligeant pas ces possibilités d'un homme harcelé par une femme, d'une femme harcelée par une femme, ou d'un homme harcelé par un homme – l'agresseur souvent sera appréhendé au masculin et la victime au féminin

²¹ La première loi sur le harcèlement sexuel date de 1980 aux Etats-Unis et la première décision de la Cour Suprême de 1987 ; et la première loi française sur le harcèlement sexuel de 1992, insérant un article dans le Code Pénal.

²² La première loi sur l'égalité des sexes au travail (*Civil Rights Act*) date de 1964 aux Etats-Unis et de 1983 (Loi Roudy, 13 Juillet 1983) en France.

²³ Dans un département scientifique de l'université, une femme était harcelée sexuellement par son supérieur hiérarchique. Ne trouvant pas d'autres issues pour mettre un terme à cela, elle quitta son emploi. Elle n'a pas réussi à trouver un nouvel emploi et essaya alors de recevoir une assurance chômage – qu'on lui refusa car elle avait démissionné. Elle se retourna donc vers les ressources humaines de l'Université, où nombreuses féministes travaillaient.

²⁴ Julie BERBITSKY, *Sex and the Office: A History of Gender, Power, and Desire*, Yale University Press, 2012, 376 pages.

²⁵ Abigail C. SAGUY, *What is sexual harassment ? From Capitol Hill to the Sorbonne*, Berkeley, University of California Press, 2003, page 3

²⁶ Juriste et militante féministe américaine

autrement dit : une discrimination sexuelle. Mais le harcèlement sexuel aux Etats-Unis n'a pas toujours été reconnu comme une forme de discrimination fondée sur le sexe. De même que la protection et la compensation pour les pertes et dommages (*losses and injuries*) engendrés par une discrimination se sont imposées lentement²⁷. Toute cette évolution s'est faite en grande partie sous l'impulsion de la jurisprudence. Pendant longtemps, les Cours utilisent le titre VII pour poursuivre en justice le harcèlement sexuel au travail, mais ce n'est pas explicitement entendu dans sa rédaction. Le Congrès a eu l'intention d'interdire toute forme de discrimination fondée sur le sexe au travail, mais il n'a pas pris en compte si le harcèlement sexuel constituait une telle discrimination quand il a rédigé l'ébauche de la législation. C'est donc la Cour Suprême qui a reconnu que le harcèlement sexuel était une *sex discrimination* protégée par le *Civil Rights Act* (1964). La loi fédérale relative au harcèlement sexuel dépend donc étroitement du pouvoir judiciaire et elle a en effet évolué depuis ces trente dernières années à travers les décisions des cours fédérales et la publication des lignes directrices de l'EEOC qui donne une interprétation de l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe²⁸.

En France, la première loi sur le harcèlement sexuel a été adoptée le 22 Juillet 1992 seulement, grâce à l'action conjuguée du Secrétariat d'Etat aux Droits des Femmes²⁹ et des juristes et militantes de l'AVFT. En 1992, l'article 222-33 du Code Pénal est donc créé et prévoit le délit de harcèlement sexuel, mais la loi est rapidement critiquée pour sa mauvaise rédaction et son champ d'application trop restreint. Des améliorations sont alors apportées avec la loi de modernisation sociale du 17 Janvier 2002, mais ses avancées législatives sont controversées et la loi reste, de fait, toujours peu appliquée³⁰. Pendant dix ans, la loi française sur le harcèlement sexuel au travail restera insuffisante, sans qu'aucune modification sérieuse ne lui soit apportée. Et le 29 Février 2012, la Cour de Cassation saisit le Conseil Constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC)³¹ posée par Monsieur Gérard DUCRAY. Il avait été condamné un an plus tôt par la Cour d'Appel de Lyon³², à trois mois de prison avec sursis et 5 000 € d'amende, pour avoir eu un « comportement délictuel » à l'encontre de trois femmes fonctionnaires territoriales. La décision du Conseil Constitutionnel est brutale, le 4 Mai 2012³³,

²⁷ Sur l'évolution : J. GOODMAN-DELAHUNTY & W. E. FOOTE, *Evaluation for workplace discrimination and harassment*, Oxford University Press, 2011, pp 6-8

²⁸ Charles V. DALE, *Sexual Harassment and violence against women: developments in federal law*, NOVINKA BOOKS, 2004, page 3

²⁹ Sous l'impulsion de Véronique Neiertz

³⁰ DAUPHIN S. & SENAC R, « Femmes - Hommes : Penser l'égalité », *La Documentation Française*, Paris, 2012, pp 66-67

³¹ Dans les conditions prévues par l'article 61-1 de la Constitution

³² *CA Lyon, 4^e Lyon ch., 15 mars 2011, Gérard Ducray c/ ministère public.*

³³ Décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012

la loi sur le harcèlement sexuel est abrogée avec effet immédiat, laissant un vide juridique pendant trois mois, jusqu'à la promulgation de la nouvelle loi le 6 Août 2012³⁴.

On constate donc déjà que depuis son apparition au milieu des années 1970, le droit relatif au harcèlement sexuel au travail aux Etats-Unis n'a cessé de se renforcer ; alors que de l'autre côté de l'Atlantique, la définition française s'est vidée toujours un peu plus au cours des années et des réformes et modifications, jusqu'à la récente loi de 2012.

Il est donc intéressant d'étudier l'évolution croisée de ces deux pays et leurs systèmes juridiques. Mais encore faut-il expliquer pourquoi l'objet de cette comparaison s'est porté sur ces deux pays.

LE CHOIX DES PAYS ET L'INTERET DE LA COMPARAISON

Puisque la France a récemment changé sa législation sur le harcèlement sexuel – notamment son volet pénal – il s'est avéré intéressant de le comparer au système américain, qui lui est installé depuis plusieurs dizaines d'années.

La législation récente en France permet par ailleurs de s'interroger sur l'uniformisation du droit relatif au harcèlement sexuel au-delà de l'altercation essentiellement culturelle de ce qu'on oppose souvent comme étant « l'ancien et le nouveau monde ». Alors que la définition française s'est ouverte et élargie (sur le modèle américain), il est évident que ses conséquences et ses applications ne seront pas les mêmes. Est-ce qu'une définition plus large et dissuasive permet-elle plus de protection et plus de condamnation ? C'est une question à laquelle on s'efforcera de répondre au terme de cette comparaison entre la France et les Etats-Unis. Si, entre les deux pays, le processus intellectuel peut être, quoi que différé, parfois similaire, les résultats ne le seront pas nécessairement.

Pourquoi comparer les politiques relatives au harcèlement sexuel ? Kathrin ZIPPEL affirme que « *the politics of sexual harassment is the outcome of social and political processes in which ideologies of gender equality and sexuality are negotiated* »³⁵. Et l'intérêt de les comparer semble tout aussi évident. Les Etats-Unis ont influencé les développements en Europe, et l'Europe a elle-même été l'instigateur de la création de lois dans les Etats membres (dont la

³⁴ Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel

³⁵ Kathrin S. ZIPPEL, *The politics of Sexual Harassment – A comparative study of the United States, the European Union and Germany* – Cambridge University Press, 2006, page 7 « *Why compare sexual harassment politics ?* »

France – bien que toujours en retard – fait partie). Dès lors, il est intéressant de comprendre comment les Etats-Unis ont affecté le processus de politisation et de création normative du harcèlement sexuel dans l'Union Européenne. Encore récemment, certains auteurs affirment que « *Europeans do not have a problem with sexual harassment. It's an American problem* »³⁶. Pourtant le harcèlement sexuel doit être reconnu comme un « *worldwide problem* »³⁷. Le harcèlement sexuel et sa perception sont affectés par de nombreux éléments propres à chaque pays et notamment les « *legal standards* » qui laissent généralement une large place à l'interprétation de telle sorte que « *leur portée précise est difficilement saisissable hors de chaque contexte pratique, juridique et langagier* »³⁸. Le harcèlement sexuel ne devrait pas être un thème qui puisse différer selon des acceptions et des différences soi-disant culturelles. On retrouve la même chose dans chaque pays : l'abus d'une personne sur une autre. Que cela soit appréhendé comme une violence ou une discrimination est une chose, mais les sanctions devraient être homogènes.

C'est cela que le droit comparé s'applique à démontrer : comment les divergences et les convergences se créent, alors que l'évolution est différente. Comparer ces deux pays sur la question du harcèlement sexuel au travail amène à réfléchir sur l'universalité du droit comparé. Selon René DAVID, le droit comparé est l'un des éléments de l'universalisme du droit, particulièrement important à notre époque car il est appelé à jouer un rôle de premier ordre pour la connaissance du droit *et* le progrès du droit.³⁹ L'harmonisation du droit sur des questions comme le harcèlement sexuel apparaît donc être une bonne chose. En effet, concernant l'égalité des femmes et des hommes, l'uniformisation du droit semble souhaitable, car c'est une valeur fondamentale, qui ne devrait pas être soumise à la disparité.

STENDHAL avait affirmé d'ailleurs que « *l'admission des femmes à l'égalité parfaite serait le signe le plus sûr de la civilisation* ». Or le harcèlement sexuel est à la fois un révélateur et un mécanisme de pouvoir et de domination des hommes sur les femmes. Certes, dans le domaine du travail, les questions de carrière et de salaires représentent une grande partie de la recherche de l'égalité au travail. Mais le harcèlement sexuel est un plus grand facteur d'inégalités dans ce domaine, seulement, il est plus insidieux donc plus difficile à appréhender, à mettre en évidence, et il demande en conséquent un profond changement de paradigme.

³⁶ Katrin S. ZIPPEL, *The politics of Sexual Harassment – A comparative Study of the United States, the European Union and Germany*, Cambridge University Press, 2006, p 218

³⁷ Tanya MARTINEZ SHIVELY, *Sexual Harassment in the European Union: King Rex Meets Potiphar's Wife*, 55 *La. L. Rev.* (1995)

³⁸ Étude de législation comparée n° 225 - juin 2012 - Les définitions du harcèlement sexuel – Travaux Parlementaires SENAT

³⁹ Association Henri CAPITANT, *Hommage à René DAVID, Thèmes et commentaires*, DALLOZ, 2012

Il est donc primordial de comprendre ce qu'est le harcèlement sexuel pour pouvoir mieux l'analyser, le mesurer, légiférer, le prévenir, le sanctionner et l'indemniser. Ce sont toutes ces facettes qu'on développera tout au long de cette recherche, en gardant toujours pour objectif la comparaison du système américain et du système français.

Ainsi, on se posera la question de savoir : Pourquoi, alors même que les définitions française et américaine tendent à se rapprocher, elles sont encore fondamentalement différentes tant dans leur fondement que dans leur mise en application ? Il conviendra alors d'étudier dans un premier temps l'évolution comparée des définitions du harcèlement sexuel au travail en France et aux Etats-Unis (**Partie 1**). Puis d'observer dans un second temps l'application de ces définitions par les juridictions de chaque pays (**Partie 2**).

PARTIE 1.
VISION COMPARATIVE DES DEFINITIONS DU HARCELEMENT
SEXUEL AU TRAVAIL

La France et les Etats-Unis sont deux *systèmes juridiques* différents. René DAVID définissait cette notion de la façon suivante : « *Chaque droit constitue de fait un système : il emploie un certain vocabulaire ; correspondant à certains concepts ; il groupe les règles dans certaines catégories ; il comporte l'emploi de certaines techniques pour formuler les règles de certaines méthodes pour les interpréter ; il est lié à une certaine conception de l'ordre social, qui détermine le mode d'application et la fonction même du droit* »⁴⁰. Ce sont tous ces éléments qu'il faut prendre en compte afin de comprendre l'évolution des définitions du harcèlement sexuel au travail en France et aux Etats-Unis (**Chapitre 1**). Mais étudier les seules législations nationales et fédérales sans considérer l'influence des législations européennes en France et des législations des Etats Fédérés aux Etats-Unis, ainsi que les dispositions du droit international sur le harcèlement sexuel au travail, serait nécessairement insuffisant. (**Chapitre 2**)

CHAPITRE 1. L'EVOLUTION ET LE CONTENU DE LA DEFINITION DE HARCELEMENT SEXUEL AU TRAVAIL

Les Etats-Unis furent le premier pays au monde à reconnaître le harcèlement sexuel en tant que discrimination sexuelle, et pour certains auteurs⁴¹, ils sont aujourd'hui probablement ceux qui ont l'appareil juridique et institutionnel le plus sophistiqué pour traiter de tels litiges au travail. Onze années (entre la première utilisation du terme « *sexual harassment* » en 1975 et la reconnaissance par la Cour Suprême⁴², en 1986, de la nécessité de protéger les victimes de harcèlement sexuel sous le Titre VII), c'est le temps qu'il a fallu pour établir un arsenal juridique très protecteur et presque complet (dans le sens où il prévoit déjà deux formes de harcèlement sexuel : *quid pro quo* et *environnemental*). La France, même avec l'évolution enclenchée par la Loi du 6 Août 2012, est pourtant encore très loin des standards de protection qu'offre le système américain.

En effet, alors qu'on constate aujourd'hui un rapprochement des définitions française et américaine avec les changements engagés par cette loi de 2012 (**Section 1**), chaque définition a pourtant suivi une évolution distincte, qui souligne les différences fondamentales existant entre ces deux systèmes juridiques (**Section 2**).

⁴⁰ René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 11e éd., 2002

⁴¹ Kathrin S. ZIPPEL, *The politics of Sexual Harassment – A comparative study of the United States, the European Union and Germany* – Cambridge University Press, 2006, page 42

⁴² *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S 57 (1986)

SECTION 1. LE DROIT POSITIF DU HARCELEMENT SEXUEL AU TRAVAIL

A l'heure actuelle, le droit fédéral américain distingue entre deux catégories de harcèlement sexuel : le *quid pro quo harassment* et le *hostile environment harassment* (ce dernier ayant été développé principalement par la jurisprudence). Le droit français, de son côté, applique depuis un an sa nouvelle législation du 6 Aout 2012⁴³ qui distingue aussi maintenant deux types de harcèlement sexuel alors qu'il n'en définissait qu'un seul jusqu'alors. La comparaison des définitions américaine et française est alors plus pertinente (**Paragraphe 1**), bien que les éléments constitutifs et leurs interprétations diffèrent encore d'un système juridique à l'autre (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1. L'INSTAURATION DE DEUX TYPES DE HARCELEMENT SEXUEL AU TRAVAIL

La nouvelle loi pénale française a créé deux délits de harcèlement sexuel correspondant à deux nouveaux types de harcèlement sexuel énoncés dans deux alinéas distincts à l'article 222-33 Code Pénal. De ces deux alinéas on peut aisément dresser une comparaison avec les deux formes de harcèlement sexuel développées par le droit américain. Ainsi, le harcèlement défini à l'alinéa 1 s'assimile à un harcèlement environnemental, l'équivalent du *hostile environment sexual harassment* (**B**). Alors que le harcèlement décrit à l'alinéa 2 s'apparente à un harcèlement de contrepartie équivalent au *quid pro quo harassment* (**A**).

Aussi bien en France qu'aux Etats-Unis, les effets de ces actes peuvent être variables en fonction des différents types de harcèlement sexuel et suivant leur gravité et leurs effets (« atteinte à la dignité », « situation intimidante, hostile ou offensante » par exemple).

A) *Quid pro quo harassment* ou harcèlement de contrepartie (Alinéa 1)

D'après le terme latin, le harcèlement *quid pro quo* (c'est-à-dire « *this for that* ») s'apparente à un harcèlement « de contrepartie »⁴⁴ ou « donnant-donnant ». Autrement dit, c'est lorsqu'un supérieur hiérarchique pénalise une employée, lorsqu'elle a refusé ses avances sexuelles. Cette pénalisation de l'employée se traduit généralement par « *a tangible employment action* »⁴⁵, c'est-à-dire la perte d'un avantage tangible en matière d'emploi. Ce type de harcèlement s'apparente à du chantage sexuel, souvent pratiqué par le supérieur hiérarchique sur

⁴³ Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel

⁴⁴ Étude de législation comparée n° 225 - juin 2012 - Les définitions du harcèlement sexuel – Travaux Parlementaires SENAT

⁴⁵ *Bundy v. Jackson*, 641 F.2nd 942 (DCC, 1981)

son subordonné (d'où résulte la notion d'abus d'autorité qui a longtemps était exigée en droit français).

Aux Etats-Unis, les deux premiers alinéas de l'article 1604.11 des lignes directrices de l'EEOC dispose que toutes « *unwelcome sexual advances, requests for sexual favors, and other verbal or physical conduct of a sexual nature* » constitue un harcèlement sexuel, interdit par le Titre VII⁴⁶, dès lors que la soumission à un tel comportement devient, explicitement ou implicitement, une condition de l'emploi, ou que la soumission ou le rejet d'un tel comportement sert de fondement aux décisions affectant son emploi.⁴⁷

En droit français, le deuxième alinéa de l'article 222-33 du Code Pénal prévoit un acte unique (pas besoin de répétition) qui s'apparente au *quid pro quo harassment* :

« *Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers.* »

L'alinéa 2 de l'article 222-33 prévoit qu'un acte unique peut constituer un délit de harcèlement sexuel dès lors qu'il présente une particulière gravité résultant d'une pression grave ayant une finalité de nature sexuelle à l'encontre de la victime. La loi du 6 Août 2012 reste pourtant silencieuse sur la signification de ces termes. C'est donc la Circulaire du 7 Août 2012, relative à l'interprétation de la loi, qui vient expliciter les termes « pression grave » et « pression présentant une finalité sexuelle ». Pour autant, il y a quelques jurisprudences de droit du travail interprétant la notion de « pression grave » (car ce type de harcèlement était déjà prévu par le Code du Travail avant la loi de 2012), mais très peu en droit pénal⁴⁸. Le caractère de gravité de ces pressions s'apprécie dans un second temps au regard du contexte et notamment des relations qui existent entre le harceleur et sa victime. Et c'est justement la gravité de cette pression qui justifie qu'elle puisse être constituée par un acte unique, sans besoin d'être répétée. La finalité de la pression quant à elle doit être exercée « *dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers.* »⁴⁹. Par l'expression « but réel ou apparent », la loi de 2012 se positionne contre les

⁴⁶ Section 703 du Titre VII du CRA 1964

⁴⁷ « *when (1) submission to such conduct is made either explicitly or implicitly a term or condition of an individual's employment, (2) submission to or rejection of such conduct by an individual is used as the basis for employment decisions affecting such individual* »

⁴⁸ Cour d'appel Toulouse, 1^{er} février 2013 n° 11/02316 : A été reconnu comme des « pressions graves » la proposition de Monsieur X (le supérieur hiérarchique de Madame A) de réaliser plus rapidement des travaux dans l'agence de Madame A en échange d'avantages de nature sexuelle.

⁴⁹ Circulaire du 7 Août 2012, page 6

jurisprudences établies sous la loi de 2002 qui utilisait l'expression « *dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle* ». Par ailleurs, le terme « au profit d'un tiers » n'est pas défini plus précisément dans la circulaire, de telle sorte qu'on pourrait se demander s'il soulève la question du proxénétisme. Cependant cette expression figurait déjà dans l'article L.1153-1 du Code du travail, dont la jurisprudence indique qu'il s'agit par exemple de cas où un employeur demande à une employée d'être « très gentille » avec un client ou encore une affaire où la compagne d'un directeur de théâtre choisissait des candidates pour son compagnon.

Ainsi, selon la Circulaire, les pressions graves et chantage sexuel peuvent être commis lorsqu'une personne tente d'imposer un acte de nature sexuelle à la victime en contrepartie d'un avantage (obtention d'un emploi, d'une augmentation de salaire, ...) ou de l'assurance d'éviter un préjudice affectant son emploi (licenciement, mutation, ...). Et c'est en cela, que le harcèlement sexuel prévu à l'alinéa 2 s'assimile à un harcèlement de contrepartie.

B) *Hostile environment harassment* ou harcèlement sexuel environnemental (Alinéa)

Contrairement au harcèlement sexuel de contrepartie, celui-ci est plus insidieux et donc plus difficile à prouver. Le harcèlement dans ce cas n'a pas de conséquences directes sur l'emploi en tant que tel mais il consiste en l'instauration d'un climat de travail hostile, dégradant, offensant.

Aux Etats-Unis, l'article 1604.11 des lignes directrices de l'EEOC dispose dans son troisième alinéa que constituent un harcèlement sexuel des avances sexuelles importunes, des sollicitations de faveurs sexuelles et tout autre comportement verbal ou physique de nature sexuelle quand un tel comportement « *has the purpose or effect of unreasonably interfering with an individual's work performance or creating an intimidating, hostile, or offensive working environment* », c'est-à-dire qu'il a pour objet ou pour effet de perturber de manière déraisonnable l'accomplissement du travail ou de créer un environnement de travail intimidant, hostile ou offensant.

En droit français, le premier alinéa de l'article 222-33 prévoit maintenant le harcèlement sexuel environnemental, c'est-à-dire des comportements à connotation sexuelle, de toute nature, imposés à une personne non consentante :

« *Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante.* »⁵⁰

⁵⁰ Article 222-33, alinéa 1^{er} Code Pénal

Cette disposition est intéressante car c'est la première fois en France que le harcèlement environnemental est réprimé et qu'il n'est pas nécessaire de démontrer que le harceleur voulait obtenir une relation sexuelle. Cependant plusieurs remarques doivent être faites. D'une part, l'utilisation du terme « imposer » implique de prendre en compte la perspective de l'auteur et non celle de la victime (c'est d'ailleurs pour cela que la directive européenne 2002/73/CE du 23 Septembre 2002 utilise l'expression « non désiré »). D'autre part, à la question de savoir si le critère de répétition implique également un comportement répété envers plusieurs personnes (établissant alors un harcèlement environnemental envers les femmes, parce qu'elles sont femmes), ni la loi, ni la Circulaire ne donnent de réponse. Pour le harcèlement sexuel environnemental français, la circulaire affirme seulement que la condition de répétition exige simplement que les faits aient été commis « *à au moins deux reprises* », « *ces actes pouvant être répétés dans un très court laps de temps, sans délai minimum séparant les actes commis* ».

Enfin deux points de comparaisons entre le harcèlement sexuel environnemental français et américain méritent d'être soulignés. Premièrement, on constate qu'aux Etats-Unis, la définition large du harcèlement sexuel énoncée par l'EEOC englobe toutes « *avances sexuelles importunes, sollicitations de faveurs sexuelles et tout autre comportement verbal ou physique de nature sexuelle* ». La Cour Suprême a ainsi précisé que le harcèlement devait être assez grave ou assez insistant (sans interpréter plus précisément ces deux termes) pour altérer la situation professionnelle de la victime⁵¹.

Le Code Pénal français est lui plus évasif dans sa définition puisqu'il évoque seulement des « *propos ou comportements à caractère sexuel* ». La Circulaire donne cependant des exemples pour illustrer la loi : les comportements de toute nature peuvent être des « *propos, gestes, envois ou remises de courriers ou d'objets, attitudes* »⁵² ouvertement sexistes, grivois, obscènes, tels que des paroles ou écrits répétés constituant des provocations, injures ou diffamations, même non publiques. Par ailleurs, la Circulaire précise que ces comportements doivent *seulement* « *revêtir* » une connotation sexuelle, dès lors il ne sera pas exigé qu'ils présentent un caractère « *explicitement et directement sexuel* ». Pour autant, la Circulaire ne donne pas davantage d'explications sur la « *connotation sexuelle* », laissant donc cela à l'interprétation des tribunaux.

Deuxièmement, les termes « *dégradant* » et « *humiliant* » sont une précision importante apportée par la loi de 2012, mais fortement liée à une interprétation sociétale. De même pour les

⁵¹ *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 US 57 (1986)

⁵² Circulaire 7 Août 2012, page 4

qualificatifs « *intimidant, hostile, ou offensant* » pour lesquels la circulaire donne quelques exemples d'interprétation en raison du silence de la loi française sur ce point.

Au contraire aux Etats-Unis, la question de savoir ce qu'est un comportement offensant est une question fondamentale pour les juges. Pour apprécier s'il y a un environnement hostile au sens du titre VII, les cours analysent « *the sufficiently severe standard* », qui doit comprendre des préjudices réels ou un risque raisonnable de préjudice. Sur ce point, les Cours de District se sont peu engagées, et les Cours d'Appel ne s'y sont aventurées que de manière limitée n'admettant de déclarer illicite la discrimination seulement si il y avait eu, en raison du harcèlement sexuel, une répercussion préjudiciable sur l'emploi :

« *The test for whether or not sexual harassment rises to the level of a hostile work environment is whether the harassment is conduct which would interfere with the hypothetical reasonable individual's work performance and affect seriously the psychological well being of that reasonable person under like circumstances. Once the objective reasonable person test is met, the court must next determine if the victim was subjectively offended and suffered an injury from the hostile work environment.* »⁵³

Puis, en 1981, les interprétations des juges commencent à évoluer, et une Cour d'Appel⁵⁴ (qui l'avait refusé quelques années plus tôt) admet qu'une action pour harcèlement sexuel puisse être engagée sans établir pour autant la perte d'un avantage tangible en matière d'emploi. Enfin, avec l'arrêt *Harris v. Forklift Systems Inc (1993)*⁵⁵, la Cour Suprême, bien qu'elle ne donne toujours pas de définition précise du harcèlement sexuel, continue d'élargir sa protection. Elle établit en effet le standard du simple caractère offensant et choisit donc une règle très large, selon laquelle pour les cas de harcèlement sexuel environnemental, il n'est plus nécessaire que le refus de la victime de répondre aux avances entraîne un préjudice économique tangible (comme la privation d'une promotion par exemple). Selon certains auteurs⁵⁶ pourtant, cette interprétation est si large qu'elle ne peut que compliquer la jurisprudence relative au 1^{er} Amendement et elle aboutit nécessairement à un conflit de lois.

⁵³ *Rabidue v. Osceola Refining Co.*, 805 F. 2D 624 (1986) ; *Barnes v. Costle*, Cour d'Appel du District de Columbia

⁵⁴ *Bundy v. Jackson*, 641 F. 2nd 942 (DCC, 1981)

⁵⁵ *Harris v. Forklift Systems Inc*, 62 USLW 4004 (1993)

⁵⁶ Eugene VOLOKH, *Freedom of Speech and Workplace Harassment*, 39 UCLA L. Rev. 1791 (1992) ; J.M. Balkin, *Free Speech and hostile environments*, Columbia L. Rev. (1999)

PARAGRAPHE 2. DEUX VISIONS DISTINCTES DE L'AUTEUR ET DE LA VICTIME DU HARCELEMENT SEXUEL AU TRAVAIL

On peut constater que la nouvelle loi française de 2012 a développé des définitions qui se rapprochent des définitions américaines. Cependant, même face à des textes similaires en surface, les différences persistent, notamment en raison des différents standards utilisés, propres à chaque pays et aux interprétations des juges. Aux Etats-Unis, cette interprétation est principalement établie par la jurisprudence et en France du fait de la récente application de la loi, c'est la Circulaire d'interprétation du 7 Août 2012 qui sert de référence. Il s'agit donc d'étudier les éléments constitutifs du harcèlement sexuel de chaque pays en se concentrant d'abord sur l'auteur du harcèlement (A) puis sur la victime (B), tout en gardant à l'esprit que le droit français du harcèlement sexuel relève aussi du droit pénal, alors qu'il est appréhendé uniquement par le droit civil en droit américain.

A) L'auteur du harcèlement sexuel

L'auteur. Aux Etats-Unis, l'EEOC retient une notion large de l'auteur du harcèlement. Ainsi « *the harasser* » peut être le supérieur hiérarchique de la victime, un supérieur venant d'un autre secteur, un collègue, ou une personne qui n'est pas interne à l'entreprise et qui n'est donc pas un salarié de l'employeur, tels qu'un client ou un consommateur.

La même règle s'applique en France. Pour autant, c'est seulement depuis la loi de 2002 que l'exigence d'un lien hiérarchique entre l'harceleur et la victime de harcèlement sexuel a été abandonnée. La loi de 1992 ne couvrait que le harcèlement sexuel résultant d'un abus d'autorité. Aujourd'hui, l'abus d'autorité n'est plus un des éléments constitutifs du délit de harcèlement sexuel, mais avec la loi de 2012, il est une des cinq circonstances aggravantes prévues à l'article 222-33, alinéa 3 du Code Pénal si les faits sont commis « *sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de leur auteur* »⁵⁷. La circonstance de vulnérabilité économique constitue une innovation en matière de harcèlement sexuel, en ce sens que de tels faits sont souvent commis contre des personnes particulièrement fragiles en raison de leur situation économique et sociale, et qui ne sont pas en mesure de s'opposer aux comportements de leur harceleur⁵⁸.

⁵⁷ 4ème circonstance aggravante prévue à l'alinéa 3 de l'article 222-33 du Code Pénal

⁵⁸ Par exemple, des jeunes femmes élevant seules leurs enfants à la suite d'une rupture conjugale et disposant de très faibles revenus

D'autant plus que selon l'AVFT⁵⁹, en 2012 les auteurs de harcèlement sexuel sont encore pour les trois quarts les supérieurs hiérarchiques ou les employeurs.

Same-Sex Harassment. La question du sexe de l'auteur du harcèlement sexuel est intéressante. Bien que dans la majorité des cas, l'agresseur soit un homme et la victime une femme, il y a des cas, aussi bien en France qu'aux Etats-Unis⁶⁰, où la femme est l'agresseur et l'homme la victime. De même, le harcèlement d'un homme par un autre homme ou d'une femme par une femme existe. Dès lors, la question est de savoir s'il est possible d'invoquer le harcèlement sexuel sur les mêmes fondements si le harceleur est du même sexe que la victime. Cette possibilité a été prévue en France dès la loi de 1992 qui disposait que le harcèlement sexuel était « le fait de harceler autrui », autrui se référant indifféremment à une femme ou un homme. Au contraire aux Etats-Unis, cette possibilité n'a pas toujours été reconnue. Bien que le Titre VII du CRA 1964 soit « *gender neutral* » – c'est-à-dire que l'interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe s'applique indistinctement aux discriminations à l'encontre d'une femme ou d'un homme⁶¹ – ses dispositions n'étaient pas, à l'origine, destinées à protéger les hommes contre les discriminations fondées sur le sexe. La Cour Suprême est donc intervenue en 1998, dans sa décision *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*⁶², interprétant le droit, et établissant sa conception du harcèlement sexuel et de la discrimination fondée sur le sexe. Elle affirme alors que rien dans la rédaction du Titre VII par le Congrès n'excluait la protection des victimes harcelées sexuellement par une personne du même sexe⁶³ et que la Cour se doit d'élargir sa protection :

« *Male-on-male sexual harassment in the workplace was absurdly not the principal evil Congress was concerned with when it enacted Title VII. But statutory prohibitions often go beyond the principal evil to cover reasonably comparable evils, and it is ultimately the provisions of our laws rather than the principal concern of our legislators by which we are governed* »⁶⁴.

⁵⁹ http://www.avft.org/article.php?id_article=715: L'AVFT en chiffres 2012 : 76.6% sont des supérieurs hiérarchiques ou directement l'employeur ; 15% sont des collègues ; 8.4% sont des clients/fournisseurs

⁶⁰ Le cas *Louis Oblea Jr – New Jersey* (2005) : Une société de services financiers a dû verser 25.000 dollars suite à une poursuite déposée au niveau fédéral par un ancien employé de sexe masculin qui affirme avoir été harcelé sexuellement sur son lieu de travail par une collègue femme. L'EEOC a engagé une poursuite devant une Cour Fédérale, accusant l'entreprise de violation des droits civils pour n'avoir pas traité les plaintes de harcèlement sexuel rapportées par Louis Oblea Jr.

⁶¹ Sur cette question Margaret A. CROUCH, *Thinking about sexual harassment, A guide for the perplexed*, Oxford University Press, 2001, pp 200-206

⁶² 523 U.S 75 (1998)

⁶³ « *We see no justification in the statutory language or our precedents for a categorical rule excluding same-sex harassment claims from the coverage of Title VII* ».

⁶⁴ *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.* 523 U.S. 75 (1998)

La Cour conclua explicitement que : « *neither sexual desire nor sexual orientation were necessary factors in determining sex discrimination, although they might be relevant* »⁶⁵. Ainsi les victimes doivent surtout prouver qu'elles ont été visées par le harcèlement en raison de leur sexe, peu importe les critères d'orientation sexuelle ou de désir sexuel.

Enfin, concernant la responsabilité de l'auteur du harcèlement sexuel, en droit français si la victime invoque le droit pénal c'est l'auteur qui est directement responsable car le harcèlement sexuel est un délit puni par le droit pénal (et au pénal, seul l'auteur des actes punissables peut être déclaré responsable). En revanche, devant le Conseil des Prud'hommes, c'est l'employeur qui est mis en cause. L'article L1151-1 du Code du Travail précise que les dispositions sur le harcèlement sexuel au travail sont applicables aux employeurs de droit privé uniquement ainsi qu'à leurs salariés. Elles sont également applicables au personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé. En revanche, pour les employeurs publics et les agents de la fonction publique c'est la loi du 13 Juillet 1983 qui s'applique.

A l'inverse, aux Etats-Unis, c'est la responsabilité de l'employeur qui est première tant dans son étendue (responsable du fait de ses employés) que dans ses montants.

B) La victime

Le harcèlement sexuel au travail se produit partout dans le monde, c'est un problème qui dépasse le cadre d'un pays, mais aussi celui d'un milieu de travail ou d'une catégorie professionnelle spécifique.

Selon l'AVFT⁶⁶, aucun secteur ou niveau professionnel n'y échappe, pourtant certains sont plus représentés que d'autres. Le secteur privé par exemple représente plus des trois quarts des plaintes⁶⁷. Et c'est le secteur médico-social qui est le plus touché en France⁶⁸. Aux Etats-Unis, d'une manière générale, le harcèlement sexuel reste toujours présent dans les industries où les femmes sont en minorité, comme le secteur de la construction, ou dans les entreprises qui emploient beaucoup de jeunes ayant peu de qualifications, comme le secteur de la restauration rapide.

⁶⁵ *Supreme Court Decisions and Women's Rights*, 2nd Edition, 2010, p 161

⁶⁶ http://www.avft.org/article.php?id_article=715 : L'AVFT en chiffres 2012

⁶⁷ 77.3% des « dossiers » viennent du secteur privé 22.6% des « dossiers » viennent de la fonction publique

⁶⁸ 17 % : Secteur médico-social ; 15% : Prestation de service ; 14 % : Commerce ; 12% : Enseignement et recherche privée et publique ; 10.3% : Industrie ; 9% : Hôtellerie/restauration ; 7% : Nettoyage/propreté ; 5.6% : Collectivités territoriales ; 3.7% : Culture ; 3.5% : Bâtiment ; 2% : Armée, police ; 1% : Institution publique.

C'est alors en analysant quelle personne est protégée par les différentes législations américaines et françaises que la question des standards et interprétations est la plus probante.

La victime. Aux Etats-Unis, d'après les lignes directrices de l'EEOC et en dehors des législations des Etats qui soient plus protectrices, le Titre VII s'applique aux employeurs gérant une entreprise de 15 employés ou plus. Pour autant, le *Civil Rights Act* 1964 exclut de sa protection toute personne exerçant une fonction publique au niveau fédéral, dans un Etat ou une subdivision d'Etat⁶⁹.

En France, en matière de harcèlement sexuel, le Code du Travail⁷⁰ protège tout salarié ou candidat à un emploi, un stage ou une formation en entreprise, quel que soit son sexe, qu'il ait subi ou refusé de subir des agissements à l'occasion de son embauche, tout au long de l'exécution du contrat de travail ou lors de sa rupture. En outre, puisque les fonctionnaires français relèvent de la loi du 13 juillet 1983⁷¹, c'est l'article 6 ter de cette loi qui les protège contre tout fait de harcèlement sexuel.

De plus, la loi du 6 Aout 2012 a créé un nouveau motif de discrimination, énoncé à l'article 225-1-1 Code Pénal qui en plus de protéger les victimes de harcèlement sexuel, protège les salariés qui témoignent ou relatent de tels actes sont également protégés⁷².

Les Etats-Unis et la France ne limitent donc pas leurs protections aux seuls employés. Puisque d'une part, l'article 703 du Titre VII du CRA 1964 interdit à un employeur de discriminer une personne à l'embauche⁷³. Et d'autre part, le Code du Travail a été modifié en 2001 pour accorder une protection à une catégorie supplémentaire, à savoir « les candidats à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise »

Le comportement inopportun. Comme expliqué plus tôt, le harcèlement sexuel aux Etats-Unis doit être inopportun (« *unwelcome conduct* ») au sens où l'employé ne l'a pas sollicité ou n'a pas incité son auteur à se comporter de façon importune⁷⁴. Cependant, la jurisprudence considère que l'attitude passée de la victime (vêtements provocants, langage à connotation sexuelle), en dehors de toute considération du comportement spécifique du harceleur en question, ne suffit pas en soi à supprimer la protection accordée par la loi.

⁶⁹ CRA, Article 701

⁷⁰ Article 1153-1 Code du travail

⁷¹ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

⁷² Article 225-1-1 : « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont (...) témoigné de faits {tels que définis à l'article 222-33} »

⁷³ « *to fail or refuse to hire or to discharge any individual* »

⁷⁴ Etude de législation comparée n° 225 – Juin 2012 – Les définitions du harcèlement sexuel – Travaux Parlementaires du SENAT

Le consentement de la victime. Ce caractère inopportun, qu'on retrouve aux Etats-Unis, n'est pas appréhendé dans la loi française et ne doit pas être confondu avec le critère du consentement puisque pour déterminer si l'attitude de la victime est cohérente avec l'allégation du caractère inopportun du comportement, on examine si elle a clairement manifesté qu'elle le considérait comme tel. La question ne porte donc pas sur le consentement ou non des relations sexuelles. La loi française ne traite pas du caractère inopportun mais utilise le terme « *imposer* » (sans pour autant qu'il soit défini explicitement ni par la loi ni par la Circulaire) qui renvoie à l'idée d'une absence de consentement. La circulaire du 7 Août 2012 affirme ainsi que le non consentement de la victime est un des éléments constitutifs du délit, qui suppose des actes imposés par leur auteur (c'est-à-dire subis et non désirés par la victime). Toutefois, la loi n'exige nullement que la victime ait fait connaître de façon expresse et explicite à l'auteur des faits qu'elle n'était pas consentante⁷⁵ (contrairement au droit américain du harcèlement environnemental). L'absence de consentement peut donc être explicite ou implicite et s'établit en fonction du contexte, en prenant en compte un faisceau d'indices⁷⁶.

Les standards et interprétation des Cours américaines. Aux Etats-Unis, le standard de « *reasonable woman* » tend à remplacer celui de « *reasonable person* »⁷⁷. Ce besoin de changement est apparu pour la première fois en 1986 dans l'opinion dissidente de l'arrêt *Rabidue v. Osceola Refining Co*⁷⁸. Il a fallu attendre 1990 pour qu'au niveau d'une Cour d'Appel ce standard soit véritablement appliqué dans *Andrews v. City of Philadelphia*⁷⁹. Et c'est seulement en Janvier 1991 dans la décision *Ellison v. Brady*⁸⁰ que ce nouveau standard est expressément utilisé et commenté :

« *We adopt the perspective of a reasonable woman primarily because we believe that a sex-blind reasonable person standard tends to be male-biased and tends to systematically ignore the experiences of women.* »⁸¹

⁷⁵ Il ne requiert donc pas une demande formulée par écrit ou devant témoins de mettre un terme aux agissements

⁷⁶ Par exemple : *Cour de cassation, Chambre Soc., 24 septembre 2008*

⁷⁷ Mane HAJDIN, *The Law of Sexual Harassment, A critique*, Susquehanna University Press, 2002, pp 83-101

⁷⁸ 805 F. 2d 611, 626-7

⁷⁹ Third Circuit. 895 F. 2d 1469, 1482 (3d Cir. 1990) : Dans cette décision, l'expression « *reasonable woman* » n'apparaît pas tel quel mais « *reasonable person of the same sex in that plaintiff's position* »

⁸⁰ 924 F. 2d 872 (9th Cir. 1991)

⁸¹ *Ellison v. Brady*, 924 F.2d 872 : « *The reasonable woman standard does not establish a higher level of protection for women than men. Instead, a gender-conscious examination of sexual harassment enables women to participate in the workplace on an equal footing with men. By acknowledging and not trivializing the effects of sexual harassment on reasonable women, courts can work towards ensuring that neither men nor women will have to "run a gauntlet of sexual abuse in return for the privilege of being allowed to work and make a living.* »

L'utilisation du standard de « *reasonable woman* » se répand alors dans les tribunaux, toutefois la Cour Suprême ne le retient pas immédiatement. En effet, en 1993⁸² après l'apparition de « *reasonable woman standard* » au niveau des Cours d'Appel, la Cour Suprême dans sa décision *Harris v. Forklift Systems, Inc*⁸³, concernant un harcèlement sexuel environnemental, réintroduit le standard de « *reasonable person* »⁸⁴ pour apprécier le comportement en cause. Certaines Cours d'Appel⁸⁵ voient alors en ce silence de la Cour Suprême, un rejet du standard de « *reasonable woman* ». En effet, en plus de ne pas définir assez précisément ce que les termes « graves » et « insistants » recouvrent, la Cour Suprême laisse également des incertitudes quant à savoir s'il faut juger les agissements selon le standard de « *reasonable person* » ou celui de « *reasonable woman* » comme le font (et le préfèrent) les juridictions des Etats. Aujourd'hui encore, la question du standard à utiliser dans les affaires de harcèlement sexuel environnemental reste irrésolue⁸⁶.

Alors même qu'on peut constater depuis la loi du 6 Août 2012 quelques points de rapprochement entre les définitions françaises et américaines. Cela n'a pas toujours été le cas : le système français a toujours été restrictif, souhaitant se démarquer le plus possible du système américain, ce dernier n'ayant pourtant pas toujours été aussi protecteur. Il convient donc d'étudier dans une seconde section, l'évolution distincte des définitions du harcèlement sexuel aux Etats-Unis et en France.

SECTION 2. APPROCHE COMPAREE DE LA CONSTRUCTION DES DEFINITIONS

C'est aux Etats-Unis, au milieu des années 1970, qu'est apparue pour la première fois l'expression « *sexual harassment* ». Puis sa définition s'est affinée progressivement par la promulgation de législations émanant de différents organes, et surtout par la jurisprudence (**Paragraphe 1**). En France, il a fallu attendre jusqu'en 1992 pour que le législateur crée la première loi sur le harcèlement sexuel. Pour autant, sa définition n'a cessé d'être modifiée et vidée de son contenu jusqu'à la récente loi du 6 Août 2012⁸⁷ (**Paragraphe 2**).

⁸² Soit sept ans après l'arrêt *Meritor* distinguant les deux formes de harcèlement sexuel

⁸³ 510 U.S. 17

⁸⁴ 510 U.S. 17, 21

⁸⁵ Par exemple, *DeAngelis v. EL Paso Municipal Police officers Association*, 51 F. 3d 591, 594 (5th Cir. 1995)

⁸⁶ Sur la problématique du « *reasonable woman standard* »: Margaret A. CROUCH, *Thinking about sexual harassment, A guide for the perplexed*, Oxford University Press, 2001, pp 186-200

⁸⁷ Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel

PARAGRAPHE 1. LA PROTECTION AMERICAINE, PIONNIERE POUR LE HARCELEMENT SEXUEL AU TRAVAIL

« Legally, women are not arguably entitled, for example, to a marriage free of sexual harassment any more than to one free of rape, nor are women legally guaranteed the freedom to walk down the street or into a court of law without sexual innuendo. In employment, the government promises more »⁸⁸.

Lorsque Catharine MacKinnon écrit cela en 1979, elle pressent que le gouvernement n'aura d'autres choix que de protéger les victimes de harcèlement sexuel, mais que cela ne pourra se faire que dans le cadre de la discrimination au travail. La définition du harcèlement sexuel s'est ainsi développée peu à peu au travers de diverses législations (A), mais elle s'est surtout étayée grâce aux juges et à la jurisprudence de la Cour Suprême (B).

A) Le rôle du *Civil Rights Act* puis de l'EEOC dans le développement de la protection

Aux Etats-Unis, le harcèlement sexuel est défini comme une forme de discrimination fondée sur le sexe, en vertu du *Civil Rights Act of 1964 (CRA 1964), Title VII, Section 703*. L'article 703, relatif aux « *unlawful employment practices* »⁸⁹, interdit à un employeur de discriminer en raison de la race, de la couleur, de la religion, de l'origine nationale ou du sexe. A cette époque, le harcèlement sexuel, puisqu'il se rattache au *Civil Rights Act* en tant que « *sex discrimination* », devient étroitement lié aux problématiques de « *racial discrimination* »⁹⁰ émergeant aux Etats-Unis durant la première moitié du XX^{ème} siècle – époque pendant laquelle la nécessité sociale⁹¹ a entraîné le mouvement de création des droits civiques⁹². Cependant, il est

⁸⁸ C. MACKINNON, *Sexual Harassment of Working Women*, page 7. Traduction de Abigail SAGUY, dans « Les conceptions juridiques du harcèlement sexuel en France et aux Etats-Unis », *Travail, genre et sociétés*, 2012/2 n°28 page 93 : « D'un point de vue juridique, les femmes n'ont pas exemple pas droit à un mariage exempt de harcèlement sexuel, ou exempt de viol ; elles n'ont pas non plus de garantie légale de pouvoir se promener dans la rue ou d'entrer dans un tribunal, sans faire l'objet d'insinuations de nature sexuelle. Au travail en revanche, le gouvernement leur promet davantage ».

⁸⁹ CRA 1964, Title VII, Section 703 « (a) It shall be an unlawful employment practice for an employer (1) to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin. »

⁹⁰ Il faut rappeler qu'à l'origine le *Civil Rights Act* concernait uniquement la *race discrimination*, mais que le Congrès a finalement décidé de l'étendre à « *sex, religion, ... discrimination* »

⁹¹ J. GOODMAN-DELAHUNTY – W. E. FOOTE, *Evaluation for workplace discrimination and harassment*, Oxford University Press, 2011, 194 pages : Avec l'apogée de la révolution industrielle aux Etats-Unis et l'application de la doctrine juridique et économique du «laissez-faire», les travailleurs n'avaient pas – ce qu'on appelle aujourd'hui la sécurité de l'emploi – puisqu'ils pouvaient être licenciés pour n'importe quelle raison, à n'importe quel moment, avec ou sans préavis (*Hathaway v. Bennett*, 1854)

⁹² Des lois comme le *National Labor Relations Act 1935* ou le *1er Congressional Bilt 1942* prohibent la discrimination dans l'emploi et reflètent l'intérêt grandissant pour égalité sociale et les idéaux de liberté, égalité et fraternité rendues populaires par la Révolution Française. Mais il a fallu attendre véritablement le CRA 1964 qui interdit la discrimination au travail sur la base de la race, la couleur, l'origine, le genre et la religion. Avant cela, ce qui était interdit c'était uniquement la discrimination sur la couleur et la race.

important de souligner que la protection juridique contre le harcèlement sexuel n'est pas explicitement énoncée dans le Titre VII. En effet, le *CRA 1964* ne fournit pas en lui-même une définition du harcèlement sexuel : Seule la « *sex discrimination* » est protégée explicitement mais on n'y trouve aucune définition ni référence au « *sexual harassment* ». Face à cette absence de loi fédérale prohibant explicitement le harcèlement sexuel, plusieurs Etats américains décidèrent dès le début des années 1980 d'insérer dans leurs législations⁹³ une définition du harcèlement sexuel. Pour autant, même si le mouvement est important, tous les Etats fédéraux n'adoptent pas cette démarche législative. C'est pourquoi plusieurs réglementations sont alors créées au niveau fédéral pour combattre le harcèlement sexuel. La première réglementation fédérale a ainsi été adoptée le 7 Avril 1978 par le Département du Travail⁹⁴ invitant les employeurs à fournir à leurs employés un lieu de travail « *free of harassment, intimidation, and coercion* »⁹⁵. Cependant, son étendue était assez limitée puisqu'elle concernait, à l'époque, seulement les entreprises de construction intervenant pour l'Etat.

Il faut donc attendre 1980 pour voir apparaître la première réglementation fédérale contre le harcèlement sexuel qui s'applique à toutes les sortes d'entreprises. C'est l'Equal Employment Opportunity Commission qui élabore ses propres définitions et promulgue le 10 Novembre 1980 ses lignes directrices⁹⁶ sur le harcèlement sexuel au travail. C'est une avancée considérable, mais cependant limitée, notamment car les lignes directrices produites par l'EEOC n'ont pas de force obligatoire. La Commission n'a pas autorité pour produire des règles relatives au Titre VII qui soient « *binding* ». Cependant, les définitions de l'EEOC de harcèlement sexuel sont publiées dans le *Code of Federal Regulations*⁹⁷. Cette publication a son importance puisque les règlements – supposés être une interprétation raisonnable des lois fondamentales⁹⁸ – sont appréhendés par les tribunaux comme étant aussi contraignants que des lois. Ainsi, même n'ayant aucune force obligatoire, ces règles vont influencer la jurisprudence.

⁹³ Pour autant que l'employeur gère une entreprise de plus de 15 employés (selon l'EEOC)

⁹⁴ Carrie N. BAKER, "Time Lines of Significant Events" in *The Women's Movement against Sexual Harassment*, Cambridge University Press, 2010, page 195

⁹⁵ Cette réglementation avait été lancée par le département du travail à la suite d'une action en justice d'une employée dans une entreprise de construction qui avait été harcelée sexuellement.

⁹⁶ *Part 1604 - Guidelines on discrimination because of sex*

⁹⁷ Un recueil des règlements généraux et permanents publiés, entre autre, par les agences indépendants du Gouvernement fédéral

⁹⁸ *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984) (U.S. Supreme Court)

B) Le rôle déterminant de la jurisprudence de la Cour Suprême

Comme on l'a vu précédemment, le terme « *sexual harassment* » apparaît dès 1975⁹⁹, et en 1979, Catharine MacKinnon affirme qu'il est une forme de discrimination fondée sur le sexe¹⁰⁰. Cependant, trois ans auparavant, les juges commençaient déjà à appréhender le harcèlement sexuel sous cet angle. En effet, un premier virage dans la jurisprudence s'est fait le 24 Avril 1976 avec l'arrêt *Williams v. Saxbe*¹⁰¹ où la Cour Fédérale de District (une Cour de première instance) a déclaré pour la première fois que le harcèlement sexuel devait être considéré comme une discrimination (« *discriminatory treatment* ») au sens du Titre VII du *Civil Rights Act* 1964 car :

« *It created an artificial barrier to employment which was placed before one gender and not the other, despite the fact that both genders were similarly situated* »¹⁰².

Puis, le 14 Février 1977, la Cour d'Appel de Quatrième Circuit¹⁰³ devient la première instance d'appel jugeant que le harcèlement sexuel viole le Titre VII. Opinion vite suivie et confirmée par d'autres Cours d'Appel¹⁰⁴. Mais il a fallu attendre 1986, pour que la Cour Suprême consacre ce principe. Dans sa décision *Meritor Bank v. Vinson*, elle affirme unanimement que le harcèlement sexuel environnemental est une discrimination fondée sur le sexe au sens du Titre VII du CRA. C'est le juge William H. Rehnquist qui écrit l'opinion de la Cour en s'appuyant notamment sur les Lignes Directrices de l'EEOC (1980). Cette décision est essentielle, car juridiquement elle signifie qu'à partir de ce moment, les victimes de harcèlement sexuel doivent montrer que le comportement abusif était une forme de discrimination fondée sur le sexe, pour montrer que leurs « *civil rights* » ont été violés. Avant cela, les litiges concernant des cas de harcèlement sexuel étaient donc traités sous le volet délictuel (ou *tort law*) et non en *discrimination law*.

Après l'arrêt *Meritor*, les Cours d'Appel (à la différence des Cours de District¹⁰⁵) ont suivi et appliqué le *ruling* de la Cour Suprême. Ainsi, la Cour d'Appel de 6^{ème} Circuit a été la

⁹⁹ Terme utilisé par un groupe féministe de l'Université de Cornell.

¹⁰⁰ MACKINNON, *Sexual Harassment of Working Women*, 1979 : « *unwanted sexual advances are a form of gender discrimination* »

¹⁰¹ 413 F. Supp. 654 (D.D.C. 1976)

¹⁰² 413 F. Supp. 657-658

¹⁰³ *Garber v. Saxon Industries, Fairfax, VA*

¹⁰⁴ *Barnes v. Costle, District of Columbia, DC*

¹⁰⁵ Jane AEBERHARD-HODGES, *Le harcèlement sexuel sur les lieux de travail : jurisprudence récente*, Revue Internationale du Travail, vol. 135 (1996) n°5, page 559 : les tribunaux de district (en première instance) jugent les affaires de manière plus restrictive demandant par exemple à la victime d'établir qu'elle a subi un préjudice économique effectif en rapport avec le harcèlement ; alors que la juridiction d'appel a renversé cette décision réfutant la nécessité de prouver un tel préjudice effectif (la seule menace d'un préjudice suffit)

première à appliquer le nouveau standard de « *hostile environment sexual harassment* »¹⁰⁶ dans l'arrêt *Rabidue v. Osceola Refining Co* (1986), déclarant qu'un comportement offensant (« *offensive behavior by itself* »¹⁰⁷) n'était pas en lui-même suffisant pour constituer le grief de harcèlement sexuel.

Puis en 1993, la Cour Suprême rend sa deuxième décision relative au harcèlement sexuel. Dans *Harris v. Forklift Systems*¹⁰⁸, elle affirme que la preuve d'un préjudice psychologique n'est pas indispensable pour prouver un cas de harcèlement sexuel.

Cinq années plus tard, en 1998, la Cour Suprême affirme la responsabilité de l'employeur du fait de ses employés (« *vicarious liability* ») dans ses deux arrêts *Faragher v. Boca Raton*¹⁰⁹ et *Burlington Industries v. Ellerth*¹¹⁰, explicitant notamment les règles concernant la responsabilité de l'employeur pour les cas de harcèlement sexuel environnemental commis par un supérieur hiérarchique.

Enfin, la même année, la Cour Suprême continue d'élargir sa protection en l'étendant aux cas de *same-sex sexual harassment* dans sa décision *Oncale v. Sundowner Offshore Services*¹¹¹. Et c'est toujours sous le Titre VII qu'elle prohibe le harcèlement sexuel d'un homme sur un homme.

Le rôle de la Cour Suprême et de sa jurisprudence a donc été essentiel car le *Civil Rights Act* 1964 n'incluait pas per se une protection contre un environnement hostile au travail ou contre le harcèlement sexuel. Ce sont donc les Cours qui ont étendu cette protection contre les discriminations qui impliquaient des comportements harcelant ou abusifs commis en raison du genre. On remarque encore une fois la position très libérale de la Cour Suprême américaine dans l'interprétation du Titre VII, limitant de plus en plus la liberté d'expression dans le but de combattre le problème grandissant du harcèlement sexuel.

¹⁰⁶ *Rabidue v. Osceola Refining Co.*, 805 F.2d 611 (6th Cir. 1986)

¹⁰⁷ 805 F. 2D 624 (1986)

¹⁰⁸ 510 US 17 (1993)

¹⁰⁹ 524 US 775 (1998)

¹¹⁰ 524 US 742 (1998)

¹¹¹ 523 US 75 (1998)

PARAGRAPHE 2. UNE CREATION LEGISLATIVE FRANCAISE LABORIEUSE

L'histoire de la législation française sur le harcèlement sexuel a été plus tardive, mais aussi plus lente et incertaine. A première vue, ce qui différencie le plus les législations américaines et françaises, c'est que d'une part le droit français protège les victimes de harcèlement sexuel par des dispositions à la fois dans le Code Pénal et dans le Code du Travail (A) et d'autre part, sa définition a toujours été plus restrictive que la définition américaine. En effet, bien qu'elle ait été modifiée à plusieurs reprises – avec à chaque fois l'impression apparente de l'élargissement de la définition – les réformes et modifications vidaient progressivement sa portée et son application. Ce n'est qu'avec la nouvelle loi de 2012 qu'elle semble véritablement se consolider (B).

A) Une définition tardive, restrictive et incertaine

Etudier le développement de la législation sur le harcèlement sexuel en France renvoie à ces trois qualificatifs.

Premièrement, elle a été *tardive*, puisqu'avant la loi de 1992, il n'y avait aucune législation traitant du harcèlement sexuel. La première législation sur le harcèlement sexuel date donc de la grande loi de réforme du Code Pénal du 22 Juillet 1992¹¹², l'amendement à l'article 222-33 crée alors le délit de harcèlement sexuel :

« Le fait de harceler autrui en usant d'ordres, de menaces ou de contraintes, dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, est puni d'un an d'emprisonnement et de 100000 F d'amende. »

La loi du 2 Novembre 1992¹¹³ interdit de son côté les mesures discriminatoires en insérant l'article L 122-46 dans le Code du Travail disposant :

« 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 l'autorité que lui confèrent 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. »

Deuxièmement, la définition est *restrictive*. En effet, ces lois ont été largement critiquées et cela pour plusieurs raisons. D'une part, un rapport d'autorité devait exister entre l'agresseur et la victime, il s'agissait donc de constater un abus de pouvoir. D'autre part, le harcèlement sexuel

¹¹² Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes

¹¹³ Loi n° 92-1179 du 2 Novembre 1992

devait avoir pour objet l'obtention d'une contrepartie de nature sexuelle de la part de la victime, il fallait donc prouver l'intention de l'agresseur. La loi du 17 Janvier 2002, dite de modernisation sociale¹¹⁴, a donc modifié les législations du Code Pénal et du Code du Travail sur le harcèlement sexuel (et moral). En effet, les débats sur la nouvelle notion de harcèlement moral ont abouti à la suppression des conditions relatives à l'abus d'autorité. Dès lors pour ne pas créer d'« incohérence juridique »¹¹⁵ entre la législation sur le harcèlement moral n'exigeant plus un abus hiérarchique et la législation sur le harcèlement sexuel, cette dernière a été modifiée pour s'aligner sur les nouveaux textes sur le harcèlement moral et ne pas créer de confusion. Toutefois, il faut bien faire attention à toujours distinguer harcèlement sexuel et harcèlement moral (qui est un délit introduit dans le Code du travail et dans le Code pénal en 2002), afin de ne pas gommer, comme certains le craignent¹¹⁶, la notion sexuelle du harcèlement sexuel. Enfin, la définition était aussi restreinte car jusqu'à la loi du 6 Août 2012, la responsabilité de l'employeur n'était pas énoncée dans la loi pénale et le harcèlement dit environnemental n'était pas couvert.

Troisièmement, la définition est *incertaine*, puisqu'elle n'a cessé d'être modifiée. Face aux nombreuses critiques, mais aussi pour des raisons contextuelles¹¹⁷, l'article relatif au harcèlement sexuel dans le Code Pénal a été révisé en 1998¹¹⁸, en 2002¹¹⁹ et en 2008¹²⁰. Ainsi, la définition pénale de la loi du 22 Juillet 1992¹²¹ a été excessivement simplifiée – mais aussi vidée de son contenu – par la loi du 17 Janvier 2002¹²². En effet, après la promulgation de la loi du 17 Janvier 2002, l'article 222-33 réduit le délit de harcèlement sexuel au seul fait de harceler, sans en préciser les contours :

« Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende. »

La loi de 2002 est donc à double tranchant puisque d'un coté elle améliore la définition : avant 2002, le harcèlement sexuel n'était qualifié qu'aux conditions qu'il était un abus de pouvoir du

¹¹⁴ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale

¹¹⁵ SAGUY Abigail C., “Les conceptions juridiques du harcèlement sexuel en France et aux Etats-Unis”, *Travail, Genre et Sociétés*, 2012/2 n°28, p 100

¹¹⁶ CHIBANE et MARQUET, “*Harcèlement moral et sexuel : La possibilité d'une unification ?*”, Article dans *Le Petit Juriste*, Octobre 2012, pp-10-11

¹¹⁷ En 2002, les débats sur le harcèlement moral amènent aussi à une modification de la législation du harcèlement sexuel

¹¹⁸ Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs

¹¹⁹ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale

¹²⁰ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations

¹²¹ Loi n°92-684

¹²² Loi n° 2002-73

supérieur hiérarchique et qu'il impliquait une demande explicite d'une faveur sexuelle. Ainsi, en 2002, le Code du travail et le Code Pénal sont révisés afin d'inclure le harcèlement sexuel entre collègues de même niveau hiérarchique¹²³. Mais d'un autre côté, elle vide la définition de ses éléments constitutifs, ce qui n'en facilitera pas l'interprétation par les juges.

B) L'année 2012, une année charnière entre l'abrogation du délit de harcèlement sexuel et le vote d'une nouvelle loi

Le 4 Mai 2012, suite à une question prioritaire de constitutionnalité (QPC)¹²⁴, le Conseil Constitutionnel français abroge le délit de harcèlement sexuel prévu par le Code Pénal et reformulé par la loi de 2002, au motif que sa définition était trop floue et ne définissait pas « *précisément les éléments constitutifs de ce délit* »¹²⁵. Il y avait donc méconnaissance du « *principe de légalité des délits et des peines* »¹²⁶. Ce principe de légalité en matière pénale est l'un des acquis les plus fondamentaux de la Révolution et il imprègne ainsi l'ensemble du texte de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Selon ce principe, les droits et obligations doivent être connus de tous, à l'avance, et si possible, faire l'objet d'une codification afin d'en faciliter la lecture et la connaissance.

L'abrogation du délit de harcèlement sexuel énoncé par l'article 222-33 du Code Pénal n'a pas supprimé tous les mécanismes de répression du harcèlement sexuel en France car les dispositions du Code du Travail¹²⁷ applicables aux salariés de droit privé (tant civiles que pénales), celles applicables aux agents publics¹²⁸, ainsi que les dispositions de la loi du 27 mai 2008¹²⁹ n'en ont pas été affectées. Mais elle a privé les victimes d'un important recours¹³⁰. L'abrogation était pourtant nécessaire puisqu'au cours des années, le législateur avait réduit

¹²³ SAGUY Abigail C., «Les conceptions juridiques du harcèlement sexuel en France et aux Etats-Unis», *Travail, Genre et sociétés*, 2012/2 n°28, p.89-106

¹²⁴ La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est un nouveau droit reconnu par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (art. 61-1) et entré en vigueur le 1^{er} mars 2010. Il permet à tout justiciable de contester, devant le juge en charge de son litige, la constitutionnalité d'une disposition législative applicable à son affaire parce qu'elle porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit.

¹²⁵ Décision n° 2012-240 QPC du 4 Mai 2012, 2^{ème} considérant

¹²⁶ Principe énoncé par l'article 8 de la Déclaration : « *La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ». Principe reconnu par le conseil dans sa jurisprudence QPC (CC, 13 Janvier 2011)

¹²⁷ Article L. 1153-1, Code du travail : applicable aux salariés de droit privé

¹²⁸ Article 6ter, Loi n° 83-634 du 13 Juillet 1983 : applicable aux fonctionnaires de la fonction publique

¹²⁹ Loi n° 2008-496, Article 1^{er}

¹³⁰ Pendant ces trois mois de vide juridique, la seule possibilité pour les victimes était la requalification soit en viol ou agression sexuelle (lorsque que le harcèlement avait été déqualifié) soit en harcèlement moral ou en violences volontaires. Cependant si les magistrats ne trouvaient pas une requalification, les procédures tombaient. D'autant plus qu'en France, il n'est pas possible de lancer une seconde procédure pour les mêmes faits.

l'infraction de harcèlement sexuel au seul « fait d'harcèler ». D'où les nombreuses incertitudes quant à ce terme « harceler » : est-ce que la répétition du comportement était exigée ? Quelle devait être la gravité de la faute ? Fallait-il prendre en compte l'intention de l'auteur ? Autant de questions qui restaient sans réponse. Pour cette raison, la Cour de Cassation a renvoyé au Conseil Constitutionnel une QPC portant sur la constitutionnalité de cette disposition du Code Pénal. Selon certains auteurs, la décision du 4 mai 2012 est importante car « elle confirme, dans le contentieux QPC, l'importance du principe de légalité qui oblige le législateur à rester maître de la rédaction des lois pénales. »¹³¹ Dans un sens, même si l'abrogation a créé un vide juridique, le Conseil Constitutionnel a renforcé la sécurité juridique en permettant l'adoption d'une nouvelle loi, plus claire et mieux rédigée. On peut voir dans cette décision une volonté du Conseil de « dénoncer un flottement législatif qui s'est bâti progressivement, au fil des réformes et des réécritures de la loi »¹³². Mais beaucoup critiquent cette abrogation immédiate. Le report de l'abrogation du délit de harcèlement sexuel n'était pourtant pas envisageable, dans la mesure où le respect de la Constitution commandait une suppression immédiate du texte non conforme. Or, prévoir une abrogation différée (jusqu'à la promulgation de la nouvelle loi par exemple) aurait conduit à condamner durant cette période, des individus pour une infraction déclarée contraire au droit, alors même que le législateur a l'obligation de préciser les éléments constitutifs d'une infraction¹³³. Mais d'un autre côté, l'abrogation immédiate (sans l'adoption de mesures transitoires) a mis les victimes dans une situation d'impuissance et de désarroi puisque elle a mis fin à toutes les affaires de harcèlement sexuel non définitivement jugées à cette date du 4 Mai 2012¹³⁴. D'autant plus que les victimes ont eu le sentiment que le Conseil n'a pas respecté son devoir d'impartialité. Cet exemple concret de QPC renvoie à la réflexion plus générale sur l'indépendance et l'impartialité du Conseil Constitutionnel. Pascale DEUMIER, en commentant cette décision, s'est d'ailleurs interrogée à savoir si : « *Certains membres du Conseil n'auraient-ils pas dû s'abstenir de participer à la décision QPC relative au harcèlement sexuel, soulevée par un plaideur ayant appartenu au même gouvernement qu'eux ?* »¹³⁵. Ne pouvant ici trancher la question, on peut seulement conclure que le Conseil Constitutionnel se doit de statuer en droit

¹³¹ B. MATHIEU – D. ROUSSEAU, Les grandes décisions de la question prioritaire de constitutionnalité, L.G.D.J LEXTENSO EDITIONS, p 306

¹³² B. MATHIEU – D. ROUSSEAU, Les grandes décisions de la question prioritaire de constitutionnalité, L.G.D.J LEXTENSO EDITIONS, p 307

¹³³ C'est pour chacun une garantie et une protection contre l'arbitraire. Voir B. MATHIEU – D. ROUSSEAU, Les grandes décisions de la question prioritaire de constitutionnalité, L.G.D.J LEXTENSO EDITIONS, p 308

¹³⁴ Si ces affaires ne pouvaient pas être requalifiées

¹³⁵ Pascale DEUMIER, « *Le Conseil constitutionnel, juridiction impartiale et indépendante ?* » in RTD Civ. 2012 p. 481

et à la majorité. Dès lors le lien automatique entre les connaissances de Monsieur DUCRAY¹³⁶ et les conflits d'intérêts est délicat. Ce qui est certain en revanche c'est que cette abrogation a laissé un vide juridique jusqu'à l'entrée en vigueur le 8 Août de la loi du 6 Août 2012, qui modifie le Code Pénal, ainsi que le Code du Travail et le Code de la Fonction Publique¹³⁷ dans un souci d'unité. En effet, la nouvelle définition du harcèlement sexuel du Code Pénal est reprise dans un texte similaire à l'article L. 1153-1 du Code du Travail. Cependant on distingue les définitions du Code Pénal et celles Code du Travail car la disposition du Code Pénal et du Code du Travail, issue de la loi du 6 août 2012 s'applique pour les agissements commis après le 8 août 2012 (date d'entrée en vigueur de la loi) ou qui ont continué au-delà. Cependant pour les faits commis avant, aucune répression pénale du harcèlement sexuel n'est possible¹³⁸ puisque l'infraction pénale de harcèlement sexuel a été abrogée par le Conseil Constitutionnel le 4 Mai 2012. Alors qu'en droit du travail, l'ancienne définition¹³⁹ s'applique (contrairement à l'infraction pénale de harcèlement sexuel abrogée par le Conseil constitutionnel le 4 mai 2012).

La Loi du 6 Aout 2012 donne donc une définition plus précise du harcèlement sexuel dans le Code Pénal. En effet, le Conseil Constitutionnel avait abrogé *le* délit de harcèlement sexuel, mais la nouvelle loi crée une définition contenant *deux* délits¹⁴⁰ dans le Code Pénal. Et un nouveau motif de discrimination pour les victimes et pour les témoins est créé à l'article 225-1-1 du Code Pénal¹⁴¹ qui punit de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel¹⁴². C'est un des principaux apports de la loi qui permet de sanctionner de façon spécifique les discriminations résultant des faits de harcèlement sexuel. Cette infraction peut être constituée si les actes discriminatoires sont postérieurs au 8 août 2012 et même si le harcèlement sexuel est antérieur à cette date.

¹³⁶ En raison de son parcours politique, quatre juges du Conseil Constitutionnel connaissaient Gérard DUCRAY : Valéry Giscard d'Estaing, Jacques Chirac, Jacques Barrot et Hubert Haenel.

¹³⁷ Article 8 : Mise en cohérence des dispositions du statut de la fonction publique avec les modifications relatives au harcèlement sexuel apportées par la présente loi - Modification de l'art. 6 ter de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983

¹³⁸ Sauf à ce que les faits dénoncés puissent constituer une autre infraction (harcèlement moral, violences volontaires à caractère psychologique, appels téléphoniques malveillants)

¹³⁹ « *Les agissements de harcèlement de toute personne dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers sont interdits* »

¹⁴⁰ Le premier alinéa prévoit un harcèlement environnemental « répétitif ». Le deuxième alinéa prévoit lui la qualification de harcèlement sexuel même pour un acte unique.

¹⁴¹ « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article 222-33 ou témoigné de tels faits, y compris, dans le cas mentionné au I du même article, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés* ».

¹⁴² Par exemple : refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ; entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ; refuser d'embaucher, sanctionner ou licencier une personne ; subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition se rapportant au harcèlement sexuel.

Cette nouvelle définition est donc plus complète, d'autant plus qu'elle est accompagnée de la Circulaire du 7 Août 2012¹⁴³, pour son interprétation.

Pour conclure, même si la loi du 6 Août 2012 est plus précise et témoigne de progrès, beaucoup regrettent qu'elle ait été prise dans l'urgence du fait des circonstances, et qu'elle soit de fait encore insuffisante et imparfaite.

Au-delà de l'étude nationale et fédérale des définitions française et américaine, il est nécessaire de prendre en compte leurs influences régionales (Union Européenne) ou au contraire celles propres à chaque Etats (Etats-Unis).

CHAPITRE 2. VERS UNE UNIFORMISATION DE LA DEFINITION DU HARCELEMENT SEXUEL AU TRAVAIL ?

En raison de leur forme (Etat fédéral ou unitaire) ou de leur adhésion à une organisation régionale (Union Européenne) ou internationale (Organisation des Nations Unies), la France et les Etats-Unis sont plus ou moins influencées dans l'élaboration et l'application de leur législation relative au harcèlement sexuel au travail. Bien qu'il n'y ait pas de définition universelle du harcèlement sexuel au travail, la loi française de 2012, et ses nouveautés, rendent plus légitime la réflexion sur une éventuelle uniformisation des définitions. Est-elle pour autant possible ? C'est ce que nous considérerons dans ce second chapitre. Examinant d'une part, le rôle des législations des Etats aux Etats-Unis et celles de l'Union Européenne en France (**Section 1**). Et analysant d'autre part, l'impact des règles de *soft law* qui, bien que dépourvues de toute force obligatoire, prolifèrent au niveau international (**Section 2**).

SECTION 1. AU-DELA DES LEGISLATIONS NATIONALE ET FEDERALE

L'analyse du harcèlement sexuel au travail doit aller au-delà des législations fédérales aux Etats-Unis et nationales en France. Cette étude implique donc de se pencher également sur les particularités qui peuvent exister entre les cinquante Etats américains (**Paragraphe 1**) ainsi que sur les législations européennes (**Paragraphe 2**).

¹⁴³ *Circulaire n° CRIM 2012 -15 - 07.08.2012 - Présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi n° 2012- 954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel* : Cette circulaire est nécessaire car bien que plus précise que les précédentes, la loi 2012 souffre encore de quelques indéterminations. Les termes « imposé », « répété », « à connotation sexuelle » ne sont toujours pas définis.

PARAGRAPHE 1. LE CHOIX DE LA LEGISLATION LA PLUS PROTECTRICE AU DETRIMENT DE LA LEGISLATION FEDERALE

Les Etats-Unis sont un Etat Fédéral. Cette caractéristique différencie inévitablement les systèmes américain et français, et revêt une importance particulière concernant le harcèlement sexuel au travail. En effet, la plupart des lois fédérales antidiscriminatoires ont des équivalents au niveau de chaque Etat qui peuvent être plus « *expansive* »¹⁴⁴, c'est-à-dire plus complètes. Ainsi, il est permis à chaque Etat de créer une législation substituable à la législation fédérale, dès lors qu'elle en étend la protection initialement prévue. Les Etats ont d'abord été timides avant de développer leurs législations sur le harcèlement sexuel au travail, mais aujourd'hui elles abondent (B). Pour autant, les lois fédérales¹⁴⁵ et les arrêts des juridictions fédérales restent influents, car les juridictions d'Etat s'y réfèrent souvent pour l'interprétation des « *state and common law claims* » (A).

A) Le harcèlement sexuel au travail dans les différentes Cours Fédérales

Au niveau de chaque Etat, et jusqu'au début des années 1980, les Cours de District de première instance refusaient systématiquement de reconnaître que le harcèlement sexuel violait le Titre VII du CRA 1964. Mais les *Circuit Court* (Cours d'Appel) annulaient généralement ces jugements de première instance affirmant que le Titre VII interdisait le harcèlement sexuel¹⁴⁶. Avant 1976¹⁴⁷, quatre Cours Fédérales de District¹⁴⁸ (Cours de première instance) affirment que le harcèlement sexuel ne constitue pas une discrimination fondée sur le sexe au sens du Titre VII du *Civil Rights Act* 1964 : les Cours d'Arizona, Californie, New Jersey et le District de Columbia¹⁴⁹. Elles justifiaient cela par 3 *rationale*. Premièrement, la discrimination présumée n'était pas « *gender-based* ». Deuxièmement, comme l'expose parfaitement l'arrêt *Corne v.*

¹⁴⁴ J. GOODMAN-DELAHUNTY – W. E. FOOTE, *Evaluation for workplace discrimination and harassment*, Oxford University Press, 2011, page 6

¹⁴⁵ *Civil Rights Act* 1964 et EEOC Guidelines (1980)

¹⁴⁶ Pour le harcèlement sexuel *quid pro quo* : *Barnes v. Train*, 13 Fed. Empl. Prac. Cas. 123 (D.D.C 1974) annulé sous le nom de *Barnes v. Costle*, 561 F. 2d 983 (D.C. Cir. 1977). Pour le harcèlement environnemental : *Bundy v. Jackson*, 19 FEP 828 (D.D.C., 1978) annulé, 641 F. 2d 934 (D.C. Cir. 1981)

¹⁴⁷ Date à laquelle le précédent s'est installé selon lequel le harcèlement sexuel au travail violait le titre VII. Le seul cas qui affirma que le harcèlement sexuel violait le titre VII était : *Williams v. Saxbe*, (1976) 413 F. La Cour a reconnu que le harcèlement sexuel était une forme de discrimination fondée sur le sexe lorsque des avances sexuelles commises par un supérieur masculin envers sa salariée, si elles étaient prouvées, seraient alors considérées comme une barrière à l'emploi subi par un sexe et pas un autre.

¹⁴⁸ Les Cours Fédérales de District s'occupent des affaires civiles et pénales relatives à une loi fédérale,

¹⁴⁹ *Tomkins v. Public service Electric & Gas. CO*, 422 F ; *Miller v. Bank of Amerika*, 418 F ; *Corne v. Bausch & Lomb, Inc*, 390 F ; *Barnes v. Train*, Civil Action No. 1828-73

*Bausch & Lomb, Inc*¹⁵⁰ (1975), le harcèlement sexuel était simplement considéré comme « a *personal matter* » (affaire personnelle) mais en aucun cas comme un acte engageant la responsabilité de l'entreprise :

« *Mr. Price's conduct appears to be nothing more than a personal proclivity, peculiarity or mannerism. By his alleged sexual advance, Mr. Prince was satisfying a personal urge. Certainly no employer Policy is here involved, rather than the company being benefited in any way by the conduct of Price, it is obvious it can only be damaged by the very nature of the acts complained of.* »

Troisièmement, les Cours de District exprimaient leur crainte, à savoir le risque d'ouvrir « *the flood-gates to litigation* » (ouvrir la vanne des procès) en traitant le harcèlement sexuel comme une discrimination fondée sur le sexe. La Cour fédérale d'Arizona soulignait d'ailleurs que rendre le harcèlement sexuel recevable sous le Titre VII « *would be a potential federal lawsuit every time any employee made amorous or sexually oriented advances toward another* ». Ce dernier argument est le même qui a été et est encore tenu en France pour justifier les oppositions à l'élargissement de la définition du harcèlement sexuel. Ce qui est assez intéressant et finalement optimiste, car cela montre que l'évolution est possible, puisque toutes les Cours d'Appel fédérales (il y en existe treize) qui ont dû traiter de cette question depuis 1977 ont aujourd'hui conclu que le harcèlement sexuel au travail mérite une protection.

B) La création de législations antidiscriminatoires par les Etats

L'objectif d'éliminer toute discrimination à l'emploi a été recherché par les législateurs tant au niveau fédéral qu'au niveau de chaque Etat. Au niveau fédéral, c'est sous le *Civil Rights Act* 1964 que le harcèlement sexuel au travail est interdit. Mais certains Etat ont aussi reconnu cette protection sous leur propre législation : par exemple, l'Arkansas a reconnu que le *Arkansas Civil Rights Act* est applicable pour les cas de harcèlement sexuel au travail¹⁵¹. Certains Etats se reposent uniquement sur la législation fédérale¹⁵², mais d'autres se démarquent par leur législation particulièrement protectrice. C'est le cas entre autre des Etats de Californie¹⁵³, Connecticut, Washington DC, Floride, Illinois, Massachusetts, New York, Ohio. Ainsi, la plupart des Etats ont promulgué une législation antidiscriminatoire et beaucoup de ces lois

¹⁵⁰ 390 F.Supp. 161 (1975) United States District Court, D. Arizona

¹⁵¹ *Island v. Buena Vista Resort*, 352 Ark. 548, 103 S.W. 3d 671 (2003)

¹⁵² Arizona, Georgia, Mississippi.

¹⁵³ Le Code Fédéral Californien "*Fair Employment Practices & Housing Act*" contient une disposition spécifique interdisant le harcèlement sexuel au travail.

contiennent des interdictions ou une mise en œuvre spécifiques concernant le harcèlement sexuel. On peut d'ailleurs en mentionner quelques éléments singuliers.

Le statut de l'employé. Les Etats les plus protecteurs, comme la Californie, englobent sous leur protection les employés à temps complet, temps partiel, mais aussi les employés précaires et notamment les intérimaires (ce qui n'est pas reconnu au niveau fédéral, mais que la législation française prévoit).

L'engagement de la responsabilité de l'employeur. Beaucoup d'Etats ont été plus protecteur quant à l'étendue de la protection, en ce sens que la loi fédérale rend l'employeur responsable dès lors qu'il emploie 15 employés ou plus¹⁵⁴, alors que les Etats ont baissé cette condition à seulement 1 employé ou plus¹⁵⁵, 3 employés au Connecticut, ou 6 employés au Massachusetts. Notons qu'il existe aussi l'exemple inverse de la Louisiane, où la législation ne concerne que les employeurs avec 20 employés ou plus¹⁵⁶.

L'acte unique. Comme le prévoit l'alinéa 2 du nouvel article 222-33, la loi du Minnesota¹⁵⁷ précise clairement qu'un seul incident peut constituer un harcèlement¹⁵⁸. Or cette règle n'est pas généralisée ni par la loi fédérale américaine, ni par la loi française (l'acte unique peut seulement être constitutif du harcèlement sexuel de contrepartie).

La Prévention. Certains Etats prévoient que les employeurs visés sont tenus de distribuer une brochure¹⁵⁹ ou d'afficher sur le lieu de travail une note¹⁶⁰ concernant le harcèlement sexuel, généralement préparée par une Commission des droits de l'Homme de l'Etat. Une obligation d'affichage semblable est d'ailleurs dorénavant imposée en France depuis la loi de 2012

Formation. Les Etats les plus protecteurs en matière de harcèlement sexuel prévoit même des formations¹⁶¹. Par exemple, l'Etat de Californie exige que les employeurs avec au moins 50 employés organisent pour leurs employés « superviseurs » au minimum 2 heures de formation sur le harcèlement sexuel tous les deux ans. En France, on est encore loin de cette prise de conscience.

¹⁵⁴ Règlementation de l'EEOC

¹⁵⁵ Alabama, Californie, Colorado, Hawaï, Idaho, Maine, Minnesota, New Jersey, North Dakota, Pennsylvania, South Dakota, Vermont, Washington, West Virginia,

¹⁵⁶ Mais à ce moment là, c'est la législation fédérale qui s'applique puisqu'elle prévoit que les employeurs avec 15 employés sont visés : *Louisiana Fair Employment Practices Law*, La. Rev. Stat. Ann. § 23-301

¹⁵⁷ Loi du Minnesota § 609.784, 1

¹⁵⁸ <http://www.endvawnow.org/fr/articles/497-definition.html?next=498>

¹⁵⁹ Idaho, Hawaï, Vermont

¹⁶⁰ Alaska, Californie, Delaware, District of Columbia, Maine

¹⁶¹ Californie, Colorado, Connecticut, Floride, Illinois, Iowa, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Nevada, New Jersey, North Carolina, Ohio, Oklahoma, Pennsylvanie, Rhode Island, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Washington, Wisconsin

Droit à la vie privée et action en justice. L'Etat d'Alabama n'a pas reconnu une cause d'action indépendante pour harcèlement sexuel, les actions pour harcèlement sexuel y ont donc été maintenues sous des délits de *common law*, comme coups et blessures ; atteinte à la vie privée ; formation et supervision négligent ; ou encore outrage¹⁶². Et notamment l'Alabama permet aux employés de poursuivre leur employeur pour les cas de harcèlement sexuel portant atteinte au droit à la vie privée de l'employé¹⁶³.

En conclusion, on remarque que certains éléments, apportés par la loi du 6 Août 2012 en France ne sont pas présents aux Etats-Unis au niveau fédéral mais seulement dans les législations de certains Etats. Ainsi, bien que les lois antidiscriminatoires de chaque Etat et les conclusions des juridictions d'Etat soient généralement proches, les nuances qui existent et persistent entre les différentes législations des cinquante Etats qui forment les Etats-Unis peuvent rendre une action en justice réalisable dans un Etat mais inappropriée dans un autre. Autrement dit, concernant le harcèlement sexuel chaque Etat suit une même ligne d'action, mais l'indépendance des Etats peut avoir ponctuellement des impacts et créer des systèmes plus avantageux que d'autres.

PARAGRAPHE 2. L'UNION EUROPEENNE ET LE HARCELEMENT SEXUEL AU TRAVAIL

Le cas de la France est différent de celui des Etats-Unis, puisque la France est un pays unitaire. Pour autant, son adhésion à l'Union Européenne (fonctionnant selon un modèle d'intégration) implique inévitablement des changements dans sa législation. De nombreuses directives européennes traitent du harcèlement sexuel au travail (A), pour autant leur transposition dans la législation française n'est pas toujours satisfaisante (B).

A) Les directives européennes à l'assaut du harcèlement sexuel au travail

En France (et en Europe plus largement), la notion de harcèlement sexuel n'a été traitée que récemment. Ce n'est qu'à partir des années 1990 que des législations se sont développées, sous l'impulsion de l'Union Européenne dont l'égalité entre les femmes et les hommes est un des

¹⁶² *Machen v. Childersburg Bancorp., Inc.*, 761 So. 2d 981, 983 (Ala. 1999) ; *Ex parte Atmore Community Hosp.*, 719 So 2d 1190 (Ala. 1998).

¹⁶³ *Phillips v. Smalley Maintenance Services, Inc.*, 711 F.2d 1524 (11th Circuit, 1983) : la Cour affirme que des questions répétées sur les relations sexuelles de la plaignante avec son mari ainsi que des avances sexuelles "envahissent" la vie privée de la plaignante.

principes fondamentaux¹⁶⁴ qui vise à assurer l'égalité des chances et de traitement d'une part et la lutte contre toute discrimination fondée sur le sexe d'autre part. Pourtant au sein des différents pays de l'Union Européenne, les trois conceptions dominantes¹⁶⁵ du harcèlement sexuel au travail cohabitent et ne s'excluent pas forcément. Pour se faire, les lois nationales de tous les pays membres de l'Union européenne doivent obéir à la Directive 2006/54/EC¹⁶⁶, qui caractérise le harcèlement sexuel comme étant à la fois une forme de discrimination sexiste et une atteinte à la dignité dans le travail. L'Union Européenne demande aux Etats de mettre en place des enquêtes pour mesurer cela. L'UE a donc retenu, sur le modèle américain, le harcèlement au travail comme forme de discrimination à caractère sexiste. Pourtant on ne retrouve toujours pas cet élément dans la législation française, même depuis la nouvelle loi de 2012.

La directive 5 Juillet 2006¹⁶⁷ consacre le principe de non discrimination sexiste et sexuelle, en rappelant la définition du harcèlement sexuel au travail comme :

« la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant »¹⁶⁸.

Cette directive distingue aussi le harcèlement sexuel du harcèlement sexiste, assimilé à un comportement non désiré lié au sexe d'une personne ayant pour objet ou pour effet de lui porter atteinte. En outre, depuis 2005, en application des recommandations européennes¹⁶⁹, des plans triennaux de « lutte contre les violences faites aux femmes » ont été mis en place en matière de prévention, d'information, de sensibilisation, de formation des personnels, d'aide aux victimes, et de répression des agresseurs. Et le plan 2011 – 2013 intègre en particulier les violences au travail¹⁷⁰.

¹⁶⁴ Principe énoncé dans le Traité de Rome (1957) et le Traité d'Amsterdam (1997)

¹⁶⁵ Une forme de discrimination, une atteinte à la dignité, et un problème d'hygiène et de sécurité

¹⁶⁶ Directive 2006/54/CE du Parlement Européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail

¹⁶⁷ Avant elle la directive européenne n° 2000-78-CE du 27 Novembre 2000 et la Directive 2002/73 du 23 septembre 2002

¹⁶⁸ Article 2, Directive 2006/54/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre homes et femmes en matière d'emploi et de travail

¹⁶⁹ Assemblée Parlementaire, Conseil de l'Europe, Recommandation 1450, Violences à l'encontre des femmes en Europe (2000) ; Recommandation Rec (2002) du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection des femmes contre la violence

¹⁷⁰ S. DAUPHIN & R. SENAC, « Femmes-Hommes : Penser l'égalité »,., *La Documentation Française*, Paris, 2012, p 65

B) La transposition française

La directive européenne du 5 Juillet 2006 a été transposée en France en 2008 avec l'adoption de la loi du 27 Mai 2008¹⁷¹ qui a pour objectif l'intégration du droit de l'Union Européenne de la lutte contre les discriminations. Cette loi est innovante puisqu'elle envisage la possibilité de recours à des actions positives¹⁷², mais ne modifie pas la définition française du harcèlement sexuel. Depuis 2012 pourtant, la définition française s'est imprégnée de la législation européenne. En effet, la loi du 6 Août 2012 prévoit un harcèlement environnemental, nettement inspiré par les dispositions de la Directive du 5 Juillet 2006¹⁷³, qui n'avait été que partiellement transposée en droit interne en 2008¹⁷⁴. Pourtant même si cette nouvelle définition française se rapproche des directives européennes, elle ne va pas aussi loin. Elle diffère notamment sur la question de la répétition et celle de l'intentionnalité. D'une part, l'article 222-33, alinéa 1 dispose que les agissements doivent être répétés, alors que les directives européennes, pour lesquelles un seul acte peut caractériser l'existence d'un harcèlement sexuel, visent « *tout agissement à connotation sexuelle* ». Cependant la loi du 27 Mai 2008, transposant la Directive 2006/54/CE, peut être invoquée dans toutes les procédures civiles, y compris sociales (devant le Conseil de prud'hommes) pour faire sanctionner un acte unique. C'est ce qu'a fait par exemple la Cour d'appel d'Orléans qui a retenu un acte unique¹⁷⁵ de harcèlement sexuel pour condamner l'employeur. D'autre part, les termes « *imposer* » ou « *pression grave* » de l'article 222-33 du Code Pénal évoquent une intentionnalité du harceleur. Alors que toute référence à l'intentionnalité est pourtant absente des directives européennes qui ne l'exigent pas comme un élément constitutif du harcèlement sexuel.

Pour conclure, il faut rappeler que ce qu'on appelle *antidiscrimination law* est un droit pensé par et sur le modèle de *common law* qui donne donc une place prépondérante à la jurisprudence. Dès lors, on comprend plus facilement pourquoi le droit antidiscriminatoire que souhaite développer l'Union Européenne peine à s'imposer dans le droit français, abstrait et positiviste. Dans la plupart des pays européens pourtant, les législations relatives au harcèlement sexuel ont été fréquemment modifiées, souvent renforcées, de façon à ce que les nouvelles définitions législatives permettent plus de souplesse jurisprudentielle. Mais la France semble avoir pris

¹⁷¹ Loi n°2008-496

¹⁷² Recours rendu possible grâce à la réforme constitutionnelle n° 2008-724 du 23 Juillet 2008

¹⁷³ Art. 2, § 1, c et d

¹⁷⁴ Par la loi du 27 mai 2008, Article 1er

¹⁷⁵ CA Orléans, 17 février 2011, n°10/01151 : une demande de l'employeur de « faire la sieste » avec la salariée, à l'origine de la rupture du contrat de travail

constamment une évolution inverse : les modifications successives des textes législatifs ont appauvri la définition du harcèlement sexuel, jusqu'à la décision d'abrogation des juges constitutionnels. Toutefois, les nouveautés issues de la loi du 6 Août 2012 sont encourageantes et marquent peut-être la première étape vers une législation en devenir, aussi protectrice que celle de l'Union Européenne.

SECTION 2. L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES ET LE HARCELEMENT SEXUEL AU TRAVAIL

Depuis une vingtaine d'années, grâce à la présence croissante des femmes dans les grands organismes internationaux¹⁷⁶ on a vu s'accroître les protections des droits des femmes au niveau international. Le harcèlement sexuel au travail est donc une préoccupation grandissante en droit international mais, somme toute, assez récente. Ce sont donc spécifiquement deux agences de l'Organisation des Nations Unies (ONU) qui traitent du harcèlement sexuel au travail : l'OIT (Organisation Internationale du Travail)¹⁷⁷ et le CEDEF (Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes)¹⁷⁸. Et ces agences ont très vite compris qu'il fallait appréhender le harcèlement sexuel dans une perspective internationale des droits de l'Homme¹⁷⁹. Ainsi au sein des Nations Unies, la question du harcèlement sexuel a été interdite à la fois en tant que discrimination fondée sur le sexe et également comme une forme de violence contre les femmes. Et curieusement, alors que les Etats-Unis ratifient rarement ces conventions internationales, les définitions légales onusiennes du harcèlement sexuel au travail s'inspirent largement des définitions élaborées aux États-Unis. Comme dans le droit américain, on y retrouve ainsi deux types de harcèlement sexuel, à savoir le harcèlement de contrepartie¹⁸⁰ et le harcèlement environnemental.

Outre les instruments habituels des droits de l'homme et les organisations régionales, les dispositions de droit international relatives au harcèlement sexuel au travail émanent donc principalement de l'OIT (*Paragraphe 1*) et de la Convention pour l'Élimination de la Discrimination à l'Égard des Femmes (*Paragraphe 2*).

¹⁷⁶ S. DAUPHIN & R. SENAC, « Femmes-Hommes : Penser l'égalité », *La Documentation Française*, Paris, 2012, page 62

¹⁷⁷ ILO (International Labour Organization)

¹⁷⁸ CEDAW (Committee on the Elimination of Discrimination Against Women)

¹⁷⁹ C. CHINKIN, « Sexual Harassment, An International Human Rights Perspective » de, in C. MacKINNON, R. SIEGEL, *Directions in Sexual Harassment Law*, Yale University Press, 2004, pp 655-671

¹⁸⁰ Harcèlement sexuel *quid pro quo*

PARAGRAPHE 1. L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL ET LA PROTECTION DES FEMMES SUR LEUR LIEU DE TRAVAIL

L'OIT est une agence spécialisée de l'ONU, créée en 1919, dont l'élimination de la discrimination en matière d'emploi fait partie des principes et droits fondamentaux. La Convention 111 de 1958 traite de la discrimination à l'emploi et exige des Etats Parties de poursuivre une politique nationale en vue de l'élimination de cette discrimination, avec une attention particulière portée à la question du harcèlement sexuel. Pourtant, contrairement à la France, cette Convention n'a pas été ratifiée par les Etats-Unis.

Dans son rapport de 1996 sur la Convention 111, la Commission d'Experts pour l'application des Conventions et Recommandations affirme que le harcèlement sexuel, en temps que discrimination fondée sur le sexe faite à l'encontre des femmes sur leur lieu de travail, empêche l'égalité, nuit aux relations de travail et baisse la productivité¹⁸¹. Le Comité définit le harcèlement sexuel de façon très large (et en donnant de nombreux exemples) puisqu'il va même jusqu'à englober les comportements condescendants et paternalistes :

« Any insult or inappropriate remark, joke, insinuation and comment on a person's dress, physique, age, family situation, etc; a condescending or paternalistic attitude with sexual implications undermining dignity; any unwelcome invitation or request, implicit or explicit, whether or not accompanied by threats; any lascivious look or other gesture associated with sexuality; and any unnecessary physical contact such as touching, caresses, pinching or assault »

L'OIT a aussi promulgué plusieurs instruments « *non-binding* » concernant le harcèlement sexuel au travail, comme par exemple des résolutions¹⁸², des circulaires¹⁸³ ou le Recueil de directives pratiques sur la violence au travail et les mesures visant à combattre ce phénomène¹⁸⁴. Au cours de ces dernières années, l'OIT a surtout conduit des recherches¹⁸⁵ et études sur la question du harcèlement sexuel, afin de déterminer ses éléments constitutifs et mieux comprendre ses impacts. Cependant, selon l'OIT, bien qu'elles soient nécessaires, les statistiques officielles relatives au harcèlement sexuel sur le lieu de travail sont souvent inadéquates – quand elles ne sont pas inexistantes. Déjà dans une étude de 1996¹⁸⁶, l'OIT mettait

¹⁸¹: *Equality in employment and occupation: Special survey on equality in employment and occupation in respect of Convention No. 111*, ILO, (Geneva, 1996)

¹⁸² Par exemple : The 1985 International Labour Conference Resolution on equal opportunity and equal treatment for men and women in employment ; The 1991 International Labour Conference Resolution concerning ILO action for women workers

¹⁸³ Circulaire N° 543(REV.1), BIT, 29 septembre 2004, Politique et procédures en matière de harcèlement sexuel

¹⁸⁴ Réunion d'experts chargée de mettre au point un recueil de directives pratiques sur la violence et le stress au travail dans le secteur des services: une menace pour la productivité et le travail décent, BIT (Genève, 2003)

¹⁸⁵ Deirdre MCCANN, *Sexual harassment at work: National and international responses* ; Conditions of Work and Employment Series No. 2, ILO, 2005

¹⁸⁶ *International Crime (Victim) Survey, 1996*

en exergue que le phénomène du harcèlement sexuel au travail aux Etats-Unis était concentré dans certaines professions, et soulignait la difficulté de comparaison entre les différents pays.

Enfin, récemment, l'OIT a affirmé que l'élimination du harcèlement sexuel au travail dans le monde est une question prioritaire pour l'OIT¹⁸⁷ et une problématique majeure dans le programme de promotion d'un « travail décent »¹⁸⁸ pour les femmes.

PARAGRAPHE 2. LE ROLE DE L'ONU DANS L'ELIMINATION DE TOUTE DISCRIMINATION A L'ENCONTRE DES FEMMES

Depuis les années 1970, les femmes constituent un groupe social auquel le droit international s'est spécifiquement intéressé. Les conférences de l'ONU sur les Femmes ont voulu élaborer leur plan d'action en fonction de leurs études sur les relations entre les sexes. Et pour assurer le suivi de ces conférences, plusieurs institutions ont par la suite été créées au sein de l'Organisation des Nations Unies et regroupées en 2010 sous l'entité ONU FEMMES¹⁸⁹. La première Conférence de 1975 à Mexico a donné l'impulsion pour élaborer la Convention de 1979 sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes (CEDEF) ; l'un des grands textes qui traite, entre autre, du harcèlement sexuel. Depuis, tous les 5 ans, une conférence sur les femmes est organisée. La Conférence de Beijing en 1995 est ainsi un point de repère important puisqu'elle a permis d'identifier douze domaines critiques représentatifs des principaux obstacles à la promotion des femmes, dont la problématique des violences faites aux femmes¹⁹⁰.

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes a été signée à New York en 1979. Puis en 1981, après avoir été ratifiée par 20 pays, elle est entrée en vigueur et un Comité a été officiellement créé pour sa mise en œuvre¹⁹¹. Cette Convention est complétée par un Protocole de 1999 qui vient entre autre renforcer les compétences du Comité. Ce comité peut formuler des recommandations et questionner

¹⁸⁷ *Decent work for women: An ILO proposal to accelerate the implementation of the Beijing Platform for Action* (Geneva, March 2000) ; *Women 2000: Gender equality, development and peace for the twenty-first century* (New York, 5-9 June 2000)

¹⁸⁸ Selon l'OIT, « *La notion de travail décent résume les aspirations de tout travailleur : possibilité d'exercer un travail productif et convenablement rémunéré, assorti de conditions de sécurité sur le lieu de travail et d'une protection sociale pour sa famille. Il suppose une égalité de chances et de traitement pour les femmes et les hommes.* »

¹⁸⁹ ONU FEMMES regroupe aujourd'hui : la Division de la promotion de la femme (DAW) ; l'Institut international de recherche et de formation pour la promotion de la femme (INSTRAW) ; le Bureau de la Conseillère spéciale pour la problématique hommes-femmes (OSAGI) ; et le Fonds de développement des Nations Unies pour la femme (UNIFEM).

¹⁹⁰ S. DAUPHIN & R. SENAC, « Femmes-Hommes : Penser l'égalité », *La Documentation Française*, Paris, 2012, pp 64-65

¹⁹¹ Le Comité fonctionne sur le même modèle que les autres comités relatifs à la protection des individus. Il est composé de 23 experts élus par les membres et les Etats s'engagent à présenter un rapport tous les 4 ans sur les mesures législatives, judiciaires, administratives qui sont adoptées pour appliquer la convention. Des communications peuvent lui être présentées par des particuliers ou par des groupes de particuliers qui affirment être victimes d'une violation de l'un des droits énoncés dans la convention. Tous les recours internes doivent avoir été épuisés pour pouvoir saisir ce comité.

régulièrement les Etats qui pourront alors être amenés à fournir des explications. C'est ce qui explique notamment que la Convention réunisse actuellement 185 Etats parties, alors que le Protocole Facultatif n'a été signé et ratifié que par 90 Etats car peu d'entre eux acceptent que le Comité soit saisi de communications individuelles. Pourtant le Comité ne dispose pas d'un réel pouvoir de sanction, puisque l'enjeu est de parvenir à une solution par la persuasion, par la voie diplomatique, jamais par la contrainte. La France a signé, puis ratifié la Convention en 1983 ainsi que le Protocole Facultatif en 2000. Mais ce n'est pas le cas des Etats-Unis qui n'ont ratifié ni la Convention¹⁹², ni le Protocole. Pour autant, on constate paradoxalement que, concernant le harcèlement sexuel, les Etats-Unis utilisent les mêmes définitions que celles de la Convention, alors que la France qui a ratifié la Convention et le Protocole n'a pas les mêmes. Ce n'est donc pas à ce niveau que le blocage se fait, mais sur d'autres points, pour lesquels le gouvernement américain serait obligé de changer son droit positif fédéral s'il ratifiait la Convention¹⁹³.

Par ailleurs, ONU Femmes, l'entité des Nations Unies pour l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes a été créé en Juillet 2010 et représente une importante source de *soft law* concernant le harcèlement sexuel au travail. Ainsi, dans son Manuel de législation sur la violence à l'égard des femmes¹⁹⁴, plusieurs grands principes sur lesquels *devraient* reposer les lois relatives au harcèlement sexuel sont recommandés¹⁹⁵ : La législation *devrait* ériger le harcèlement sexuel en infraction pénale (ce qui est le cas en France mais pas aux Etats-Unis), *devrait* reconnaître le harcèlement sexuel comme une forme de discrimination sexuelle (cela est reconnu aux Etats-Unis et par les législations européennes mais pas en droit français) ; *devrait* reconnaître le harcèlement sexuel comme une violation des droits fondamentaux des femmes ayant des conséquences sur leur santé et leur sécurité ; *devrait* reconnaître que le harcèlement se produit aussi bien dans des relations de pouvoir verticales, que dans des relations horizontales (cela est reconnu aux Etats-Unis, mais ne l'a été qu'à partir de 2002 en France) ; et *devrait* fournir aux victimes des voies de recours effectives au niveau pénal, civil et administratif¹⁹⁶.

¹⁹² Les Etats-Unis font donc partie de ces huit pays (avec l'Iran, le Qatar, la Somalie, le Soudan et trois îles du Pacifique) qui n'ont pas ratifié la Convention. L'Arabie Saoudite a ratifié le traité en 2000, même si elle a énoncé plusieurs réserves.

¹⁹³ Par exemple l'article 12, section 1 considérant les contrôles des naissances et l'avortement comme des droits fondamentaux

¹⁹⁴ Manuel de législation sur la violence à l'égard des femmes, ONU FEMMES, NYC, 2012. Version française en ligne : http://www.unwomen.org/~media/Headquarters/Attachments/Sections/Library/Publications/2012/12/UNW_Legislation-Handbook_FR%20pdf.pdf

¹⁹⁵ Manuel de législation sur la violence à l'égard des femmes, publié par les Nations Unies, Section 3.4, pp 23-27

¹⁹⁶ Manuel de législation sur la violence à l'égard des femmes, publié par les Nations Unies, Section 3.4.3.2

En conclusion, le harcèlement sexuel au travail a été considéré, tant au niveau régional qu'international, à la fois comme *gender* ou *sex discrimination* et comme une forme de violence envers les femmes. Le CEDEF a explicitement énoncé les relations qui peuvent être faites entre ces deux approches en identifiant le harcèlement sexuel comme une forme de violence contre les femmes *et* la violence fondée sur le sexe comme une forme de discrimination sexuelle. Cependant, l'aspiration à l'universalité au niveau international est problématique puisqu'aucun système juridique ne semble (ne peut) véritablement s'y soustraire. Il n'y a pas d'universalité dans la sphère des droits fondamentaux et le harcèlement sexuel au travail n'y fait pas exception.

PARTIE 2.

**LA COMPARAISON DE LA FRANCE ET DES ETATS-UNIS DANS
L'APPLICATION DES DEFINITIONS**

Comme l'expliquait Max WEBER, « *Une étude comparative ne devrait pas avoir pour but de trouver des “analogies” et des “parallèles” {...}. L'objectif devrait plutôt être précisément l'opposé : identifier et définir l'individualité de chaque développement, les caractéristiques qui ont conduit celui-ci à conclure d'une manière si différente de celui-là. Ceci fait, on peut ensuite déterminer les raisons ayant mené à ces différences.* »¹⁹⁷ C'est donc dans la l'application des définitions que les contrastes entre France et Etats-Unis se font le plus ressentir. Pour autant, l'étude complète des deux systèmes de droit étant trop dense, nous étudierons essentiellement ici les éléments les plus pertinents en terme de comparaison.

Ainsi, nous appréhenderons dans un premier temps les raisons juridiques et techniques propres à chaque système ayant abouties à des définitions différentes du harcèlement sexuel, bien loin des simples explications culturelles trop souvent avancées. Force est de constater que les définitions reposent sur des fondements différents qui influent notamment sur la notion centrale de la responsabilité de l'employeur (**Chapitre 1**). Puis dans un second temps, c'est sur l'application du droit relatif au harcèlement sexuel que sera mis l'accent. L'action en justice, notamment, distingue les Etats-Unis et la France. En effet, de la preuve à la répression, les deux pays dévoilent une fois de plus les oppositions de leurs systèmes juridiques (**Chapitre 2**). Pourtant, alors que les définitions et les fondements sont différents aux Etats-Unis et en France, les deux pays montrent chacun leurs limites dans l'application de leur législation.

CHAPITRE 1. DE LA DIFFERENCE DES FONDEMENTS A LA RESPONSABILITE DE L'EMPLOYEUR

Comme on l'a abondamment répété, les Etats-Unis se distinguent par le rôle essentiel que joue la jurisprudence dans la création et la protection des droits. Et la législation sur le harcèlement sexuel n'échappe pas à la règle. Nous étudierons donc dans un premier temps les caractéristiques juridiques et techniques de chaque pays qui ont indéniablement influencées la construction des définitions du harcèlement sexuel (**Section 1**). Et dans un second temps, la responsabilité de l'employeur, ultime point de divergence entre la France et les Etats-Unis (**Section 2**).

¹⁹⁷ Max WEBER, *The Agrarian Sociology of Ancient Civilizations*, trad. R. I. FRANK, Londres, New Left Books, 1976, p. 385

SECTION 1. L'EXPLICATION JURIDIQUE ET LE CHOIX DES FONDEMENTS

Les différences de définitions et d'appréhension du harcèlement sexuel aux Etats-Unis et en France dépendent d'une part, des différences techniques et juridiques propres à chaque pays (**Paragraphe 1**) et d'autre part, du fondement sur lequel chaque système a développé sa protection (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1. LES RAISONS JURIDIQUES ET TECHNIQUES PROPRES A CHAQUE SYSTEME

Certaines différences s'expliquent par le système juridique, propre à chaque pays (**A**). D'autres sont spécifiques au harcèlement sexuel au travail (**B**).

A) Entre *Common law* et *Civil law*

Comme l'explique Abigail Saguy¹⁹⁸, le système juridique est un point de divergence essentiel entre France et Etats-Unis. Un système de *common law*, comme celui des Etats-Unis, permet aux tribunaux d'élaborer un précédent dans la jurisprudence avec une autonomie incomparable à celle d'un système de droit civil, comme la France. En d'autres termes, le droit est construit strictement par le Parlement en France, par la promulgation des lois, alors qu'il l'est majoritairement par les tribunaux avec des cas concrets aux Etats-Unis. Ce sont donc les tribunaux qui ont créé le *sexual harassment law* aux Etats-Unis ; alors qu'en France cela est passé par le processus législatif habituel transitant par le Parlement. Contrairement au droit français, le droit relatif au harcèlement sexuel aux Etats-Unis n'a pas été créé suite à un débat et un vote du Congrès, puisqu'il a été développé essentiellement par le pouvoir judiciaire.

Aux Etats-Unis, pour reconnaître le harcèlement sexuel au travail, les avocats et féministes ont dû démontrer que le harcèlement sexuel contrevenait à une loi déjà existante et il a fallu fondre la question du harcèlement sexuel dans un arsenal législatif préexistant ; ce qui limite considérablement sa portée. Mais c'est ainsi que fonctionne le système américain – et les systèmes de *common law* a fortiori. C'est donc le Titre VII du *Civil Rights Act*, prohibant toute discrimination au travail, qui a été choisi. Ce choix emporte évidemment des conséquences importantes, puisque d'une part il rattache le harcèlement sexuel à une « *sex discrimination* » et d'autre part il prohibe le harcèlement sexuel uniquement dans la sphère du travail.

¹⁹⁸ SAGUY A., « Les conceptions juridiques du harcèlement sexuel en France et aux Etats-Unis » Avant et Après l'affaire DANS, *Travail, Genre et Sociétés*, 2012/2 n°28, pp 102-104

En France, l'intervention du Parlement couplée à la réforme du Code Pénal en 1991 ont facilité l'élaboration d'une loi prohibant spécifiquement le harcèlement sexuel.

Pour autant, dans ces deux pays, on remarque que le développement de la législation relative au harcèlement sexuel se fait rarement de manière autonome et pour elle-même : c'est le cas aux Etats-Unis où la discrimination fondée sur le sexe a suivi celle fondée sur la race, rattachée au CRA 1964, et n'a donc pas bénéficié de loi spécifique. Et la même critique peut être avancée en droit français. Par exemple, l'abandon du critère d'une relation hiérarchique dans les cas de harcèlement sexuel est intervenu en 2002 seulement pour faire écho à la législation sur le harcèlement moral¹⁹⁹.

B) Entre droit du travail et droit pénal

Lorsqu'on dresse la comparaison franco-américaine sur le harcèlement sexuel, très vite se pose la question de savoir pourquoi les Etats-Unis ont envisagé le harcèlement sexuel seulement en droit du travail alors que la France a traité le même problème à la fois en droit du travail et en droit pénal ? En effet, aux Etats-Unis, le harcèlement sexuel est défini légalement comme un type de discrimination sexiste, en vertu du *Civil Rights Act*, alors qu'en France, on retrouve les dispositions sur le harcèlement sexuel dans le Code Pénal et dans le Code du Travail. Par conséquent, contrairement au harcèlement sexuel en France, la répression du harcèlement sexuel aux Etats-Unis ne dispose pas d'un texte spécifique et reste limitée à la sphère du travail (et celle de l'éducation). On arrive donc à une constatation intéressante : bien que la définition française soit toujours plus restrictive et restreinte, en comparaison à la définition américaine, elle dispose, depuis sa création en 1992, d'un avantage important : la loi pénale française prohibant le harcèlement sexuel s'applique au-delà de la sphère du travail (contrairement à la jurisprudence américaine qui prohibe le harcèlement sexuel au travail puisque sa mise en œuvre découle du Titre VII).

Le harcèlement sexuel aux Etats-Unis n'est interdit qu'en droit du travail et cet élément²⁰⁰ implique des conséquences concrètes en terme de protection. En effet, en France, le harcèlement sexuel est un délit pénal, par conséquent la situation du travailleur (temps plein, temps partiel, intérim,...) importe moins. Alors qu'aux Etats-Unis, les politiques et lois relatives au marché du travail ne s'appliquent généralement pas aux travailleurs précaires, occasionnels et atypiques.

¹⁹⁹ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale modifiée par la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003

²⁰⁰ Ne parlons pas de « particularité », car dans les législations traitant du harcèlement sexuel, c'est plutôt la France qui fait preuve d'exception en érigeant le harcèlement sexuel en délit puni par le droit pénal.

L'application des lois sur le harcèlement sexuel devient alors très difficile dans ces situations, et c'est une source d'inégalité entre les travailleurs (ceux occasionnels et ceux permanents).

Le fait que le harcèlement sexuel soit un délit pénal en France pourrait donc, à première vue, laisser croire qu'il est une infraction plus « sérieuse ». Mais la réalité est plus complexe. En effet, la protection pénale française des victimes de harcèlement sexuel n'a pas toujours joué en faveur des victimes. Pour preuve par exemple la question de l'intentionnalité. En effet, les termes « *imposer* » ou « *pression grave* », « *dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles* » utilisés par les législateurs à l'ancien article 222-33 du Code Pénal manifestaient d'une intentionnalité du harceleur. Cette intentionnalité est totalement absente en droit américain (ou droit européen) mais témoigne de la tradition française du droit pénal selon laquelle il n'y a pas de délit sans intention. Le texte était donc problématique. Et le délit de harcèlement sexuel ambigu. Depuis la loi du 6 Août 2012, le critère d'intentionnalité a été abandonné, mais la question n'est pas close pour autant. En effet, selon l'alinéa 1 de l'article 222-33, il n'est plus nécessaire de démontrer que l'auteur des faits de harcèlement sexuel avait l'intention d'obtenir des faveurs de nature sexuelle puisque son seul comportement²⁰¹ suffit à caractériser le délit de harcèlement environnemental, à condition d'être répété et commis au moins à deux reprises²⁰². La nouvelle définition mentionne maintenant que le comportement réprimé doit être imposé à la victime, c'est donc l'absence de consentement (c'est-à-dire des actes subis et non désirés par la victime) qui est aujourd'hui constitutif du délit. En outre, l'alinéa 2 de l'article 222-33 du Code Pénal retient la notion de « *pression grave* »²⁰³ pour le harcèlement sexuel de contrepartie. En conséquence, peuvent être sanctionnées des personnes qui agissent sans avoir vraiment l'intention d'obtenir un acte sexuel, mais dans le seul but d'humilier la victime ou d'obtenir sa démission.

Les différences juridiques et techniques propres aux systèmes français et américains influent donc fortement sur le choix des définitions. Mais c'est aussi le fondement choisi par chaque pays pour protéger les victimes contre le harcèlement sexuel qui appuie ces différences.

²⁰¹ Gestes, propos, envois de courriers ou d'objets,...

²⁰² Circulaire Criminelle du 7 Août 2012

²⁰³ La pression doit être exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers.

PARAGRAPHE 2. LES LIMITES LIEES AU CHOIX DES FONDEMENTS

Pour certains auteurs comme Mane HAJDIN, le droit relatif au harcèlement sexuel est « injustifié moralement »²⁰⁴. Selon lui, lier l'interdiction du harcèlement sexuel à l'interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe est déplacé et injustifié. Pour autant, l'étude du fondement choisi – discrimination sur le sexe, violence sexuelle ou atteinte à la liberté ou la dignité – est fondamentale (A). Et quel que soit le fondement choisi, le harcèlement sexuel est souvent potentiellement en conflit avec le principe de la liberté d'expression (B).

A) Discrimination, violence sexuelle ou atteinte à la liberté ?

Comme l'explique très bien Margaret CROUCH « *the dispute over which kind of law should govern sexual harassment is a dispute about what sexual harassment is* »²⁰⁵. Autrement dit, les différents types de droit protégeant le harcèlement sexuel révèlent indéniablement différents types de harcèlement sexuel. Par conséquent l'analyse juridique du harcèlement sexuel au travail est bien plus pertinente que l'étude purement culturelle.

En France, on parle plus de contrainte, de violence plutôt que d'atteinte aux conditions de travail comme c'est le cas aux Etats-Unis²⁰⁶. Dès lors, les valeurs protégées sont différentes : égalité des chances dans l'emploi aux Etats-Unis ; protection physique et de l'intégrité morale en France. Etudier le fondement du harcèlement sexuel pose la question de savoir s'il s'agit d'un problème de discrimination, de violences ou d'atteinte à la liberté. Quoi qu'il en soit, peu importe le fondement sur lequel les Etats-Unis et la France se sont basés, le harcèlement sexuel a été prohibé car il compromet les opportunités de travail des femmes. Cependant, aucun système n'emporte l'unanimité et chacun a reçu des critiques.

Aux Etats-Unis, certains auteurs ont avancé que le harcèlement sexuel devrait être traité sous la responsabilité délictuelle, plutôt que sous la discrimination fondée sur le sexe, soit en utilisant des *torts*²⁰⁷ déjà existants, soit en créant un nouveau *tort* spécifique pour le harcèlement sexuel. D'autres auteurs préconisaient même que certaines formes de harcèlement sexuel soient traitées par le droit pénal, comme en France. La question de savoir s'il faut appréhender le harcèlement sexuel en *discrimination law* ou en *tort law* s'est donc bel et bien posée aux Etats-

²⁰⁴ Mane HAJDIN, *The Law of Sexual Harassment, A critique*, Susquehanna University Press, 2002, p 96

²⁰⁵ M. CROUCH, *Thinking about Sexual Harassment – A guide for the Perplexed*, Oxford University Press, 2001, p 177

²⁰⁶ Cela s'explique surtout car la France utilise le droit pénal et le droit américain le droit du travail

²⁰⁷ Dans les systèmes juridiques de *common law*, la responsabilité délictuelle (*tort law*) regroupe différents délits – qu'on appelle *tort* – et qui permettent l'indemnisation d'une personne par une autre.

Unis. C'est un point d'étude crucial puisque le fait que le harcèlement sexuel soit plaidé en *tort law* ou en *discrimination law* détermine comment le harcèlement sexuel est conceptualisé en droit et comment il sera sanctionné. En effet, le droit de la responsabilité délictuelle concerne les dommages corporels, les préjudices causés par une personne à une autre. Son but est d'indemniser la partie lésée pour le préjudice causé. Par conséquent, passer par la responsabilité civile pour les cas de harcèlement sexuel conceptualise le harcèlement sexuel comme un comportement offensant l'intégrité ou la sensibilité d'un individu. Le droit antidiscriminatoire (*antidiscrimination law*) existe pour assurer l'égalité des chances entre les individus indépendamment du sexe, de la race, l'origine nationale, la religion, l'âge ou le handicap. Si le harcèlement sexuel est majoritairement traité en responsabilité délictuelle, alors il sera conçu avant tout comme « personnel ». Concevoir le harcèlement sexuel de cette manière tendrait donc à remettre en cause la conception féministe du harcèlement sexuel selon laquelle le harcèlement sexuel est favorisé par un système promouvant les abus de pouvoir patriarcal²⁰⁸.

Aux Etats-Unis, les limites du fondement de *sex discrimination* ont aussi été mises en évidence concernant le *same-sex harassment*. En effet, au départ, seule la protection contre le harcèlement venant d'une personne du sexe opposé était accordée²⁰⁹, mais cela a été élargi au harcèlement entre personnes du même sexe (*same-sex harassment*) une dizaine d'années plus tard. C'est dans l'arrêt *Oncale v. Sundowner Offshore Services* (1998)²¹⁰ que la Cour Suprême reconnaît la possibilité du *same-sex harassment*²¹¹. Cette décision, en même temps qu'elle marque une avancée importante dans la législation sur le harcèlement sexuel, souligne aussi une des faiblesses qu'implique la définition du harcèlement sexuel en tant que discrimination sexuelle. Les Cours se sont donc posées la question suivante : Est-ce que le harcèlement sexuel peut être considéré comme une discrimination fondée sur le sexe si la victime et le harceleur sont du même sexe ? Pour la Cour de première instance, puis la Cour d'Appel de Cinquième Circuit, le Titre VII qui interdit « *sex discrimination* » ne s'applique pas au « *same-sex harassment* ». La Cour Suprême au contraire, dans une opinion unanime rédigée par le Juge Scalia, affirme qu'il

²⁰⁸ M. CROUCH, *Thinking about Sexual Harassment – A guide for the Perplexed*, Oxford University Press, 2001, p 179

²⁰⁹ *Meritor Savings Bank FSB v. Vinson* (1986)

²¹⁰ *Oncale v. Sundowner offshore services* (1998) : Joseph Oncale, un jeune homme marié et père de deux enfants, a poursuivi la société de transport qui l'employait, parmi un équipage exclusivement masculin, sur une plate-forme pétrolière au large des côtes de la Louisiane. En 1991, il affirme avoir été « agressé sexuellement, battus, touché, et menacé de viol homosexuel » par ses deux superviseurs, John Lyons et Danny Pippen. Alors que les responsables de l'entreprise refuse de l'aider, il démissionne après trois mois au travail de peur d'être violé.

²¹¹ La Cour Suprême affirme que toute discrimination fondée sur le sexe est recevable dès lors qu'elle place la victime dans une situation de travail objectivement désavantageuse, peu importe le sexe de la victime ou du harceleur

est tout à fait possible pour un homme d'être coupable de *sex discrimination* envers un autre homme (ou pour une femme envers une autre femme).

Le droit pénal français²¹² quant à lui ne fait aucune référence à la discrimination fondée sur le sexe, mais il établit le harcèlement sexuel comme une forme de violence sexuelle. Dès lors, le débat américain énoncé précédemment est moindre en France, puisque le versant « discrimination sur le sexe » est mis de côté, bien que depuis plusieurs années le droit de l'Union Européenne incite ses Etats Membres vers une réflexion dans ce sens.

La nouvelle définition française met aussi en avant le fait que le harcèlement sexuel « *porte atteinte à {la} dignité* » de la victime. Le problème en conceptualisant le harcèlement sexuel simplement comme une violation de la dignité c'est que cela fait disparaître la question des inégalités entre les sexes. Pour autant, comme l'explique Kathrin ZIPPEL, l'idée de protéger la dignité de tous les travailleurs a deux importants avantages. D'une part, dans l'hypothèse d'une femme lesbienne harcelée parce qu'elle ne convient pas aux normes de « *gender performance* », cette dernière n'aurait pas à démontrer qu'un homme dans sa situation aurait été traité différemment. D'autre part, le concept de dignité « sonne » mieux que celui de discrimination sexuelle, et cela particulièrement en Europe.

B) Le conflit potentiel entre le harcèlement sexuel au travail et la liberté d'expression

Du côté des opposants à une protection extensive du harcèlement sexuel en France, on entend souvent dire que les commentaires sexistes ne sont pas une forme de harcèlement sexuel et sont au contraire protégés par le principe constitutionnel de la liberté d'expression²¹³. Cette question de la liberté d'expression est aussi présente aux Etats-Unis²¹⁴. Le juge Scalia, dans l'arrêt *R.A.V*²¹⁵, affirme que « *restricting speech to solve societal ills should only be a last resort* » et sous-entend le conflit qui va émerger entre le Titre VII du *Civil Rights Act* et le 1^{er} Amendement. Le 1^{er} Amendement garantit la liberté d'expression (« *speech free from government control* ») et le titre VII du *Civil Rights Act* 1964, en tant que loi antidiscriminatoire, garantit un lieu de travail exempt de harcèlement sexuel. Or, lorsqu'on étudie les décisions de la

²¹² Article 222-33 Code Pénal

²¹³ Pour une comparaison intéressante, voir aussi la position du Canada : La notion constitutionnelle de liberté d'expression remonte à seulement 30 ans au Canada, elle est donc assez récente comparée à celle des Etats-Unis et de la France qui ont plus de 200 ans : . Paul I WEIZER, "Canada as Point of Comparison" in *The Supreme Court and Sexual Harassment – Preventing harassment while preserving free speech*, Lexington Books, 2000, pp 104-111

²¹⁴ Sur le harcèlement sexuel et le 1^{er} Amendement : C. MacKINNON, R. SIEGEL, *Directions in Sexual Harassment Law*, Yale University Press, 2004, pp 382-398

²¹⁵ *R.A.V v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992)

Cour Suprême concernant le harcèlement sexuel, on s'aperçoit qu'il y a effectivement un conflit potentiel entre ces deux textes. Selon David HAMES :

« *The First Amendment's guarantee of freedom of speech is enjoyed by all citizens. Moreover, individuals do not lose this protection because they are employed (...) Most sexual harassment is spoken or written. Consequently, employees accused of such conduct may argue that it is constitutionally protected free speech.* »²¹⁶

La décision qui a eu le plus d'échos sur la question de la compatibilité entre les restrictions de la liberté d'expression faites au nom du combat contre le harcèlement sexuel et le Premier Amendement est celle d'une Cour Fédérale de District (Floride) : *Robinson v. Jacksonville Shipyards, Inc*²¹⁷ en 1991. Cette question précise n'est pourtant jamais allée jusqu'à la Cour Suprême²¹⁸. A part en 1992, dans sa décision *R.A.V. v. City of St. Paul, Minnesota*²¹⁹, dans laquelle elle réaffirme le principe selon lequel les restrictions à la liberté d'expression qui sont constitutionnellement prévues par la Constitution doivent être « *viewpoint neutral* ». Cette décision concerne un cas de « *race discrimination* » mais est transposable pour les cas de discrimination sexuelle puisque les deux sont protégées sous le Titre VII du *Civil Rights Act*.

SECTION 2. LA RESPONSABILITE DE L'EMPLOYEUR COMME GARANTIE DE LA PROTECTION

Engager la responsabilité de l'employeur dans les cas de harcèlement sexuel au travail s'est très vite révélé un levier puissant pour la protéger les victimes. Cette responsabilité est surtout monétaire aux Etats-Unis, mais elle implique aussi de sensibiliser, de prévenir et de former ses employés au thème du harcèlement sexuel au travail. Les législations américaines ont très vite prévu la responsabilité financière de l'employeur et l'indemnisation pécuniaire de l'employé victime de harcèlement sexuel (**Paragraphe 1**). En France, les législateurs ont été plus hésitants à généraliser cette responsabilité. C'est seulement la loi de 2002 qui incite l'employeur à prévenir le harcèlement sexuel et prévoit que l'employeur engage sa responsabilité

²¹⁶ D. HAMES, "Examining the relationship between Title VII's sexual harassment prohibitions and the First Amendment's free speech provisions: is there a conflict?", *Labor Law Journal*, v. 46, Mar. 1995, pp 175-181

²¹⁷ 760 F.Supp. 1486 (1991). Les arguments de cet arrêt sont confirmés plus tard au niveau d'appel par la cour du 10ème Circuit dans *Baty v. Willamette Industries, Inc* en 1999.

²¹⁸ Cependant en 1992, dans la décision *R.A.V. v. City of St. Paul, Minnesota*, la Cour traite fortement de cette problématique, bien que ce ne soit pas en soi un cas de harcèlement sexuel. Dans cet arrêt, la majorité des juges réaffirment fortement le principe selon lequel les restrictions à la liberté d'expression constitutionnellement prévues par la Constitution, doivent être « *viewpoint neutral* ».

²¹⁹ 505 US 377

délictuelle ou contractuelle s'il ne prend pas des mesures appropriées pour faire cesser le harcèlement sexuel. Et la loi du 6 Août 2012 a apporté une nouveauté importante en prévoyant dorénavant la responsabilité pénale de l'employeur (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1. LES ÉTATS-UNIS ET LA RESPONSABILITE RENFORCEE DE L'EMPLOYEUR

En fondant le harcèlement sexuel sur « *sex discrimination under Title VII* »²²⁰, les tribunaux ont rendu les employeurs responsables du harcèlement sexuel commis à l'encontre de ses employés (**B**). Les employeurs ont donc pris le parti de la prévention afin de limiter le harcèlement sexuel sur le lieu de travail (**A**) et de fait leur responsabilité.

A) La prévention du harcèlement sexuel

Concernant la prévention, le rôle central dont bénéficient à la fois l'EEOC et l'employeur est un des atouts du système américain. L'EEOC énonce les lignes directrices, incite à la prévention, et en tant que responsable de l'application des lois fédérales interdisant la discrimination sexuelle contre un employé, c'est elle aussi qui reçoit les plaintes²²¹. Les lois de l'EEOC s'appliquent pour la plupart des employeurs dès lors qu'ils emploient au minimum quinze employés (ou moins si cela est prévu par les Etats) et leur rôle est de rendre responsables les employeurs qui ont pour mission d'assurer l'égalité des chances et de prévenir toute discrimination au travail.

Aux Etats-Unis, dès la reconnaissance du harcèlement sexuel comme forme de discrimination, la prévention s'est présentée comme une étape nécessaire « *One of the recommended precautionary steps is to educate supervisors about the legal problems presented by sexual harassment.* »²²² Comme l'énoncent les Lignes Directrices (1980) de l'EEOC et le confirme la plupart des Etats dans leur législation²²³ : « *Prevention is the best tool for the elimination of sexual harassment* ». L'EEOC préconise d'ailleurs plusieurs étapes²²⁴ dans l'établissement de cette prévention allant de la formation à la prise de mesures correctives, en

²²⁰ *Titre VII CRA 1964* ne mentionne pas le harcèlement sexuel mais il établit qu'il est interdit pour les employeurs avec 15 employés ou plus de discriminer un candidat à un emploi ou un employé « *because of sex* ».

²²¹ Afin d'engager une action pour harcèlement sexuel sous le Titre VII, la victime doit en effet déposer une plainte auprès de l'EEOC, qui à son tour, est supposée faire une enquête. Mais en grande partie pour des raisons financières, l'EEOC ne peut pas mener toutes les enquêtes pour les plaintes qu'elle reçoit.

²²² Ralph H. BAXTER, Jr, *Sexual Harassment in the workplace*, Executive enterprises publications CO, INC, 1981, page 3

²²³ Exemple d'Hawai : *Hawai Administrative Rules* § 12-46-109 (g)

²²⁴ « *1. Issue a statement of Policy against sexual harassment ; 2. Adopt and publicize a complaint procedure ; 3. Educate supervisors ; 4. Investigate complaints ; 5. Take appropriate action* »

passant par l'adoption d'une procédure efficace de plainte. Il faut noter que toutes ces lignes directrices sur la prévention et la formation sont des outils que préconisent également les acteurs français soucieux d'une meilleure définition du harcèlement sexuel (voir AVFT entre autre), mais leur mise en œuvre est beaucoup plus rare.

Par ailleurs, les *sexual harassment training* sont très répandus sur les lieux de travail américains. Des Etats comme la Californie ou le Maine sont d'ailleurs très avancés en matière de formation. Ce qui est encore loin d'être le cas en France. Mais très vite aux Etats-Unis, les formations des professionnels et autres moyens pour limiter l'engagement de la responsabilité de l'employeur ont été mise en place. Pour exemple, Ralph H. Baxter Jr, associé dans un cabinet d'avocats²²⁵ publie un carnet en 1981 « *Sexual Harassment in the workplace – A guide to the Law* »²²⁶ dans lequel il donne des outils pour organiser des formations sur le harcèlement sexuel²²⁷. On remarque d'ailleurs que de telles recommandations ont été faites cinq années après l'arrêt de 1976. Alors qu'en France, cette initiative est toujours peu mise en œuvre, même depuis que la responsabilité de l'employeur a été affirmée par la nouvelle loi de 2012.

B) L'évolution de la responsabilité de l'employeur depuis les arrêts *Ellerth* et *Faragher*

Déterminer qui est responsable est une étape essentielle. Ainsi, comme toutes les agences relatives au droit du travail, l'EEOC utilise une définition large et extensive de « l'employeur »²²⁸ afin de réaliser au mieux l'application des lois dont elle est responsable.

Depuis sa première décision sur le harcèlement sexuel en 1986, la Cour Suprême des Etats-Unis s'est efforcée de définir différentes catégories de harcèlement sexuel et de déterminer précisément sous quelles circonstances un employeur pouvait être retenu responsable pour le mauvais comportement à connotation sexuelle de l'un de ses employés. Un arrêt du Tennessee²²⁹ rappelle par exemple explicitement les obligations qui incombent à l'employeur :

« All antidiscrimination law prohibit employers from taking adverse action against an employee for opposing what appear to be discriminatory violations of the law, or for participating in EEO processes,

²²⁵ Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP

²²⁶ Ralph H. BAXTER, Jr, *Sexual Harassment in the workplace*, Executive enterprises publications CO, INC, 1981, page 2-3

²²⁷ Deux des objectifs de ce *booklet* sont : d'une part, « *to recommend steps that will limit employers' exposure to liability for sexual harassment* » et d'autre part, « *to provide a tool for training programs* ».

²²⁸ Sandra E. GLEASON, *Federal Equal Employment Opportunity Laws: The shadow workforce – Perspectives on contingent Work in the united States, Japan, and Europe*, W.E. Upjohn Institute for employment research, 2006, pp 153-155

²²⁹ *Crawford v. Metropolitan Government of Nashville and Davidson County, Tennessee*, 555 US (2009)

either as a claimant or a witness on someone else's behalf, or for speaking out about discrimination during an employer's investigation into another employee's internal complaint of discrimination. »

Par ailleurs, il faut préciser que dans les cas de harcèlement sexuel, la responsabilité est dépendante d'une faute (et pas seulement du lien d'emploi²³⁰). Les lignes directrices en donne l'exemple²³¹ suivant :

Une agence intérimaire affecte une réceptionniste dans une entreprise dont le supérieur est un employé de l'entreprise cliente. Très vite elle est harcelée sexuellement sur son lieu de travail par ce supérieur hiérarchique. La réceptionniste se plaint auprès de l'agence intérimaire et l'agence en informe alors l'entreprise cliente. Cette dernière refuse de faire une enquête et demande à l'agence de lui attribuer une nouvelle réceptionniste qui n'est pas « *a troublemaker* ». L'agence intérimaire dit à l'employée qu'elle ne peut pas forcer l'entreprise cliente à enquêter et affecte donc un autre travailleur pour le poste de réceptionniste.

Les lignes directrices concluent alors que, dans cette situation, les deux parties – l'agence intérimaire et l'entreprise cliente – sont responsables. L'agence intérimaire a manqué à son obligation de prendre des mesures correctives adéquates ; elle aurait dû insister pour que l'entreprise lance une enquête, et défendre le fait que son travailleur a le droit de travailler dans un environnement exempt de harcèlement (« *free from harassment* »).

Les Cours d'Appel fédérales affirmaient régulièrement la responsabilité de l'employeur du fait d'autrui²³² pour le harcèlement sexuel *quid pro quo* commis par un supérieur hiérarchique²³³. Et dans l'arrêt *Ellerth*²³⁴, la Cour d'Appel va encore plus loin en engageant la responsabilité de l'employeur dès lors qu'il y a eu un préjudice réel affectant l'emploi de la victime (« *tangible job detriment* »²³⁵). L'arrêt *Faragher* laisse un héritage important en reconnaissant que le Titre VII tente d'éradiquer tout comportement qui maintient les femmes injustement en dehors du monde du travail en rendant l'environnement de travail hostile afin qu'elles n'y restent pas.

²³⁰ EEOC applique la théorie de « *coemployment* », à savoir que dans les cas où un employé travaille pour une entreprise, en étant passé par une agence intérimaire, les deux parties sont responsables même si une partie semble clairement plus fautive que l'autre.

²³¹ Exemple énoncé dans : *The shadow workforce – Perspectives on contingent Work in the united States, Japan, and Europe*, Sandra E. GLEASON, editor, W.E. Upjohn Institute for Employment Research, 2006, page 155

²³² Le harcèlement sexuel *quid pro quo*, assimilé à une forme de discrimination, est interdite par le Titre VII, pour laquelle l'employeur est systématiquement considéré comme responsable du fait d'autrui.

²³³ *Horn v. Duke Homes*, 755 F. 2d 599 (1985)

²³⁴ 524 U.S. 542 (1998)

²³⁵ Ainsi, lorsque le harcèlement par un supérieur hiérarchique aboutit à une « *tangible employment action* » (par exemple, une rétrogradation ou un licenciement) contre un employé, la responsabilité de l'employeur est automatique et a priori aucune défense ne lui est offerte. Dès lors, l'employeur responsable peut être poursuivi par ses employés qui ont été harcelé sexuellement pour obtenir une compensation monétaire.

Avant les arrêts *Ellerth et Faragher*²³⁶, la plupart des Cours ne rendaient l'employeur responsable pour le harcèlement sexuel environnemental (*hostile environment harassment*) que dans les cas où il avait connaissance ou aurait du avoir connaissance du harcèlement et qu'il n'a pas fait en sorte d'y mettre un terme. Autrement dit, l'employeur était directement responsable pour ses propres actes ayant causé un tort du fait de son inaction face au harcèlement, dont il aurait dû avoir connaissance, mais il n'était pas responsable directement, strictement et automatiquement pour faute de surveillance.²³⁷ Cette théorie de la négligence engageant la responsabilité de l'employeur continue pourtant de régir les cas de harcèlement par des collègues et des clients. En effet, les lignes directrices de l'EEOC précisent qu'un employeur est responsable des deux formes de harcèlement sexuel²³⁸ causé par un collègue (*co-worker*) ou une personne extérieure à l'entreprise (*non employee*) seulement dans les cas où (*only if*) l'employeur avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance du harcèlement sexuel et qu'il n'a pas « *take immediate and appropriate corrective action* ».

Cependant, comme nous l'avons établi plus tôt, certains Etats ont adopté une législation encore plus protectrice en matière de harcèlement sexuel. Dans l'Etat de Californie par exemple²³⁹, les employeurs sont strictement responsables pour les cas de harcèlement sexuel commis par leurs superviseurs et gestionnaires. De telle sorte que la défense potentielle énoncée dans les arrêts *Faragher* et *Ellerth* n'est pas valable pour l'employeur visé par le *Fair Employment and Housing Act* (FEHA).

Dans ces circonstances, on comprend aisément que l'employeur américain recherche au maximum à limiter sa responsabilité. Contrairement à l'employeur français, l'employeur américain n'engage pas sa responsabilité pénale dans les actions pour harcèlement sexuel, mais c'est sa responsabilité financière, très élevée, qui semble compenser. La prévention du harcèlement sexuel semble donc étroitement liée aux enjeux et conséquences financiers. Cependant la limite de la responsabilité de l'employeur c'est qu'il peut se défendre et échapper à sa responsabilité en montrant qu'il a pris rapidement des mesures correctives pour mettre fin au harcèlement dès que l'employé l'en a informé.

²³⁶ 524 U.S. 775 (1998)

²³⁷ Charles V. DALE, *Sexual Harassment and violence against women: developments in federal law*, NOVINKA BOOKS, , 2004, page 33

²³⁸ En 1980, l'agence fédérale responsable de l'application du Titre VII publie des lignes directrices interdisant les deux formes de harcèlement sexuel : *quid pro quo* et *hostile environment*

²³⁹ Et aussi au Missouri

PARAGRAPHE 2. LA FRANCE ET LES SPECIFICITES DE LA RESPONSABILITE DE L'EMPLOYEUR

La France, au contraire des Etats-Unis, n'a pas fait de l'employeur l'acteur unique en terme de prévention (A). Pour autant, sa particularité est qu'il est devenu responsable pénalement depuis la loi de 2012 (B).

A) Les multiples acteurs de la prévention

Contrairement au système américain qui accorde une place centrale à l'employeur et à l'EEOC, en France, les acteurs de la prévention contre le harcèlement sexuel sont plus nombreux. Et malgré ce qu'on pourrait croire, cela n'accroît pas la protection des victimes mais joue plutôt en leur défaveur, puisque cela crée une véritable confusion et amoindrit leur efficacité.

L'employeur est le premier à pouvoir et à devoir agir en terme de prévention. Surtout depuis la loi du 6 Août 2012, car le chef d'entreprise doit dorénavant afficher le règlement intérieur, qui rappelle les dispositions relatives au harcèlement sexuel (de l'article 222-33 Code Pénal), à une place convenable et aisément accessible dans les lieux où le travail est effectué, ainsi que dans les locaux où se fait l'embauchage²⁴⁰. Par ailleurs, depuis 2002 et selon l'article L. 1153-5 du Code du Travail, l'employeur est chargé de prendre toutes les dispositions nécessaires en vue de prévenir les actes de harcèlement sexuel dans les relations de travail. De ce fait, lorsqu'il est informé d'un cas de harcèlement sexuel, il est tenu de procéder rapidement à une enquête et de prendre les mesures nécessaires pour remédier à cette situation²⁴¹.

Les représentants du personnel ont quant à eux un droit d'alerte de l'employeur par lequel ce dernier sera tenu de procéder à l'enquête et de prendre les mesures nécessaires. Les délégués du personnel ou le comité d'hygiène, de santé et des conditions de travail (CHSCT) peuvent aussi proposer des actions de prévention en matière de harcèlement sexuel et même prendre des initiatives pour mettre en œuvre des actions d'information afin d'améliorer les conditions de travail et soutenir les employés²⁴².

L'inspecteur du travail a pour mission, à son tour, d'assurer le respect de l'obligation de prévention des employeurs (Code du travail, article L. 8112-1).

²⁴⁰ Article R. 1321-1, Code du Travail

²⁴¹ Article L. 2313-2, Code du Travail

²⁴² Article L. 4612-3, Code du Travail

Les services de santé au travail ainsi que le *médecin du travail*²⁴³ sont également des acteurs privilégiés de la prévention du harcèlement sexuel et plus généralement des violences au travail

Enfin, les *organisations syndicales représentatives* ont aussi leur rôle à jouer puisque toute organisation syndicale représentative peut, avec l'accord écrit de la personne harcelée, engager à sa place l'action en justice.

En France aussi, on reconnaît que les mesures de prévention du harcèlement sexuel au travail si elles sont correctement mises en place et appliquées s'avèrent très efficaces et réduisent, à long terme, la proportion de procédures judiciaires. L'information et la prévention sont donc des mesures fondamentales. Et les activités de sensibilisations et formations relatives au harcèlement sexuel aident à cet objectif. Par exemple, une procédure destinée à recevoir et à enquêter sur les plaintes est une condition de la réussite de la prévention. Cela est assuré par l'EEOC aux Etats-Unis, mais n'est pas développé aussi clairement et globalement en France.

B) La responsabilité pénale de l'employeur français : l'apport de la loi de 2012

En France, compte tenu de l'interdiction civile et pénale du harcèlement sexuel, l'employeur engage doublement sa responsabilité (civile et pénale). Au civil, l'employeur peut engager sa responsabilité personnelle, mais c'est plus souvent la responsabilité du fait d'autrui²⁴⁴ (de ses préposés) qui est mise en cause. Celle-ci résulte de l'obligation générale de prévention qui s'impose à l'employeur²⁴⁵, dès lors qu'un lien de subordination existe entre les deux et que l'acte prohibé a été commis en lien avec ses fonctions. Comme pour toute responsabilité délictuelle, il faut la réunion de trois éléments : une faute, un préjudice et un lien de causalité. Jusqu'alors la jurisprudence refusait de caractériser de harcèlement sexuel pour les faits intervenus hors du temps de travail²⁴⁶. Pour autant, la Cour de Cassation a récemment infirmé cette jurisprudence affirmant que le harcèlement sexuel d'un salarié sur une salariée pouvait être commis « *hors du temps et du lieu de travail* »²⁴⁷. Dans cette hypothèse, la responsabilité de

²⁴³ Article L. 4624-1, Code du Travail : le médecin du travail est habilité à proposer des mesures individuelles telles que les mutations ou transformations de postes, justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge, à la résistance physique ou à la santé des travailleurs

²⁴⁴ Article 1384, alinéa 5, Code Civil

²⁴⁵ Articles L.1152-4 et L. 1153-5 du Code du travail

²⁴⁶ Cour d'appel de Versailles, 22 octobre 2009 : « Les propos à caractère sexuel tenus hors temps de travail, notamment à l'occasion de soirées organisées après le travail, relèvent de la vie personnelle et ne peuvent constituer une faute dans l'exécution du travail »

²⁴⁷ Cass. soc., 19 oct 2011, n°09-72.672

l'employeur est donc engagée. Et en retour, l'employeur dispose d'un pouvoir de poursuites et de sanctions disciplinaires à l'encontre du salarié ayant commis le harcèlement sexuel²⁴⁸.

Ce qui est novateur avec la loi du 6 Août 2012, c'est qu'elle a introduit la responsabilité pénale de l'employeur. Dès lors, si la responsabilité pénale de l'employeur est retenue en matière de harcèlement sexuel, l'employeur, personne physique ou morale²⁴⁹, s'expose à la possibilité d'un procès pénal et encourt deux d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende²⁵⁰.

Pour conclure, la prévention est donc un outil essentiel pour la protection des victimes de harcèlement sexuel, notamment car elle informe et sensibilise le harceleur et la victime, mais aussi parce qu'elle s'avère être la meilleure façon de limiter la responsabilité de l'employeur.

Du côté américain, les juges de la Cour suprême Thomas et Scalia, dans leur décision *Ellerth*²⁵¹ ont avancé que faire peser la responsabilité du harcèlement sexuel environnemental sur les employeurs est incompatible avec leurs intérêts. En effet, ils considèrent que les Cours américaines accablent les employeurs d'une trop forte pression pour qu'ils contrôlent les comportements sur le lieu de travail.

D'un autre côté, le cas français montre le danger de la solution alternative où la responsabilité de l'employeur, bien qu'elle soit double, reste limitée. En effet, les employeurs sont peu incités à prendre des mesures préventives ou correctives pour supporter les victimes de harcèlement sexuel.

Plus qu'en France, les sociétés américaines sont donc sérieusement soucieuses du harcèlement sexuel, car aux Etats-Unis, le demandeur qui obtient satisfaction peut recevoir d'importants dommages et intérêts compensatoires et punitifs versés par leur employeur. Les directeurs de ressources humaines aux Etats-Unis rappellent donc régulièrement que le harcèlement sexuel est une question importante pour leurs employeurs. On est loin de cette prise de conscience en France.

²⁴⁸ Article 1153, Code du Travail

²⁴⁹ Depuis l'intervention de la loi Perben II, la responsabilité de la personne morale est encourue de plein droit pour toute infraction.

²⁵⁰ Ces sanctions peuvent être portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende si les faits relèvent des situations limitativement énumérées par le nouvel article 222-33, alinéa 3 du Code pénal.

²⁵¹ 524 U.S. 742, 770

CHAPITRE 2. LA PREUVE ET LA REPRESSION AU PAROXYSMES DES DIFFERENCIATIONS

La question de la preuve est un élément fondamental dans les procédures de harcèlement sexuel. Mais peu importe les définitions et les fondements énoncés en France ou aux Etats-Unis : les deux systèmes sont insatisfaisants car beaucoup de victimes de harcèlement sexuel n'osent pas engager de procédure, et même si elles le font, elles doivent se confronter au problème de la preuve (**Section 1**) et au manque de formation des juges sur cette question, de telle sorte que les condamnations restent faibles. Les victimes qui veulent obtenir réparation pour le harcèlement sexuel qu'elles ont subi sur leur lieu de travail font ainsi face à des obstacles de procédure et de preuve. Et quand bien même l'action en justice leur serait favorable, c'est le système de répression américain qui se révèle être le plus dissuasif (**Section 2**).

SECTION 1. LA QUESTION DE LA PREUVE

Dans la plupart des systèmes juridiques, une personne qui dépose une plainte pour harcèlement sexuel en droit civil est tenue de prouver le harcèlement sexuel et que celui-ci constituait une discrimination fondée sur le sexe, une atteinte à la dignité ou un danger pour la santé et la sécurité. Le défendeur (l'auteur du harcèlement ou l'employeur), en revanche, n'a souvent pas besoin de prouver que le comportement ne constituait pas une discrimination, une atteinte à la dignité ou un danger pour la santé et la sécurité. Ce fardeau de preuve imposé au demandeur est devenu un facteur dissuasif pour les victimes qui hésitent à porter plainte. En conséquence, la France (**Paragraphe 1**) et les Etats-Unis (**Paragraphe 2**) ont pris des mesures pour inverser la charge de la preuve dès lors qu'une victime de harcèlement sexuel présente la preuve de ce comportement.

PARAGRAPHE 1. LES SPECIFICITES DU SYSTEME DE PREUVE FRANÇAIS

Souvent les victimes de harcèlement sexuel n'engagent pas de procédure ne pensant pas pouvoir réunir suffisamment de preuves (**A**), ou pire, de peur d'être blâmées ou même d'être tenues pour responsable. Cette crainte est justifiée en France avec le délit de dénonciation calomnieuse²⁵² que les harceleurs présumés ne manquent pas d'engager si la plainte de la victime n'a pas donné suite (**B**). Mais elle est aussi vraie aux Etats-Unis. On se souvient notamment d'Anita Hill qui avait été peu considérée lors de son entretien avec le Comité judiciaire du Sénat

²⁵² Article 226-10, Code Pénal

des Etats-Unis. Ces évènements ne renvoient pas une image de confiance et de protection aux victimes qui comprennent alors, à juste titre, que dans une telle situation elles risquent non seulement de ne pas être crues, mais en plus d'être tenues pour responsables.

A) Différentes preuves correspondant aux différentes actions

Avant toute chose, il faut rappeler qu'en droit français, lorsque la victime relève du secteur privé, elle peut saisir le Conseil des Prud'hommes, alors que les agents du secteur public doivent saisir le Tribunal Administratif. Et si elle envisage une action pénale, la victime peut porter plainte, dans un délai de 3 ans, puis se constituer partie civile²⁵³ en cas de procès pénal.

Ce système a donc une incidence sur le droit de la preuve. Les protections du harcèlement sexuel dans le Code Pénal et dans le Code du Travail correspondent à deux procédures et donc deux systèmes de preuve indépendants. En effet, toutes les preuves pénales ne sont pas admissibles devant les prud'hommes, puisque la jurisprudence civile limite les moyens de preuves²⁵⁴. Le droit pénal, quant à lui, permet un plus large éventail de preuve, en raison du principe de la preuve libre²⁵⁵. La loi ne demande donc pas de preuve formelle, simplement un faisceau d'indices concordants²⁵⁶. Par exemple, des échanges de courriels, des notes, un arrêt de travail, ou le témoignage de plusieurs employés²⁵⁷ (un seul témoignage ne suffisant pas²⁵⁸). Même l'enregistrement audio est admis au pénal²⁵⁹. C'est d'ailleurs un moyen de preuve efficace, mais les victimes, doutant de sa recevabilité, hésitent à le produire au juge. Pourtant il est régulièrement rappelé que les victimes d'infractions pénales peuvent rapporter la preuve même par des procédés déloyaux voire illicites²⁶⁰. Ces enregistrements audio clandestins réalisés

²⁵³ L'article 85 du Code de Procédure Pénale prévoit la constitution de partie civile. La victime doit d'abord déposer une plainte auprès du Procureur de la République. Si après l'enquête de la police, le procureur décide de poursuivre l'agresseur devant le tribunal correctionnel, la victime pourra alors se constituer partie civile devant le tribunal qui jugera des faits.

²⁵⁴ En pratique, la preuve du harcèlement sexuel est rapportée par les témoignages des personnes témoins des faits.

²⁵⁵ Article 427 Code de Procédure Pénale : « *Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui.* »

²⁵⁶ Cass. Crim. 30 septembre 2009 : « *Est coupable de harcèlement sexuel l'employeur qui a exercé sur ses salariées, par ses allusions à connotation sexuelle et ses gestes déplacés, une pression quasi quotidienne pour obtenir des faveurs de nature sexuelle, au sens de l'article 222-33 du code pénal.* »

²⁵⁷ Cour d'appel de Nancy, 28 octobre 2009 : Il faut « *corroborer ses allégations par des témoignages* », et « *les attestations de plusieurs collègues de travail* ».

²⁵⁸ Cour d'appel de Paris, 12 février 2009 : « *L'unique attestation, qui n'est corroborée par aucune autre pièce, témoignage ou certificat médical, ne permet pas de caractériser un éventuel comportement de harcèlement sexuel* »

²⁵⁹ Voir : http://www.avft.org/article.php?id_article=688

²⁶⁰ Pour autant, ce principe d'exclusion du principe de loyauté est modéré par l'obligation de respecter le principe du contradictoire : *Crim. 7 mars 2012, n°11-88.118*

par une personne privée²⁶¹ peuvent donc servir dans une procédure pénale, mais pas dans une procédure civile, donc pas devant le Conseil de Prud'hommes. La Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a d'ailleurs aussi rappelé que la Convention européenne des droits de l'homme ne saurait *in abstracto* exclure l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale ou déloyale²⁶². La CEDH admet donc qu'une preuve illégale peut être produite et utilisée en justice dès lors qu'elle a pu être discutée dans le cadre d'un procès équitable²⁶³.

La loi de modernisation sociale de 2002²⁶⁴ a aussi introduit des changements importants en matière de harcèlement sexuel et de harcèlement moral. Concernant la charge de la preuve, elle a modifié les règles de preuve applicables devant les juridictions prud'homales. En effet, un aménagement de la charge de la preuve a été mis en place par l'article L 1154-1 du Code du travail. Auparavant, la charge de la preuve du harcèlement sexuel reposait entièrement sur la plaignante. Grâce aux nouvelles dispositions, l'employé victime doit dorénavant apporter des éléments laissant présumer qu'il existe une situation de harcèlement sexuel²⁶⁵. A charge ensuite pour l'employeur de prouver que « *ses agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision²⁶⁶ est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.* »²⁶⁷ L'Union européenne a d'ailleurs aussi demandé à ses États membres de faire un revirement similaire de la charge de la preuve dans les cas de discrimination sexuelle civile (dont les cas de harcèlement sexuel²⁶⁸).

Pour conclure, la plainte pénale présente un intérêt certain pour la victime, elle donne la possibilité de saisir un juge d'instruction qui pourra user de ses pouvoirs d'investigation pour établir les faits, alors que dans un procès civil, la charge de la preuve pèse sur le demandeur seul. Donc la voie civile, si elle reste ouverte, s'avère en pratique assez illusoire.

²⁶¹ Principe rappelé par : *Cass. Crim.*, 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-85464

²⁶² Arrêt *Schenk c/ Suisse* 12 juillet 1988, n° 10862/ 84 : Il a aussi été rappelé dans cet arrêt que la Cour doit toujours s'assurer que le moyen de preuve litigieux n'a pas été le seul retenu pour motiver la condamnation.

²⁶³ *Khan c/ Royaume Uni*, 12 mai 2000 ; J.D.I. 2001, p. 205 ; *PG et JH c/ R.U.*, 25 sept. 2001, JDI 2002, p. 301 ; *Jasper c/ R.U.*, 16 fév. 2000, id. ; *Fitt c/ R.U.*, 16 fév. 2000.

²⁶⁴ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale

²⁶⁵ *Cass. Soc.* 3 mars 2009 ; *Cour d'appel de Riom* : La jurisprudence reconnaît généralement que « *Le fait pour un employeur de tenter d'obtenir d'une salariée des faveurs de nature sexuelle, notamment en multipliant les appels, en se rendant à son domicile et en faisant intrusion dans sa vie privée dans le but de la contraindre à ses avances, caractérise un harcèlement sexuel* »

²⁶⁶ Sanction disciplinaire, mutation, licenciement ...

²⁶⁷ *Cour d'appel de Paris*, 12 février 2009

²⁶⁸ Directive 2006/54/CE du Parlement Européen et du Conseil du 5 Juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail

B) Le cas de la dénonciation calomnieuse en droit pénal

La condamnation pénale du harcèlement sexuel, accordant une protection élargie aux victimes, est un atout du droit français. Pour autant, la mise en œuvre du droit pénal a aussi ses limites et inconvénients. L'exemple le plus probant est celui de la dénonciation calomnieuse. En effet, malgré les avancées législatives, l'application de la loi reste toujours faible en raison de la qualification de dénonciation calomnieuse²⁶⁹ qui freine les victimes à dénoncer tout harcèlement sexuel. Leur crainte est que la personne accusée de harcèlement sexuel bénéficie d'un non-lieu (souvent faute de preuves²⁷⁰) et se retourne alors contre la personne plaignante pour « dénonciation calomnieuse », car l'article 226-10 du Code Pénal prévoit qu'un non-lieu définitif rend *mécaniquement* (entendre automatiquement) fausses les accusations de la personne ayant dénoncé les faits litigieux. Cette présomption de culpabilité prévalait peu importe que l'auteur présumé du harcèlement sexuel ait été complètement innocenté ou simplement relaxé faute de preuves suffisantes²⁷¹. Dans les deux cas, il pouvait obtenir automatiquement la condamnation de la victime présumée pour dénonciation calomnieuse²⁷². Ce retournement de situation était monnaie courante et a même été de nombreuses fois médiatisé²⁷³. De telle sorte que nombre de victimes renonçaient à porter plainte de peur de ne pouvoir apporter assez de preuves et d'être à leur tour condamnées pour dénonciation calomnieuse. La Cour européenne des droits de l'Homme a d'ailleurs condamné la France²⁷⁴ pour violation du principe de présomption d'innocence et du droit à un procès équitable, protégés par l'article 6 de la Convention, affirmant que ce mécanisme était contraire au droit selon la CEDH²⁷⁵.

Cette situation a été dénoncée depuis par la Cour de cassation et par le Parlement. Une nouvelle loi a été adoptée le 9 juillet 2010²⁷⁶ concernant principalement la protection des femmes

²⁶⁹ Article 226-10 du Code Pénal

²⁷⁰ Voir infra

²⁷¹ voir Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 16 novembre 1993, 93-80.990 ; Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 20 février 1996, 95-80.477

²⁷² Madame Klouvi avait introduit un recours devant la CEDH en octobre 2003 pour violation de l'article 6 de la Convention ; ce n'est que le 30 Juin 2011 que la CEDH condamne la France pour violation du principe de présomption d'innocence et du droit à un procès équitable. Modification du délit de dénonciation calomnieuse.

²⁷³ Dominique Strauss-Kahn parlait d'un procès pour dénonciation calomnieuse contre Tristane Banon ; le 25 mai 2011 le secrétaire d'Etat à la Fonction publique Georges Tron, ayant fait l'objet d'accusations de harcèlement sexuel, y répond par une plainte en dénonciation calomnieuse

²⁷⁴ En 1994 Agnès Klouvi dépose plainte contre son supérieur hiérarchique pour viol et harcèlement sexuel. Un non-lieu est prononcé faute de preuves suffisantes. Son supérieur hiérarchique la poursuit pour « dénonciation calomnieuse ». Et elle est condamnée à lui verser plus de 12 000 euros de dommages et intérêts

²⁷⁵ CEDH, 30 juin 2011, n° 30754/03, *Klouvi c. France* : La décision de la CEDH affirme qu'il y a eu « violation de l'article 6 §§ 1 et 2 de la Convention » et « condamne l'Etat défendeur (...) à verser à la requérante la somme de 8 000 euros en réparation de son dommage moral ».

²⁷⁶ Article 226-10 Code Pénal modifié par Loi n°2010-769 du 9 juillet 2010

victimes de violences. Cette loi a permis la clarification de l'Article 226-10 du Code Pénal et aujourd'hui seule une décision affirmant que le fait dénoncé n'a jamais existé permet la poursuite du dénonciateur (alors qu'auparavant, même une décision mettant fin aux poursuites seulement au bénéfice du doute établissait quand même juridiquement la fausseté de la dénonciation et ouvrait la possibilité de poursuites pour dénonciation calomnieuse). Ainsi, le législateur a voulu que les non-lieux pour insuffisance de charges ne permettent pas de présumer automatiquement la fausseté du fait dénoncé. A présent, les personnes à l'origine de plaintes pénales ne pourront pas être condamnées pour dénonciation calomnieuse sans décision de justice d'acquittement, de relaxe ou de non-lieu établissant que l'infraction dénoncée n'a jamais existée. La jurisprudence prend donc aujourd'hui en compte cette décision de la CEDH dans ses décisions.

PARAGRAPHE 2. LE SYSTEME DE PREUVE AMERICAIN ET LA DEFENSE CONCEDEE A L'EMPLOYEUR

Le système de preuve en droit américain a aussi reconnu l'aménagement de la charge de la preuve (A), mais il trouve pourtant ses limites avec la possibilité de défense accordée à l'employeur (B).

A) La charge de la preuve et la preuve du préjudice subi

Aux Etats-Unis, la question de la preuve dans les cas de harcèlement sexuel revêt deux aspects : d'une part, la charge de la preuve et d'autre part, la preuve du préjudice subi²⁷⁷.

Comme en France, le droit américain a prévu un aménagement de la preuve et le renversement de la charge de la preuve. Par exemple, si un demandeur est en mesure d'établir *prima facie* un cas de harcèlement sexuel *quid pro quo*, la charge de la preuve incombe alors à l'employeur qui doit donner une raison non discriminatoire légitimant son action²⁷⁸. Si l'employeur fournit une raison recevable et légitimant ses actions, l'employé doit alors établir que les motifs invoqués par l'employeur ne sont pas les véritables raisons qui ont motivé sa décision de l'emploi et sont simplement un prétexte pour une discrimination illégale.

Par ailleurs, concernant la preuve du préjudice, généralement lorsque le harcèlement sexuel est puni par des juridictions civiles (responsabilité délictuelle en France ou *tort law* aux Etats-

²⁷⁷ Stop Violence Against Women website (STOPVAW) : <http://www.stopvaw.org/>

²⁷⁸ *Sparks v. Pilot Freight Carriers, Inc.*, 830 F. 2d 1554, 1564 (11th Cir. 1987) ; *Jones v. Flagship Int'l*, 793 F. 2d 714, 721-722 (5th Cir. 1986), cert.

Unis), la victime doit prouver des préjudices psychologique ou moral causés par le harcèlement sexuel afin de recouvrer des dommages-intérêts de son harceleur ou de son employeur. Très vite, ce système a montré ses limites, puisque de nombreuses victimes se dissuadèrent d'engager une action en justice pour harcèlement sexuel. Ainsi, les Cours américaines (et la législation française plus tard) ont dû reconnaître que la preuve de dommage psychologique ou physique n'était plus nécessaire à prouver pour obtenir des dommages-intérêts de l'employeur. Et c'est la décision *Harris v. Forklift Systems* (1993)²⁷⁹ qui a élaboré le précédent aux Etats-Unis selon lequel la preuve d'un préjudice psychologique ou physique n'est pas nécessaire pour obtenir réparation d'un employeur. La Cour Suprême a affirmé unanimement que si sur le lieu de travail des comportements graves et insistants créent un environnement de travail hostile et discriminant, alors le titre VII est violé indépendamment du fait que le demandeur a subi un préjudice psychologique. La Commission de l'EEOC²⁸⁰ a confirmé la décision de la Cour Suprême et assuré sa compatibilité avec la politique de la Commission sur le harcèlement environnemental²⁸¹. Depuis, pour les cas de *hostile environment harassment*, les Cours américaines exigent seulement la preuve que le comportement harcelant soit « *unwelcome* » et qu'il affecte négativement ou porte sensiblement atteinte à un environnement de travail sain. En d'autres termes, l'accent ne doit plus se faire sur la victime et la preuve de son préjudice psychologique ou physique, mais sur le comportement inopportun et raisonnablement inacceptable de l'auteur du harcèlement.

Cette question de la preuve du préjudice subi amène à la question de la responsabilité de l'employeur et ses moyens de défense.

B) La preuve de la victime renversée par la défense de l'employeur

Puisqu'il est une forme de discrimination sexuelle et pour qu'il soit jugé en tant que tel, la victime de harcèlement sexuel doit prouver plusieurs choses : d'une part, qu'elle appartient à un des groupes protégés (en l'occurrence, qu'elle a été harcelé en raison de son appartenance à un sexe – féminin ou masculin) et d'autre part, qu'elle a fait l'objet de « *unwelcome or offensive comments, jokes, acts or other verbal or physical conduct in the workplace* »²⁸²

²⁷⁹ 510 U.S 17

²⁸⁰ U.S. Equal Opportunity Employment Commission, Enforcement Guidance on *Harris v. Forklift Sys., Inc*

²⁸¹ <http://www.eeoc.gov/policy/docs/harris.html>

²⁸² Le comportement incriminé doit être offensant et violent aux yeux d'une "personne raisonnable" dans la même position que la victime plaignante

De plus, ce comportement, en créant un environnement de travail intimidant, hostile et offensant doit avoir considérablement marqué la victime dans sa capacité à faire correctement son travail. Ce comportement doit être assez fréquent ou grave (*severe*) pour créer un environnement de travail hostile ou aboutir à une « *tangible employment action* »²⁸³.

Enfin, l'employeur devait avoir connaissance, ou aurait du avoir connaissance de ce comportement et pourtant a manqué à son obligation « *to take prompt corrective action* ».

Une fois que la responsabilité de l'employeur pour *injury* est établie, la preuve de la perte et des dommages de la victime est évaluée pour déterminer le montant de la compensation pécuniaire recevable.

Cependant, il y a eu un développement considérable du droit sur le harcèlement sexuel concernant la possibilité de « *affirmative defenses* » des employeurs pour échapper à leur responsabilité du fait d'autrui²⁸⁴. L'employeur a la possibilité de se défendre contre un harcèlement environnemental n'impliquant pas de préjudice réel sur l'emploi de la victime, à deux conditions :

« *a) the employer exercised reasonable care to prevent and correct promptly any sexually harassing behavior, and b) the plaintiff employee unreasonably failed to take advantage of any preventive or corrective opportunities provided by the employer or to avoid harm otherwise* ».

« *Employers can do a great deal to limit their exposure to liability for sexual harassment* »²⁸⁵.

Déjà en 1981, le souhait de limiter la responsabilité de l'employeur (surtout pour des motifs pécuniaires) est présent. Et cela n'a fait qu'augmenter au fil des années à mesure que les montants des dommages compensatoires et punitifs alloués par les tribunaux bondissaient également de leurs coté. Les entreprises ont répondu en adoptant divers « *anti-sexual harassment programs* » pour protéger leurs employés et aussi (certains diront surtout) pour se protéger eux-mêmes.

L'écueil qui vient alors à l'esprit est celui de savoir si l'employeur veut protéger les victimes ou simplement son intérêt personnel ? On serait tenté de dire que l'important est de parvenir à ses fins (limiter le harcèlement sexuel) qu'importent les raisons (protection des victimes ou souhait d'éviter des dépenses de l'employeur). Pour autant, le harcèlement sexuel étant une forme de discrimination sexuelle et un frein à l'égalité entre les femmes et les hommes

²⁸³ L'arrêt *Ellerth* 1998 en donne une définition : *A tangible employment action is "a significant change in employment status, such as hiring, firing, failing to promote, reassignment with significantly different responsibilities, or a decision causing a significant change in benefits"*

²⁸⁴ Prévu aux arrêts *Ellerth* et *Faragher*

²⁸⁵ Ralph H. BAXTER, Jr , *Sexual Harassment in the workplace* , Executive enterprises publications CO, INC, 1981, page 2

dans la société et a fortiori dans le monde du travail, il est nécessaire que cette protection contre le harcèlement sexuel se fasse pour de « bonnes raisons » et non purement pour des raisons pécuniaires.

Cependant, de là à dire que les employeurs américains prévoient ces préventions et formations au harcèlement sexuel dans leur seul but et intérêt est un peu trop catégorique. On pourrait craindre que cela soit le cas en France, mais aux Etats-Unis, la notion de « *fair market* »²⁸⁶ : cette croyance que le marché du travail doit être juste est bien ancrée dans la tête des Américains, de sorte que toute sorte de discrimination – dont le harcèlement sexuel fait partie – est inacceptable.

Par ailleurs, l'interprétation de la Cour (notamment dans *Faragher*) montre que son but est d'ouvrir aux victimes des actions en justice, mais aussi de favoriser la fin de toute discrimination au travail, avec une appréciation des comportements proche d'une « tolérance zéro »²⁸⁷. En rendant les employeurs financièrement (et hautement) responsables des comportements discriminatoires de leurs employés (aux responsabilités de supérieur hiérarchique), l'arrêt *Faragher* a aidé à l'avancée de l'élimination du harcèlement sexuel.

SECTION 2. LA REPRESSION DU HARCELEMENT SEXUEL AU TRAVAIL

Il convient enfin de présenter comment s'organise la répression du harcèlement sexuel au travail, aux Etats-Unis et en France. Après la présentation succincte des sanctions du harceleur prévues par chaque système, il faut se concentrer sur la réparation des représailles touchant les témoins ou les victimes de harcèlement sexuel (**Paragraphe 1**). Enfin, le cas particulier des dommages punitifs aux Etats-Unis mérite une analyse approfondie (**Paragraphe 2**). En effet, aux Etats-Unis, si la prévention n'est pas suffisante, le mot d'ordre est la dissuasion. Et celle-ci passe par des sanctions exemplaires.

²⁸⁶ A. SAGUY, « *Les Conceptions juridiques du harcèlement sexuel en France et aux Etats-Unis* » Avant et après l'affaire DSK, *Travail, Genre et sociétés*, 2012 :2 n°28, page 58

²⁸⁷ B.E. GRIFFITH, *Sexual Harassment in the public Workplace*, American Bar Association, 2001, page 10

PARAGRAPHE 1. SANCTIONNER LE HARCELEUR TOUT EN PROTEGEANT LA VICTIME

Dans la répression, deux éléments sont à prendre en compte : la sanction du harceleur (A) et la protection de la victime qui a pu souffrir de représailles dans son emploi, faisant suite à son harcèlement sexuel (B).

A) Sanctionner l'auteur du harcèlement sexuel

Selon Abigail SAGUY, la France et les Etats-Unis se distinguent fondamentalement sur la question des recours. Et la conséquence, en terme de compensation monétaire, est que les condamnations sont plus faibles en France qu'aux Etats-Unis.

Aux Etats-Unis, la victime peut choisir si elle engage une action au niveau de l'Etat ou au niveau fédéral (la réparation étant plus élevée au niveau des Etats).

Et en France, la victime peut choisir dans quel tribunal elle va engager son action (prud'homal ou pénal). Cependant, au pénal, c'est le harceleur qui est poursuivi. Alors qu'au Conseil des Prud'hommes, c'est surtout l'employeur qui est attaqué, mais le harceleur ne l'est pas directement. En outre, la question des juges prudhommaux pose problème en ce sens qu'ils ne sont pas des juges professionnels et qu'ils sont donc souvent moins sensibilisés aux questions de harcèlement sexuel et se laissent plus facilement influencer par des préjugés. Et les peines qu'ils peuvent prononcer ne sont pas élevées. Il faut donc reconnaître qu'en France les coûts élevés d'une procédure de harcèlement sexuel sont décourageants, d'autant plus que les bénéfices financiers en sont faibles.

Le système français a également une autre particularité puisque l'auteur du harcèlement sexuel au travail encourt trois types de sanctions : disciplinaire, civile et pénale. *La sanction disciplinaire* vise tout salarié du secteur privé ou public dès lors qu'il a commis un harcèlement sexuel. *La sanction civile* concerne directement l'auteur du harcèlement sexuel qui peut verser à sa victime des dommages-intérêts. Enfin la *sanction pénale* énoncée à l'article 222-33, alinéa 3 du Code Pénal prévoit que le délit de harcèlement sexuel peut être puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Cinq circonstances aggravantes²⁸⁸ y sont ajoutées, pouvant alors portées les peines à trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende. Ces peines ont été doublées avec la loi de 2012, mais elles paraissent toujours faibles.

²⁸⁸ « 1° Par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ; 2° Sur un mineur de quinze ans ; 3° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur ; 4° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de leur auteur ; 5° Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice. »

C'est en effet toujours l'échelle des peines qui pose problème lorsqu'on compare le harcèlement sexuel avec d'autres délits.²⁸⁹ Dès lors, même encore maintenant avec le doublement des peines apporté par la nouvelle loi, les peines avec circonstances aggravantes ne sont toujours pas suffisamment dissuasives. Il faut aussi remarquer que les peines prévues par le Code du Travail ne sont pas les mêmes qu'en droit pénal, elles sont plus faibles qu'en droit pénal²⁹⁰.

Concernant les dommages-intérêts, la France, à l'inverse des Etats-Unis, n'a pas généralisé l'usage des compensations monétaires versées par l'employeur, mais a préféré – lorsqu'il s'agit du versant pénal – des sanctions comme les peines de prison et/ou des amendes versées par l'agresseur à l'Etat. La victime française – en temps que partie lésée, en se portant partie civile – peut aussi demander des dommages-intérêts civils que l'agresseur devra lui verser en cas de procès pénal. Mais cette possibilité n'est pas ouverte aux Etats-Unis, puisqu'un procès civil distinct est nécessaire.

Dès lors, il est d'acception générale qu'allouer des dommages-intérêts est un moyen efficace et juste de punir la personne coupable de la discrimination et d'indemniser la victime. De ce fait, cela légitimise encore plus le droit américain relatif au harcèlement sexuel. Aux Etats-Unis, les dommages sont normalement²⁹¹ « *awarded as a single lump sum* » et calculé sur la base des pertes passées *et* futures (ce qui n'est pas le cas en France). Ainsi, le montant de la compensation de la victime américaine est calculé en deux temps : d'abord les pertes passées, c'est-à-dire celles encourues du moment où le dommage a eu lieu au jour du jugement ou de l'évaluation, puis les pertes futures, dans le cas où le ou les dommages continuent, avec certitude, après le jour du procès ou de l'évaluation. Cette différence avec la France est importante puisque les compensations pour les pertes futures peuvent être versées jusqu'au restant de la vie du demandeur.

B) Protéger la victime

Aux Etats-Unis comme en France, les personnes dénonçant un harcèlement sexuel ou luttant contre ne peuvent pas être sanctionnées. En effet, dans ces deux pays, les représailles (« *retaliation* ») liées ou à la suite du harcèlement sexuel, mais qui ne sont pas du harcèlement

²⁸⁹ Par exemple, un vol avec circonstances aggravante est puni jusqu'à cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende (*article 311- 4 Code Pénal*)

²⁹⁰ *Article L1155-2, Code du travail*: un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 Euros.

²⁹¹ Initialement, les dommages-intérêts susceptibles d'être versés sous le Titre VII excluaient les dommages '*mental and emotional*' et étaient limités strictement aux pertes financières.

sexuel, sont punies. Et comme le confirme l'OIT²⁹², il est généralement admis que les employeurs peuvent encourager les employés victimes de harcèlement sexuel à le dire en établissant et maintenant des mécanismes efficaces et effectifs de plainte ainsi qu'une politique interdisant les représailles contre les plaignants ou les témoins.

Aux Etats-Unis, « *retaliation and victimization* » est le fait de représailles à l'encontre d'un employé pour avoir rendu compte d'une discrimination au travail, qu'elle soit ressentie ou actuelle.

En France, la jurisprudence reconnaissait, déjà avant la loi de 2012, la nullité du licenciement du salarié victime de harcèlement sexuel²⁹³ ainsi que la nullité du licenciement du salarié dénonçant des agissements de harcèlement sexuel²⁹⁴. Mais la loi de 2012 a apporté une nouvelle protection aux victimes, puisqu'elle sanctionne spécifiquement les discriminations résultant de harcèlement sexuel. D'une part, la loi a ainsi inséré un nouvel article 225-1-1²⁹⁵ dans le Code Pénal prohibant les discriminations résultant d'un harcèlement sexuel et établissant que les mesures faisant suite à un harcèlement sexuel sont discriminatoires. L'article 225-2 du Code Pénal prévoit que la peine encourue est de 3 ans de prison et 45 000 euros d'amende si la discrimination consiste à sanctionner ou licencier une personne. D'autre part, la loi a modifié l'article L. 1155-2 du Code du Travail²⁹⁶ qui prévoit jusqu'à un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende si la discrimination a consisté par exemple en la mutation d'un employé, parce qu'il avait refusé les avances de son employeur, ou au contraire, pour la promotion ou l'augmentation accordées parce que le salarié a subi le harcèlement sexuel.

Les deux compensations offertes le plus souvent à la victime sont le rappel de salaire et/ou la réintégration au poste s'il y a eu licenciement. Concernant le rappel de salaire, en effet, la Cour a remarqué que, lorsqu'elle est amenée à traiter des *civil rights*, alors, établir le coût (« *a price tag* ») de la violation d'un droit protégé par le *Civil Rights Act* 1964 est très efficace²⁹⁷. Mais la question de la réintégration au poste (s'il y a eu licenciement) est, elle, plus ambiguë. En

²⁹² International Labor Organization, *Sexual harassment at work: National and international responses* 42 (2005).

²⁹³ Cass. Soc. 3 mars 2009 : Un harcèlement sexuel à l'origine de l'inaptitude d'une salariée justifie l'annulation de son licenciement.

²⁹⁴ Cour d'Appel de Nancy 26 juin 2009 : La dénonciation de faits établis caractérisant un harcèlement sexuel ne peut justifier un licenciement.

²⁹⁵ « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article 222-33 du code pénal ou témoigné de tels faits, y compris, dans le cas mentionné au I du même article, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés. »

²⁹⁶ « Sont punis d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 3750 euros les faits de discrimination commis à la suite d'un harcèlement moral ou sexuel définis aux articles L.1152.2, et L.1153.2 et L.1153.3 du code du travail. »

²⁹⁷ *AlberMarle Paper Co. v. Moody*, 422 U.S. 405, 418 (1975) : « it is the reasonably certain prospect of a backpay award that provides the catalyst which causes employers and unions to self-examine and to self-evaluate their employment practices... »

effet, selon l'AVFT, dans 95 % des cas, les femmes perdent leur travail. Car le système est à double tranchant, si le licenciement est déclaré nul, les victimes de harcèlement sexuel n'ont bien évidemment pas envie de retourner au même poste, donc elles le refusent et se tournent vers les indemnités.

PARAGRAPHE 2. LE CAS SPECIFIQUE AMERICAIN ET LES DOMMAGES PUNITIFS

Les dommages punitifs n'existent pas en France, et même les dommages compensatoires sont très faibles par rapport aux moyennes américaines – surtout lorsqu'il s'agit de réparer les préjudices moral et psychologique²⁹⁸. Pour autant, les dommages punitifs aux Etats-Unis n'ont pas toujours été la règle pour la réparation du harcèlement sexuel au travail (A). Et bien qu'aujourd'hui, ils aient un rôle dissuasif, ils peuvent parfois dépasser les limites du « raisonnable » (B).

A) Le harcèlement sexuel au travail et les dommages punitifs avant 1991

Si on peut aujourd'hui recouvrir des dommages-intérêts en compensation de dommages « *mental and emotional* »²⁹⁹, cela était initialement exclu de la réparation prévue par le Titre VII. Ce n'est que très récemment que les questions de santé mentale au travail ont pris de l'importance et ont occupé l'attention.³⁰⁰ Cela signifie qu'avant le passage du *CRA 1991*, les demandeurs qui ouvraient une action en justice pour harcèlement sexuel sous le Titre VII ne pouvaient pas poursuivre pour des dommages-intérêts compensatoires ou punitifs. La seule réparation disponible avec le Titre VII était celle de « *equitable relief* » – par exemple des « *back pay* » si le plaignant avait été licencié par représailles ou s'il avait lui même démissionné à cause du harcèlement. Mais pour recevoir des dommages-intérêts compensatoires ou punitifs, les victimes poursuivaient en délictuel (*tort law*) sous « *invasion of the right to privacy, intentional assault and battery, intentional infliction of emotional distress.* »

De même, avant 1991, les victimes n'avaient pas non plus le droit à un procès devant un jury et pouvaient seulement recevoir une réparation équitable (« *equitable relief* »). Ainsi, seules

²⁹⁸ Sur les dommages punitifs : « *Damages in Sexual Harassment Cases* », in Directions in Sexual Harassment Law, Reva SIEGEL and Catharine MACKINNON, New Haven, Connecticut, Yale University Press, 2004

²⁹⁹ Voir Evaluation for workplace discrimination and harassment, J. GOODMAN-DELAHUNTY – W. E. FOOTE, Oxford University Press, 2011, 7-8. Jusqu'aux années 1970, les dommages-intérêts pour dommages psychologiques n'étaient alloués qu'à la condition qu'ils soient accompagnés de dommages physiques

³⁰⁰ *Harris v. Forklift Systemes, Inc 1993* : La Cour Suprême des Etats-Unis a déclaré que « *fact finders could consider evidence of a diagnosable psychological injury to a sexually harassed complainant in determining whether her employer was liable* ».

les pertes financières étaient couvertes et d'autres réparations comme la réintégration à son poste, les rappels de primes et salaires, et éventuellement les frais d'avocats. Par conséquent, les victimes de harcèlement sexuel étaient souvent obligées de compter sur le droit de chaque Etat relatif aux procédures de *fair employment* ou les motifs traditionnels de *common law* comme agression, coups et blessures intentionnels causant une détresse émotionnelle, etc, pour obtenir une réparation pécuniaire intégrale. En effet, des auteurs américains rappellent ³⁰¹ que les cas de discrimination dans l'emploi ne vont que très rarement jusqu'au *process*. Et quand ils y vont, ils vont habituellement devant les Cours des Etats « *where the plaintiff is likely to fare better than in federal court.* » Avant 1991, les actions de *common law* au niveau des Etats étaient souvent plus avantageuses en terme de réparation, et encore maintenant (alors que la loi fédérale CRA 1991 prévoit des dommages intérêts), les lois et réglementations des Etats peuvent offrir « *the only appropriate relief for a particular claimant* ». Par exemple, nombreux *State fair employment practices Acts*³⁰² prévoient les mêmes types de dommages-intérêts mais à la grande différence de la loi fédérale, ils ne plafonnent pas les montants des dommages-intérêts³⁰³.

B) L'allocation de dommages-intérêts punitifs aux Etats-Unis.

L'apport principal du *Civil Rights Act* 1991 aux victimes de harcèlement sexuel a donc été l'addition d'un jury et de dommages-intérêts punitifs et compensatoires comme recours aux violations du Titre VII.

Le *Civil Rights Act 1991* autorise l'attribution de dommages-intérêts compensatoires dans les cas de discrimination intentionnelle (« *intentional discrimination* ») qui viole le Titre VII du CRA 1964. Le but des « *compensatory damages awards* » vient du principe d'équité *restitutio in integrum* ³⁰⁴, selon lequel il faut restituer une somme d'argent acceptable pour compenser intégralement la victime en essayant de retrouver le statut qu'elle avait avant le dommage que lui a causé le défendeur. Il y a ainsi deux sortes de dommages-intérêts compensatoires : les uns pour les pertes économiques et d'argent (*special damages*) et les autres pour les pertes non économique, non pécuniaire (*general damages*).

³⁰¹ Evaluation for workplace discrimination and harassment, J. GOODMAN-DELAHUNTY – W. E. FOOTE, Oxford University Press, 2011, page 9-12

³⁰² Par exemple : *California fair employment and housing Act Government Code*

³⁰³ Alba CONTE, *Sexual harassment in the workplace, law and practice*, volume two, fourth edition, wolters Kluwer, 2013-2 supplement, chapter 12 : *state-by-state survey of sexual harassment law*, 1205 pages

³⁰⁴ J. GOODMAN-DELAHUNTY – W. E. FOOTE, *Evaluation for workplace discrimination and harassment*, Oxford University Press, 2011, page 7

Cumulativement, il est possible aux Etats-Unis d'attribuer des dommages-intérêts punitifs (ce qui n'est pas le cas en France – mais qui s'est développé au Canada). Le *Civil Rights Act 1991* a prévu la condamnation de l'employeur à payer des dommages-intérêts punitifs dès lors qu'il a agi « *with malice or with reckless indifference to the federally protected rights of an aggrieved person* ».

Un important développement a été celui de la reconnaissance judiciaire d'une réparation passant par une action collective pour des victimes de harcèlement sexuel. L'affaire la plus connue traitée par l'EEOCC est celle de *Mitsubishi Motors* en 1996 : la procédure habituelle de l'entreprise était d'ignorer les plaintes de ses employées féminines qui étaient individuellement, ou en tant que groupe, soumis à un environnement hostile et violent, à caractère sexuel, se manifestant par des avances sexuelles importunes, des demandes de faveurs sexuelles et tout autre comportement verbal et physique offensant.

L'objectif de la réparation pécuniaire engagée par le titre VII est donc d'inciter les employeurs – ou toute autre personne sur qui pèse la responsabilité – à prendre des mesures préventives pour empêcher tout comportement discriminatoire de ses préposés avant qu'ils ne se produisent³⁰⁵.

En conclusion, comme l'explique Abigail SAGUY³⁰⁶, les personnes qui critiquent le système américain de compensations monétaires, estimant qu'il pousse trop facilement au procès (et à l'enrichissement des avocats) devraient observer de l'exemple français que lorsqu'il n'y a aucune incitation pour les avocats de représenter les victimes de harcèlement sexuel, ils sont alors moins susceptibles de le faire. Pour autant, la solution américaine est-elle la plus appropriée ? La justice américaine ne tombe t'elle pas dans ses – habituels – excès. Car en allouant des dommages atteignant de telles sommes, ne perdons nous pas le véritable fondement de la sanction du harcèlement sexuel ? Entre la France et les Etats-Unis, il y a peut-être pourtant une voie médiane, celle de l'équilibre, incarnée par le cas québécois³⁰⁷. En effet, au Québec, l'implant du mécanisme des dommages punitifs dans le système civiliste a fonctionné. Les tribunaux québécois ont mis vingt ans avant de correctement utiliser les dommages punitifs, mais aujourd'hui la « greffe » a pris, et en restant dans la modération, ils ne sont pas tombés dans les excès américains³⁰⁸.

³⁰⁵ *Landgraf v. USI Film Products*, 511 U.S. 244, 283 n.35 (1994)

³⁰⁶ C. MacKINNON, R. SIEGEL, *Directions in Sexual Harassment Law*, Yale University Press, 2004, page 615

³⁰⁷ Maître Patrice DESLAURIERS, "Perspectives Nord-Américaines sur les dommages punitifs", *Atelier de Droit Comparé*, IDC, 11 Avril 2013

³⁰⁸ M. DRAPAU, *Le harcèlement sexuel au travail*, Les Editions Yvon Blais INC, 1991, pp 201-209

CONCLUSION

« *How do we end the inequality of the sexes ?* »³⁰⁹, la réponse semble évidente pour Catharine MacKinnon. Selon elle, tant pour les Etats-Unis que pour la France, créer une égalité entre les femmes et les hommes au travail va de paire avec l'élimination du *gender harassment* et du *sexual harassment*. La lutte contre les violences faites aux femmes au travail est donc devenue un vecteur constitutif de l'égalité « femmes-hommes »³¹⁰. Fondamentalement, toute politique de lutte contre les inégalités entre les sexes doit partir du constat que discrimination et harcèlement sexuel sont répandus au travail³¹¹. C'est pourquoi des mesures et des législations visant à punir ces pratiques doivent être adoptées. Et il est nécessaire d'engager une approche généralisée. En effet, le terme harcèlement sexuel a été inventé par des féministes américaines en 1975. Mais aujourd'hui, ce sont tous les Etats qui doivent reconnaître l'acceptation selon laquelle « *women (are) not always flattered by sexual attention but could instead be extremely aggravated by it* »³¹². Pourtant, en France, le harcèlement sexuel est encore trop souvent nié au profit de l'argument de la séduction française. Preuve en est encore récemment avec les propos de l'avocate de Georges DUCRAY, Maître Claire WAQUET qui fit ouvertement devant le Conseil Constitutionnel l'amalgame entre séduction, relations de travail et harcèlement sexuel³¹³. L'abrogation du délit de harcèlement sexuel en France³¹⁴ a pourtant permis la promulgation de la loi du 6 Août 2012, plus précise (elle prévoit deux types de harcèlement sexuel) et plus protectrice (avec la responsabilité pénale de l'employeur). Les espoirs d'amélioration des législations contre le harcèlement sexuel au travail sont donc permis. Pourtant, si la lutte contre le harcèlement sexuel au travail a récemment connu des avancées législatives importantes en France. Pourtant, même si la nouvelle loi a prévu la responsabilité de l'employeur, elle reste encore limitée et encore peu dissuasive (pour les harceleurs) et incitative (pour les employeurs pour élaborer une prévention). Il reste donc encore beaucoup à faire pour que les mentalités changent, que la prévention soit prioritaire et que les langues se délient en cas de violences. La nouvelle définition française va t'elle aider à bouleverser le système ? Pas vraiment, puisque ses

³⁰⁹ C. MacKINNON, R. SIEGEL, *Directions in Sexual Harassment Law*, Yale University Press, 2004, page 222

³¹⁰ DAUPHIN S. & SENAC R., « Femmes-Hommes : Penser l'égalité », *La Documentation Française*, Paris, 2012, page 61

³¹¹ Rapport et Documents n°55 - LES FEMMES ET LE TRAVAIL, Séminaire à l'intention des membres des instances parlementaires traitant de l'égalité des sexes et des commissions traitant des questions de l'emploi, 6-8 décembre 2007 Siège de l'OIT, Genève

³¹² Abigail C. SAGUY, *What is sexual harassment ? From Capitol Hill to the Sorbonne*, Berkeley, University of California Press, 2003, page 3

³¹³ Voir vidéos de l'audience publique de l'affaire n°2012-240 QPC sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/videos/2012/avril/affaire-n-2012-240-qpc.105474.html>

³¹⁴ Aline Rigaud (Gérard DUCRAY) a déposé une requête auprès de la CEDH en Décembre 2012 Elle attend une condamnation de la France pour l'abrogation immédiate du délit de harcèlement sexuel pour « mise en danger de ses citoyens » .

nouveautés reste limitées. Mais elle marque sûrement une première étape vers un système plus dissuasif et plus protecteur. Information, sensibilisation, prévention et formation devraient dorénavant devenir les maîtres mots.

Le harcèlement sexuel au travail est un sujet longtemps resté dans l'ombre et sous-estimé, il doit donc aujourd'hui gagner en visibilité pour qu'une prévention et une protection effectives soient installées comme se fut le cas aux Etats-Unis. Cependant, il faut bien reconnaître que chaque système a ses points forts et ses inconvénients. Et les Etats-Unis n'ont pas un système sans faille. Limiter le harcèlement sexuel à une discrimination fondée sur le sexe est insuffisant : cela a posé (exemple du *same sex harassment*) et posera problème. Et bien qu'il semble très protecteur à première vue, le système américain, notamment parce qu'il est fédéral, peut aboutir à des solutions révoltantes et très inégales d'un Etat à l'autre. En 2009, Melissa Nelson, alors assistante dentaire depuis 9 ans, est licenciée par son patron qui se sent attiré par elle et estime qu'elle menace son mariage³¹⁵. Pourtant, le 21 Décembre 2012, la Cour Suprême de l'Etat d'Iowa³¹⁶ rejette la plainte pour discrimination confirmant ainsi la décision de licenciement de son patron.

Après avoir rappelé dans une première partie les définitions du harcèlement sexuel adoptées par les Etats-Unis et par la France, puis dans une seconde partie les raisons des différences entre les deux pays, des raisons juridiques aux sanctions prévues : on peut donc enfin conclure que pour une répression effective au niveau global, il faudrait nécessairement que chacun s'entende sur les définitions et développe des actions communes. Et ce, au-delà des spécificités sociales et culturelles de chaque pays. Car la liberté des femmes est une valeur universelle.

³¹⁵ « *she was a big threat to our marriage* »

³¹⁶ Voir décision No. 11-1857, *Melissa NELSON v. James KNIGHT DDS*, en ligne : <http://caselaw.findlaw.com/ia-supreme-court/1619199.html>

TABLE DES MATIÈRES

Introduction 5

PARTIE 1. VISION COMPARATIVE DES DEFINITIONS DU HARCELEMENT SEXUEL AU TRAVAIL 14

Chapitre 1. L'évolution et le contenu de la définition de harcèlement sexuel au travail 15

Section 1. Le droit positif du harcèlement sexuel au travail 16

PARAGRAPHE 1. L'INSTAURATION DE DEUX TYPES DE HARCELEMENT SEXUEL AU TRAVAIL 16

A) *Quid pro quo harassment* ou harcèlement de contrepartie 16

B) *Hostile environment harassment* ou harcèlement sexuel environnemental 18

PARAGRAPHE 2. DEUX VISIONS DISTINCTES DE L'AUTEUR ET DE LA VICTIME DU HARCELEMENT SEXUEL AU TRAVAIL 21

A) L'auteur du harcèlement sexuel 21

B) La victime 23

Section 2. Approche comparée de la construction des définitions 26

PARAGRAPHE 1. LA PROTECTION AMERICAINE, PIONNIERE POUR LE HARCELEMENT SEXUEL AU TRAVAIL 27

A) Le rôle du *Civil Rights Act* puis de l'EEOC dans le développement de la protection 27

B) Le rôle déterminant de la jurisprudence de la Cour Suprême 29

PARAGRAPHE 2. UNE CREATION LEGISLATIVE FRANÇAISE LABORIEUSE 31

A) Une définition tardive, restrictive et incertaine 31

B) L'année 2012, une année charnière 33

Chapitre 2. Vers une uniformisation de la définition du harcèlement sexuel au travail ? 36

Section 1. Au-delà des législations nationale et fédérale 36

PARAGRAPHE 1. LE CHOIX DE LA LEGISLATION LA PLUS PROTECTRICE AU DETRIMENT DE LA LEGISLATION FEDERALE 37

A) Le harcèlement sexuel au travail dans les différentes Cours Fédérales 37

B) La création de législations antidiscriminatoires par les États 38

PARAGRAPHE 2. L'UNION EUROPEENNE ET LE HARCELEMENT SEXUEL AU TRAVAIL 40

A) Les directives européennes à l'assaut du harcèlement sexuel au travail 40

B) La transposition française 42

Section 2. L'Organisation des Nations Unies et le harcèlement sexuel au travail 43

PARAGRAPHE 1. L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL ET LA PROTECTION DES FEMMES SUR LEUR LIEU DE TRAVAIL 44

PARAGRAPHE 2. LE ROLE DE L'ONU DANS L'ELIMINATION DE TOUTE DISCRIMINATION A L'ENCONTRE DES FEMMES 45

Chapitre 1. De la différence des fondements à la responsabilité de l'employeur	49
<i>Section 1. L'explication juridique et le choix des fondements</i>	50
PARAGRAPHE 1. LES RAISONS JURIDIQUES ET TECHNIQUES PROPRES A CHAQUE SYSTEME	50
A) Entre Common Law et Civil Law	50
B) Entre droit du travail et droit pénal	51
PARAGRAPHE 2. LES LIMITES LIEES AU CHOIX DES FONDEMENTS	53
A) Discrimination, violence sexuelle ou atteinte à la liberté ?	53
B) Le conflit potentiel entre le harcèlement sexuel au travail et la liberté d'expression	55
<i>Section 2. La responsabilité de l'employeur comme garantie de la protection</i>	56
PARAGRAPHE 1. LES ETATS-UNIS ET LA RESPONSABILITE RENFORCEE DE L'EMPLOYEUR	57
A) La prévention du harcèlement sexuel	57
B) L'évolution de la responsabilité de l'employeur depuis les arrêts <i>Ellerth et Faragher</i>	58
PARAGRAPHE 2. LA FRANCE ET LES SPECIFICITES DE LA RESPONSABILITE DE L'EMPLOYEUR	61
A) Les multiples acteurs de la prévention	61
B) La responsabilité pénale de l'employeur français : l'apport de la loi de 2012	62
Chapitre 2. La preuve et la répression au paroxysme des différenciations	63
<i>Section 1. La question de la preuve</i>	64
PARAGRAPHE 1. LES SPECIFICITES DU SYSTEME DE PREUVE FRANÇAIS	64
A) Différentes preuves correspondant aux différentes actions	65
B) Le cas de la dénonciation calomnieuse en droit pénal	67
PARAGRAPHE 2. LE SYSTEME DE PREUVE AMERICAIN ET LA DEFENSE CONCEDEE A L'EMPLOYEUR	68
A) La charge de la preuve et la preuve du préjudice subi	68
B) La preuve de la victime renversée par la défense de l'employeur	69
<i>Section 2. La répression du harcèlement sexuel au travail</i>	71
PARAGRAPHE 1. SANCTIONNER LE HARCELEUR TOUT EN PROTEGEANT LA VICTIME	72
A) Sanctionner l'auteur du harcèlement sexuel	72
B) Protéger la victime	73
PARAGRAPHE 2. LE CAS SPECIFIQUE AMERICAIN ET LES DOMMAGES PUNITIFS	75
A) Le harcèlement sexuel au travail et les dommages punitifs avant 1991	75
B) L'allocation de dommages-intérêts punitifs aux Etats-Unis	76
Conclusion	78

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES ET JURISPRUDENTIELLES

OUVRAGES

1) Ouvrages en langue française

Association Henri CAPITANT, Hommage à René DAVID, Thèmes et commentaires, DALLOZ, 2012

DAUPHIN S. & SENAC R, « Femmes - Hommes : Penser l'égalité », *La Documentation Française*, Paris, 2012, 198 pages

M. DRAPAU, Le harcèlement sexuel au travail, Les Editions Yvon Blais INC, 1991, 210 pages

JASPARD M., Les violences contre les femmes, Editions La Découverte, Collection Repères, Paris, 2011, 116 pages

V. MANIGOT, Le traitement juridique de la Discrimination dans l'entreprise – Réflexions sur un risque, Lexis Nexis, 2012, 385 pages

B. MATHIEU & D. ROUSSEAU, Les grandes décisions de la question prioritaire de constitutionnalité, L.G.D.J LEXTENSO EDITIONS, 2013, 365 pages

2) Ouvrages en langue anglaise

Francis ACHAMPONG, Workplace sexual Harassment Law, Quorum Books, 1999, 239 pages

Carrie N. BAKER, The Women's Movement Against Sexual Harassment, Cambridge University Press, 2008, 266 pages

Ralph H. BAXTER, Jr, Sexual Harassment in the workplace, Executive enterprises publications CO, INC, 1981, 25 pages

Theresa M. BEINER, Gender Myths v. Working Realities – *Using Social Science to reformulate Sexual Harassment Law*, New York University Press, 2005, 252 pages

Julie BEREBITSKY, Sex and the Office: A History of Gender, Power, and Desire, Yale University Press, 2012, 376 pages

C. CHINKIN, « *Sexual Harassment, An International Human Rights Perspective* » in C. MacKINNON, R. SIEGEL, Directions in Sexual Harassment Law, Yale University Press, 2004, pp 655-671

A. B. COCHRAN, *Sexual Harassment and the Law – The Mechelle Vinson Case*, University Press of Kansas, 2004. 214 pages

M. CROUCH, *Thinking about Sexual Harassment – A guide for the Perplexed*, Oxford University Press, 2001, 308 pages

Clare CUSHMAN, *Supreme court decisions and women’s rights – Milestones to Equality – Second Edition*, CQ Press, 2010, 267 pages

Charles V. DALE, *Sexual Harassment and violence against women: developments in federal law*, NOVINKA BOOKS, 2004, 60 pages

René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 11e éd., 2002

Sandra E. GLEASON, *The shadow workforce – Perspectives on contingent Work in the United States, Japan, and Europe*, W.E. Upjohn Institute for employment research, 2006, 328 pages

J. GOODMAN-DELAHUNTY – W. E. FOOTE, *Evaluation for workplace discrimination and harassment*, Oxford University Press, 2011, 194 pages

B.E. GRIFFITH, *Sexual Harassment in the public Workplace*, American Bar Association, 2001, 287 pages

Mane HAJDIN, *The Law of Sexual Harassment, A critique*, Susquehanna University Press, 2002, 261 pages

J. LINDGREN, N. TAUB, B.WOLFSON, C. PALUMBO, *The law of sex discrimination*, Thomson Wadsworth, 3rd Edition, 2005, 438 pages

B. LINDEMANN & D. KADUE, *Workplace Harassment Law*, BNA Books, 2012, 900 pages

Deirdre MCCANN, *Sexual harassment at work: National and international responses ; Conditions of Work and Employment Series No. 2*, ILO, 2005

C. MacKINNON, *Women’s lives, Men’s law*, The belknap Press of Harvard University Press, 2005, 558 pages

C. MacKINNON & R. SIEGEL, *Directions in Sexual Harassment Law*, Yale University Press, 2004, 714 pages

Abigail C. SAGUY, *What is sexual harassment? From Capitol Hill to the Sorbonne*, Berkeley, University of California Press, 2003, 175 pages

Max WEBER, *The Agrarian Sociology of Ancient Civilizations*, trad. R. I. FRANK, Londres, New Left Books, 1976

Paul I WEIZER, *The Supreme Court and Sexual Harassment – Preventing harassment while preserving free speech*, Lexington Books, 2000, 149 pages

Paul I WEIZER, “*Canada as Point of Comparison*” in *The Supreme Court and Sexual Harassment – Preventing harassment while preserving free speech*, Lexington Books, 2000, pp 104-111

Kathrin S. ZIPPEL, *The politics of Sexual Harassment – A comparative study of the United States, the European Union and Germany*, Cambridge University Press, 2006 – 247 pages

ARTICLES DE DOCTRINE

1) Articles de doctrine français

Jane AEBERHARD-HODGES, *Le harcèlement sexuel sur les lieux de travail : jurisprudence récente*, *Revue Internationale du Travail*, vol. 135 (1996) n°5, page 559

E. BELOT, « *Traitement juridique du harcèlement sexuel au travail aux Etats-Unis* » in *Sexualités américaines : regards théoriques, réponses institutionnelles* » (Communications au Congrès de l’Association Française des Etudes Américaines, 26-28 mai 1995). *GRAAT* (Publications des groupes de recherches anglo-américaines de l’Université de Tours), n° 17 : p 103-115

CHIBANE et MARQUET, « *Harcèlement moral et sexuel : La possibilité d’une unification ?* », Article dans *Le Petit Juriste*, Octobre 2012, pp-10-11

Pascale DEUMIER, « *Le Conseil constitutionnel, juridiction impartiale et indépendante ?* » in *RTD Civ.* 2012 p. 481

SAGUY Abigail C., « *Les Conceptions juridiques du harcèlement sexuel en France et aux Etats-Unis* » Avant et après l’affaire DSK, *Travail, Genre et sociétés*, 2012 :2 n°28, p 89-106.

2) Articles de doctrine américains

Carrie N. BAKER, *Sexual Extortion: Criminilazing Quid Pro Quo Sexual Harassment*, *Law and Inequality Journal* I3 (1994)

J.M. BALKIN, *Free Speech and hostile environments*, *Columbia L. Rev.* (1999)

D. HAMES, “*Examining the relationship between Title VII’s sexual harassment prohibitions and the First Amendment’s free speech provisions: is there a conflict?*”, *Labor Law Journal*, v. 46, Mar. 1995, pp 175-181

Mark McLAUGHLIN HAGER, « *Harassment as a Tort : Why Title VII Hostile Environment Liability should be curtailed* », *Connecticut Law Review* 30, No. 2 (1998)

Tanya MARTINEZ SHIVELY, *Sexual Harassment in the European Union: King Rex Meets Potiphar's Wife*, 55 *La. L. Rev.* (1995)

Paul REUTERS, *U.S., Puritanism, Hypocrisy Blamed for Thomas Affair*, (16 Octobre 1991)

ALAN RIDING, *The Thomas Nomination ; Foreign Press Shrugs at Latest U.S. Morality Play*, (14 Octobre 1991)

Eugene VOLOKH, *Freedom of Speech and Workplace Harassment*, 39 *UCLA L. Rev.* 1791 (1992)

THESES

1) Thèses françaises

Yasmina BENIHOUD, « *Regard critique sur le droit français du harcèlement sexuel au travail à la lumière du droit américain et du droit canadien* », IDC, Université McGill, Montréal, 2000

David J. HAURE, « *Le harcèlement sexuel dans les relations de travail en droit français et en droit nord-américain : Etude critique et comparative* », DEA de droit social, Université Panthéon-Assas, Paris, 2000

2) Thèses américaines

Elisabeth McCHRYSTAL, “*The Sexual harassment legal standards*”, Harvard University, 2004

Minako MUKAI, “*The Standard for judging the objectivity of hostile work environment in sexual harassment cases*”, Harvard University, 2001

David TORRES, “*Judicial interpretation of sexual harassment regulation*”, Harvard University, 1992

TEXTES LEGISLATIFS

1) France

Article 1384, alinéa 5, Code Civil

Article 225-1-1, Code Pénal

Article 222-33, Code Pénal

Article 226-10, Code Pénal

Article 85, Code de Procédure Pénale

Article 427 Code de Procédure Pénale

Articles L.1152-4, Code du Travail

Article 1153-1, Code du travail

Article L. 1153-5, Code du travail

Article L1155-2, Code du travail

Article L. 2313-2, Code du Travail

Article L. 4612-3, Code du Travail

Article L. 4624-1, Code du Travail

Article R. 1321-1, Code du Travail

Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes

Loi n° 92-1179 du 2 Novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail et modifiant le code du travail et le code de procédure pénale

Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs

Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale

Loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques

Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (Loi Perben II)

Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations

Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 Juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République

Loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants

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

Circulaire 7 Août 2012, n° CRIM 2012 -15 - Présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi n° 2012- 954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel

Travaux Préparatoires du Sénat

Étude de législation comparée n° 225 - juin 2012 - Les définitions du harcèlement sexuel – Travaux Parlementaires SENAT

Groupe de travail sur le harcèlement sexuel, Note sur les définitions du harcèlement sexuel, SENAT, Juin 2012

Annie DAVID, Brigitte GONTHIER-MAURIN et M. Jean-Pierre SUEUR, Rapport d’information n°596, SENAT, Session ordinaire 2011-2012

Brigitte GONTHIER-MAURIN, Rapport d’information n°610, Sénat, Session ordinaire 2011-2012

Brigitte GONTHIER-MAURIN, Rapport d’information n°279, Sénat, Session ordinaire 2012-2013

2) Etats-Unis

*Lignes directrices EEOC (1980), Part 1604 - Guidelines on discrimination because of sex
U.S. Equal Opportunity Employment Commission, Enforcement Guidance on Harris v. Forklift Sys., Inc*

Civil Rights Act 1964, Section 703 du Titre VII

Civil Rights Act 1991

Loi du Minnesota § 609.784, 1

Hawai Administrative Rules

Code Fédéral Californien “Fair Employment Practices & Housing Act” (California Fair employment and Housing Act Government Code)

Louisiana Fair Employment Practices Law, La. Rev. Stat. Ann.

TEXTES de l'UNION EUROPEENNE

Traité de Rome (1957)

Traité d'Amsterdam (1997)

Recommandation 1450 (2000), Assemblée Parlementaire et Conseil de l'Europe, Violences à l'encontre des femmes en Europe

Recommandation Rec(2002)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection des femmes contre la violence

Directive n° 2000-78-CE du 27 Novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail

Directive n°2002/73 du 23 septembre 2002 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail

Directive n°2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail

Vittorio Di MARTINO, Helge HOEL et Cary L. COOPER, Rapport sur la Prévention du harcèlement et de la violence sur le lieu de travail, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2003

TEXTES INTERNATIONAUX

1) ILO

The International Labour Conference Resolution on equal opportunity and equal treatment for men and women in employment (1985)

The International Labour Conference Resolution concerning ILO action for women workers (1991)

Equality in employment and occupation: Special survey on equality in employment and occupation in respect of Convention No. 111, ILO, (Geneva, 1996)

International Crime (Victim) Survey, 1996

Decent work for women: An ILO proposal to accelerate the implementation of the Beijing Platform for Action (Geneva, 2000)

Women 2000: Gender equality, development and peace for the twenty-first century (New York, 5-9 June 2000)

International Labor Organization, *Sexual harassment at work: National and international responses* 42 (2005)

Circulaire N° 543(REV.1), Politique et procédures en matière de harcèlement sexuel, BIT (2004)

2) UNWOMEN

Rapport et Documents n°55 - LES FEMMES ET LE TRAVAIL, Séminaire à l'intention des membres des instances parlementaires traitant de l'égalité des sexes et des commissions traitant des questions de l'emploi, Siège de l'OIT, Genève (2007)

Manuel de législation sur la violence à l'égard des femmes, ONU FEMMES, NYC, 2012

SITES INTERNET

1) Sites français

<http://www.avft.org/>

http://www.unwomen.org/~media/Headquarters/Attachments/Sections/Library/Publications/2012/12/UNW_Legislation-Handbook_FR%20pdf.pdf

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/videos/2012/avril/affaire-n-2012-240-qpc.105474.html>

2) Sites américains

http://www.eeoc.gov/eeoc/statistics/enforcement/sexual_harassment.cfm

<http://www.endvawnow.org/fr/articles/497-definition.html?next=498>

<http://www.stopvaw.org/>

<http://caselaw.findlaw.com/ia-supreme-court/1619199.html>

REFERENCES JURISPRUDENTIELLES

1) Jurisprudences françaises

Cour d'appel de Paris, 12 février 2009

Cour d'appel de Nancy 26 juin 2009

Cour d'appel de Versailles, 22 octobre 2009

Cour d'appel de Nancy, 28 octobre 2009

Cour d'appel d'Orléans, 17 février 2011

Cour d'appel de Lyon, 4^e Lyon ch., 15 mars 2011 (Gérard Ducray c/ ministère public)

Cour d'appel de Toulouse, 1^{er} février 2013

Cass. soc., 24 septembre 2008

Cass. soc. 3 mars 2009

Cass. soc., 19 oct 2011

Cass. Crim. 16 Novembre 1993

Cass. Crim 20 Février 1996

Cass. Crim. 30 septembre 2009

Cass. Crim., 31 janvier 2012

Cass. Crim. 7 mars 2012

Conseil Constitutionnel

Décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012

Décision n°2010-85 QPC du 13 janvier 2011

2) Jurisprudences de la Cour Européenne des Droits de l'Homme

Schenk c/ Suisse 12 juillet 1988

Fitt c/ Royaume Uni 16 février 2000

Jasper c/ Royaume Uni, 16 février 2000

Khan c/ Royaume Uni, 12 mai 2000

PG et JH c/ Royaume Uni, 25 septembre 2001

Klouvi c/ France, 30 juin 2011

3) Jurisprudences américaines

AlberMarle Paper Co. v. Moody, 422 U.S. 405, 418 (1975)

Barnes v. Costle, 561 F. 2d 983 (D.C. Cir. 1977)

Bundy v. Jackson, 641 F.2nd 942 (DCC, 1981)

Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984)

Corne v. Bausch & Lomb, Inc, 390 F

Crawford v. Metropolitan Government of Nashville and Davidson County, Tennessee, 555 US (2009)

DeAngelis v. EL Paso Municipal Police officers Association, 51 F. 3d 591, 594 (5th Cir. 1995)

Burlington Industries, Inc. v. Ellerth, 524 U.S 742 (1998)

Ellison v. Brady, 924 F.2d 872

Ex parte Atmore Community Hosp., 719 So 2d 1190 (Ala. 1998)

Faragher v. City of Roca Baton, 524 U.S. 775 (1998)

Garber v. Saxon Industries, 435 F. 3d 555 (2006)

Harris v. Forklift Systems Inc, 62 USLW 4004 (1993)

Horn v. Duke Homes, 755 F. 2d 599 (1985)

Island v. Buena Vista Resort, 352 Ark. 548, 103 S.W, 3d 671 (2003)

Jones v. Flagship Int'l, 793 F. 2d 714, 721-722 (5th Cir. 1986)

Landgraf v. USI Film Products, 511 U.S. 244, 283 n.35 (1994)

Machen v. Childersburg Bancorp., Inc., 761 So. 2d 981, 983 (Ala. 1999)

Meritor v. Vinson, 477 US 57 (1986)

Miller v. Bank of Amerika, 418 F (1979)

Oncala v. Sundowner Offshore Services, 523 U.S 75 (1998)

Phillips v. Smalley Maintenance Services, Inc., 711 F.2d 1524 (11th Circuit, 1983)

Rabidue v. Osceola Refining Co., 805 F. 2D 624 (1986)

R.A.V v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992)

Sparks v. Pilot Freight Carriers, Inc., 830 F. 2d 1554, 1564 (11th Cir. 1987)

Tomkins v. Public service Electric & Gas. CO, 422 F (1977)

Williams v. Saxbe, 413 F (1976)