

Loi Rebsamen : les agissements sexistes entrent dans le Code du travail

Par Olivier Bach et Dorothee Rey, avocats, Eole Avocats

Issue de la loi Rebsamen du 17 août 2015, l'interdiction des agissements sexistes en entreprise complète un arsenal législatif déjà bien pourvu en matière de répression des comportements liés au sexe (harcèlement, discrimination...).

Pour Olivier Bach et Dorothee Rey, avocats au sein du cabinet Eole Avocats, cette nouvelle disposition vise surtout à combattre le sexisme ordinaire dans le monde du travail.

Une « pépite inattendue » dans le Code du travail au secours des victimes du sexisme ordinaire

1 A l'issue d'une enquête menée en 2013 auprès de 15 000 cadres dans 9 grandes entreprises françaises, la réalité du « sexisme ordinaire » est mise en évidence de façon chiffrée : 80 % des femmes interrogées considèrent qu'elles sont régulièrement confrontées à des attitudes ou des décisions sexistes dans le monde du travail. 42 % des femmes affirment avoir entendu des compliments sur leur tenue ou leur physique qui les mettent mal à l'aise. Enfin, 90 % d'entre elles considèrent qu'il est plus facile de faire carrière pour un homme. C'est dans ce contexte inquiétant que le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (CSEP) a mis en place un groupe de travail qui est à l'origine du rapport remis en mars 2015 à Marisol Touraine, ministre des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes, et à Pascale Boistard, secrétaire d'Etat chargée des droits des femmes : « Le sexisme dans le monde du travail, entre déni et réalité ». Il conclut en énonçant 35 recommandations, parmi lesquelles la codification, dans le Code du travail, de la disposition contenue au 1^o de l'article 1^{er} de la loi 2008-496 du 27 mai 2008 relative aux agissements sexistes.

Et c'est finalement noyée dans les 62 articles de la loi 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, dite « loi Rebsamen », qu'apparaît « une pépite inattendue », selon les termes de Brigitte Grésy, coauteure du rapport précité. Cette pépite, c'est l'interdiction des agissements sexistes, introduite dans le Code du travail à l'article L 1142-2-1 : « Nul ne doit subir d'agissement sexiste, défini comme tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. »

Une règle de plus dans l'arsenal législatif

2 Les spécialistes de la question de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes convergent vers la même idée : l'arsenal législatif existe déjà. Est-ce qu'une règle de plus, au demeurant pourvue d'une définition encore incertaine, était nécessaire ? Les dispositions existantes ne permettent-elles pas aujourd'hui de punir les comportements sexistes ? La réponse doit être nuancée, car, dans les faits, ces règles ne semblent pas avoir fait preuve de leur inefficacité pour combattre les comportements sexistes au travail.



Olivier Bach est avocat associé au sein du Cabinet Eole Avocats (anciennement Yramis Avocats) depuis 2005 et développe une spécialité en droit social (conseil et contentieux). Il a été précédemment collaborateur au sein du Cabinet Fromont Briens. Titulaire d'un DESS de Droit et relations sociales dans l'entreprise, il collabore régulièrement en qualité d'expert-formateur pour Francis Lefebvre Formation.



Dorothee Rey est associée au sein du cabinet Eole Avocats (anciennement Yramis Avocats) depuis juin 2015, après y avoir été collaboratrice pendant 7 ans. Elle a été précédemment collaboratrice au sein du cabinet parisien Kahn & Associés. Elle intervient dans tous les domaines du droit du travail et de la protection sociale, tant en conseil qu'en contentieux.

En droit pénal : beaucoup de textes, peu de jurisprudence

3 Les dispositions pénales visant à punir les comportements liés au sexe sont nombreuses : provocation à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe en raison de leur sexe, diffamation et injure à raison du sexe ou de l'orientation sexuelle ou d'un handicap, diffamation et injure non publiques (art. 24, 32 et 33 de la loi de 1881 sur la liberté de la presse), discrimination fondée sur le sexe (C. pén. art. 225-1, 225-1-1 et 225-2), harcèlement moral et sexuel (C. pén. art. 222-33-2 et 222-33) ou bien encore agression sexuelle (C. pén. art. 222-22). Cependant, la difficulté de mise en œuvre de ces dispositifs (la victime doit démontrer l'ensemble des éléments caractérisant l'infraction, à commencer par son caractère intentionnel) et leur visibilité limitée rendent plutôt rare le contentieux et par conséquent rare aussi la jurisprudence susceptible d'éclairer ces différentes notions. Toutefois, un arrêt très récent de la chambre criminelle de la Cour de cassation vient de reconnaître l'existence d'un harcèlement sexuel sur le fondement de sa nouvelle définition issue de la loi du 6 août 2012 (Cass. crim. 18-11-2015 n° 44-85.591).

Harcèlement sexuel et moral : des outils encore inégalement utilisés et efficaces

4 La distinction entre agissements sexistes et harcèlement sexuel pourrait s'avérer plus pointue : dans sa nouvelle définition

issue de la loi 2012-954 du 6 août 2012, le harcèlement sexuel est défini comme étant « constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à la dignité de la victime en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ». La circulaire 2012-15 du 7 août 2012 précise notamment que cette situation « recouvre les propos ou comportements ouvertement sexistes, grivois, obscènes, tels que des paroles ou écrits répétés constituant des provocations, injures ou diffamations, même non publiques, commises en raison du sexe ou de l'orientation ou de l'identité sexuelle de la victime ».

Cette définition récente du harcèlement sexuel reste cependant méconnue et encore peu utilisée en dehors des situations d'ordre ouvertement sexuel ; et pour cause, la nécessaire présence d'une « connotation sexuelle » limite de fait les actions visant à punir ces comportements, quand bien même on y retrouverait des agissements ouvertement sexistes. La jurisprudence à venir sera cependant à observer de près.

5 Le harcèlement moral est plus facilement utilisé par les salariées qui sont victimes de ce qui relève du comportement sexiste. En effet, sa définition énoncée à l'article L 1152-1 du Code du travail porte essentiellement sur les effets qu'il produit sur la victime, mais ni sur les agissements en eux-mêmes, qui doivent seulement être répétés, ni sur la raison de ces agissements. Dès lors, les agissements sexistes apparaissent régulièrement dans les actions portées par les salariées à l'encontre de leur « harceleur ».

Exemples choisis : « (...) il ne comprend pas qu'un directeur d'hôpital puisse être une femme ; il soutient qu'il y a trop de femmes dans cette association ; il me rabaisse, il a affirmé qu'au cours de sa carrière, avec un air très satisfait, il s'était toujours entouré de bras droits hommes mais jamais femmes (...) » (CA Amiens 5-6-2013 n° 12-02275). « (...) Il résulte de l'ensemble des témoignages que Monsieur D. s'en prenait de préférence aux femmes, en particulier aux plus faibles d'entre elles, qui n'osaient pas lui répondre (...) » (CA Amiens 9-10-2013 n° 12-04167). Ou encore plus récemment : « (...) des propos et des agissements sexistes, grossiers voire vulgaires ont eu lieu notamment au travers d'une suite de courriels diffusés le même jour à plus de 20 personnes de la société (...). Que ces comportements humiliants ont été de nature à perturber psychologiquement Madame Y... qui a souffert d'un syndrome dépressif réactionnel (...) » (CA Versailles 9-6-2015 n° 13-03579).

On le constate, les comportements sexistes peuvent être stigmatisés dans un contexte de harcèlement moral et permettre à la victime de faire valoir ses droits. On le distinguera cependant des « agissements sexistes » en ce que le harcèlement moral est essentiellement lié aux effets qu'il produit sur la victime, et non au « mobile » qui a conduit le harceleur à agir de la sorte.

La discrimination à raison du sexe

6 En droit du travail, l'article L 1132-1 du Code du travail interdit toute discrimination, directe ou indirecte, à l'encontre d'une personne notamment en raison de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse ou de son apparence physique. Cette disposition permet donc assez largement aux femmes de faire valoir leurs droits en présence d'agissements sexistes qui sont, par définition, liés au sexe. Cependant, bien que le régime de la preuve soit relativement favorable,

puisque la salariée doit essentiellement présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, directe ou indirecte (C. trav. art. L 1134-1), la preuve d'une discrimination peut s'avérer compliquée. Ainsi, la jurisprudence est quasi inexistante en la matière. On signalera toutefois un arrêt récent aux termes duquel la Cour de cassation a condamné pour discrimination, sur le fondement de l'article L 1132-1 et sur renvoi de ce texte, de l'article 1^{er} de la loi 2008-496 du 27 mai 2008, un employeur au motif que la salariée avait été victime notamment de quolibets, de moqueries douteuses et d'insultes dont une à caractère sexuel (Cass. soc. 20-5-2015 n° 14-13.357 : RJS 8-9/15 n° 538).

7 Enfin, l'article 1^{er} de la loi 2008-496 du 27 mai 2008, dont la codification était demandée par le CSEP dans le cadre de son rapport, fait lui référence aux « agissements » liés au sexe, à connotation sexuelle ou non, « (...) subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant (...) ».

Les apports du nouvel arsenal

Sont condamnés les comportements « à raison du sexe » et plus seulement ceux à connotation sexuelle

8 Les dispositifs juridiques de lutte contre les inégalités liées au sexe de façon générale sont donc nombreux mais ne présentent pas les mêmes garanties d'efficacité. Dans tous les cas, ils couvrent des situations qui doivent présenter une certaine gravité et sont peut-être plus difficilement applicables, lorsque les comportements sexistes sont plus insidieux, tout en étant bien réels. Or, dans le cadre des travaux parlementaires ayant présidé à la loi Rebsamen, la sénatrice Christine Prunaud rappelait le 24 juin 2015, citant le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, que « la notion de sexisme, a fortiori celle de "sexisme ordinaire", n'a pas trouvé sa place dans les normes juridiques. Il s'agit donc de codifier la notion d'"agissement à raison du sexe" ».

La distinction est importante : ce n'est plus un comportement sexuel ou à connotation sexuelle qui est interdit, mais un comportement « à raison du sexe ». Le comportement réprimé pourra ne pas être à l'origine d'une discrimination ou d'une dégradation des conditions de travail ou de l'état de santé de la salariée, voire du salarié car il n'est pas totalement inenvisageable que la victime puisse être un homme ; il suffira qu'il crée « un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ». Il appartiendra aux juges de définir en quoi consiste un tel environnement.

Agissements sexistes : quelles sanctions ? Quel régime de la preuve ?

9 Les juges vont également devoir établir les sanctions applicables. On notera que ce nouveau dispositif ne se trouve pas dans les parties du Code du travail relatives aux harcèlements et aux discriminations, mais dans la partie relative aux inégalités professionnelles. De fait, les sanctions applicables à ces dispositifs ne seront pas applicables aux agissements sexistes, pas plus d'ailleurs que celles applicables en cas de non-respect du principe d'égalité professionnelle. En effet, en l'état actuel des

« Le contentieux civil des agissements sexistes pourrait ne pas prospérer, faute d'un régime de preuve favorable »

textes, il n'est pas possible de **condamner pénalement** les agissements sexistes en application de l'article L 1146-1 du Code du travail relatif à l'inégalité hommes-femmes, ce texte ne visant pas le nouvel article L 1142-2-1. Par ailleurs, pour cette même raison, le régime d'aménagement de la **charge de la preuve** de l'article L 1144-1 ne devrait pas pouvoir s'appliquer en cas d'agissements sexistes. S'agit-il d'un oubli du législateur ou d'une volonté délibérée ? Quelle que soit la réponse, le contentieux civil des agissements sexistes pourrait, au final, ne pas prospérer, faute d'un régime de preuve favorable.

De même, si aucune sanction pénale n'est possible, quelles seront les **sanctions civiles** applicables ? Là encore, le nouvel article du Code du travail, aussi prometteur soit-il pour faire avancer la lutte contre le sexisme, est suffisamment vague pour créer un **sentiment d'insécurité juridique** au sein des entreprises.

Attention à l'obligation de sécurité de résultat...

10 L'employeur est tenu, envers ses salariés, d'une obligation de sécurité de résultat. Par ailleurs, selon l'article L 4121-1 du Code du travail, « l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs ». Ainsi, si la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu considérer que l'employeur était civilement responsable des agissements de **harcèlement moral** commis par un salarié (Cass. crim. 28-5-2013 n° 11-88.009 : RJS 11/13 n° 721), il faut s'attendre à ce qu'une **responsabilité similaire** puisse être reconnue en matière d'agissements sexistes. En outre, l'employeur est responsable, même s'il avait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements, par exemple en licenciant l'auteur des faits (pour des faits de harcèlement sexuel, Cass. soc. 11-3-2015 n° 13-18.603 : RJS 5/15 n° 319).

De la même façon, le non-respect de cette obligation de sécurité de résultat peut permettre au salarié de prendre acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur, à condition toutefois que les manquements invoqués rendent impossible la poursuite du contrat de travail (Cass. soc. 11-3-2015, même arrêt). On peut imaginer sans peine dans une entreprise où le personnel féminin serait en infériorité numérique que l'employeur soit reconnu responsable d'avoir laissé s'installer un environnement intimidant ou offensant à l'égard des salariées. Ce que l'on imagine moins, ce sont les circonstances qui constituent un tel environnement : blagues sexistes ? remarques sur la maternité ou sur la famille ? sur l'apparence physique ? Les manifestations du sexisme sont nombreuses, mais il ne sera pas toujours aisé de différencier ce qui peut être considéré comme un comportement normal de ce qui ressort de l'agissement sexiste au sens du Code du travail.

Quels outils mettre en place pour prévenir les agissements sexistes ?

11 En attendant de pouvoir se référer à quelques décisions judiciaires et d'avoir une idée un peu plus précise de ce qui constitue un agissement sexiste ou un environnement intimidant en jurisprudence, l'employeur pourra se référer à quelques outils mis en place pour l'aider à lutter contre le sexisme dans son entreprise.

12 Le Medef a ainsi publié une brochure en octobre 2013, intitulée « Manuel de résistance aux **stéréotypes sexistes** en entreprise » et téléchargeable sur son site (www.medef.com/fileadmin/www.medef.fr/documents/Sexisme/Manuel-contre-les-stereotypes-sexistes-en-entreprise.pdf). Très pratique, ce manuel liste les situations concrètes sur lesquelles l'employeur doit s'interroger en matière de recrutement, d'organisation du travail, de progression de carrière, de politique salariale et de commu-

nication interne et externe. A titre d'exemple, en matière de recrutement, le Medef pose les questions suivantes : « Avez-vous pensé à la rédaction de vos annonces et à vos entretiens ?

- Vous êtes-vous assuré qu'il n'y ait pas de références privilégiant un sexe ?
- Avez-vous pensé à mettre en avant vos atouts, votre secteur d'activité (surtout si ce dernier n'est pas spontanément attractif pour la population visée) ?
- Pourquoi ne pas proposer un parcours d'accueil spécifique dans les métiers sexués pour montrer votre motivation à accueillir le profil ciblé ? »

13 Les employeurs pourront également se reporter à l'**accord national interprofessionnel (ANI)** étendu du 26 mars 2010 relatif au harcèlement et à la violence au travail. Cet accord apporte les bases nécessaires et les moyens à mettre en œuvre pour éviter que ces phénomènes s'installent dans l'entreprise. En particulier, les partenaires sociaux définissent la **violence** au travail, notamment celles faites aux femmes : « En ce qui concerne plus particulièrement les violences faites aux femmes, la persistance des stéréotypes et des tabous ainsi que la non-reconnaissance des phénomènes de harcèlement sexuel nécessitent une forte **sensibilisation** à tous les niveaux de la hiérarchie et la mise en place de politiques de **prévention** et d'accompagnement dans les entreprises. Il s'agit notamment d'**identifier ces stéréotypes** et de les démythifier en réfutant les représentations erronées de la place des femmes dans le travail. Une telle démarche s'inscrit notamment dans une approche volontariste et opérationnelle pour combattre ces phénomènes qui peuvent se révéler dans le cadre du travail au travers de situations de harcèlement et de violence au travail. » (ANI art. 2.3)

14 L'ANI propose également des **solutions pratiques** : « Une meilleure sensibilisation et une formation adéquate des responsables hiérarchiques et des salariés réduisent la probabilité des cas de survenance de harcèlement et de violence au travail » (ANI art. 4.1), ou encore : « sans préjudice des procédures préexistantes dans l'entreprise, une procédure appropriée peut être mise en place pour identifier, comprendre et traiter les phénomènes de harcèlement et de violence au travail » (ANI art. 4.2). Les partenaires sociaux orientent l'employeur vers le CHSCT et vers les services de médecine du travail, l'incitent à préciser les sanctions applicables dans son **règlement intérieur**, à organiser une procédure de **médiation** le cas échéant, à prévoir des mesures de soutien pour le maintien ou le retour au travail du salarié agressé et à proposer un **accompagnement psychologique** et juridique, etc.

15 L'employeur pourra également établir, ou compléter si elle existe déjà, une **charte éthique** en y mentionnant spécifiquement l'interdiction des agissements sexistes ainsi que les dispositifs existants pour les salariées s'estimant victimes de tels comportements. Ces dispositions pourront également prendre place dans une **note de service** le cas échéant.

De même, le **Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes** a élaboré un **outil** à destination des professionnels de la communication, des collectivités locales, des services de l'Etat ou des établissements publics, sous la forme d'un « Guide pratique pour une communication publique sans stéréotype de sexe ». Ce document, bien que destiné aux structures publiques, donne quelques pistes intéressantes à travers 10 recommandations pratiques. A titre d'exemple applicable dans les entreprises privées, « accorder les **noms de métiers, titres, grades et fonctions** avec le sexe des personnes qui les occupent ». Pour ce faire, le guide invite à retrouver « plus de 2 000 noms de métiers, titres, grades ou fonctions au masculin et au féminin

dans le guide linguistique téléchargeable en ligne : « Femme, j'écris ton nom... Guide d'aide à la féminisation des noms de métiers, titres, grades et fonctions » (www.dicollecte.org/misc/feminisation_des_noms.pdf).

En conclusion

16 Bien que passée relativement inaperçue dans le tourbillon législatif qu'ont constitué les publications quasi simultanées des lois Macron et Rebsamen, l'introduction dans le Code du travail de cette fameuse « pépite inattendue » qu'est l'interdiction des

agissements sexistes ne doit pas être négligée. En espérant que le législateur ou l'administration propose **quelques précisions**, notamment sur ce qu'il convient de comprendre par « environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant » et sur les **sanctions** auxquelles tant les auteurs que les employeurs indirectement responsables doivent s'attendre en cas de reconnaissance judiciaire d'un agissement sexiste, il appartient à l'employeur d'être vigilant et de prendre les devants. Formation et sanction disciplinaire seront probablement, dans un premier temps, les outils les plus efficaces.