



PROJET DE LOI
relatif au harcèlement sexuel

Etude d'impact

Juin 2012

1. Etat du droit / Diagnostic

1.1. Abrogation des dispositions du code pénal réprimant le harcèlement sexuel suite à la décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012 du Conseil constitutionnel

Par arrêt n° 1365 du 29 février 2012, la chambre criminelle de la Cour de cassation renvoyait au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. Gérard D. portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 222-33 du code pénal réprimant le harcèlement sexuel.

Le requérant, qui avait été condamné du chef de harcèlement sexuel à trois mois d'emprisonnement avec sursis, 5000 euros d'amende et trois ans d'interdiction d'exercer une fonction publique par arrêt de la cour d'appel de Lyon du 15 mars 2011 pour des faits commis, en tant que conseiller municipal, contre trois employées de mairie, soutenait que la disposition contestée était contraire au principe de légalité des délits et des peines ainsi qu'aux principes de clarté et de précision de la loi, de prévisibilité juridique et de sécurité juridique, en ce qu'elle punissait « *le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle* » sans définir les éléments constitutifs de ce délit.

La Cour de cassation a transmis la QPC en retenant « *qu'elle est sérieuse au regard du principe de légalité des délits et des peines, en ce que la définition du harcèlement sexuel pourrait être considérée comme insuffisamment claire et précise, dès lors que le législateur s'est abstenu de définir le ou les actes qui doivent être regardés, au sens de cette qualification, comme constitutifs du harcèlement sexuel* ».

Dans son avis, l'avocat général avait relevé que la Cour de cassation aurait pu elle-même, dans son arrêt, décider de ne pas renvoyer la question au Conseil, « *en donnant dans sa décision les éléments propres à remédier aux insuffisances de la loi* », mais tout en relevant cependant qu'en opérant ainsi la Cour de cassation aurait fait œuvre législative, ce qui ne relevait pas de son office.

Dans sa décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution l'article 222-33 du code pénal.

Après avoir rappelé que « *le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis* », le Conseil constitutionnel a jugé « *que l'article 222-33 du code pénal permet que le délit de harcèlement sexuel soit punissable sans que les éléments constitutifs de l'infraction soient suffisamment définis ; qu'ainsi, ces dispositions méconnaissent le principe de légalité des délits et des peines et doivent être déclarées contraires à la Constitution* ».

Suivant la règle selon laquelle la déclaration d'inconstitutionnalité doit en principe bénéficier à l'auteur de la QPC, le Conseil a jugé que cette censure est applicable immédiatement, à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date.

1.2. Historique des définitions successives du délit de harcèlement sexuel

1.2.1. Introduction du délit de harcèlement sexuel dans le Code pénal

L'article 222-33 est issu du « nouveau » Code pénal entré en application le 1^{er} mars 1994. Il incriminait le harcèlement sexuel en donnant des éléments de définition et pour restituer au délit son objectif de droit commun abstrait de toute considération de relation de travail.

La rédaction de cet article résultait de la loi n°92-684 du 22 juillet 1992.

L'infraction était définie comme « *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* ».

Ce délit ne figurait pas dans le projet de loi initial, mais fut ajouté par amendement.

Le projet initial du Gouvernement portant réforme du code pénal (examiné en premier lieu par le Sénat) ne traitait en effet pas du harcèlement sexuel.

Lors de **l'examen en première lecture le 21 juin 1991, l'Assemblée nationale** a, par amendement présenté par Mme Yvette Roudy et M. Gérard Gouzes, incriminé spécifiquement le harcèlement sexuel, qui a fait l'objet d'un article additionnel 225-3-1, inséré dans la section I du chapitre V consacré aux discriminations, ainsi rédigé : « *le fait de solliciter, par ordre, contrainte ou pression des faveurs de nature sexuelle, commis par tous moyens par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions à l'occasion ou dans l'exercice de l'activité professionnelle de la victime, est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende* ».

Tout en acceptant le principe de la nouvelle incrimination prévue par cet article, **le Sénat, en deuxième lecture, le 3 octobre 1991** y a apporté une modification rédactionnelle visant à introduire explicitement le verbe « harceler » dans la définition de l'infraction et modifiant les moyens par lesquels l'infraction est commise. A l'énumération « *ordre, contrainte ou pression* », le Sénat a préféré retenir « *ordres, menaces ou contraintes* ». La rédaction était ainsi : « *Le fait de harceler autrui par des ordres, des menaces ou des contraintes, dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions à l'occasion ou dans l'exercice de l'activité professionnelle de la victime, est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende* »

L'Assemblée Nationale, en deuxième lecture, le 2 décembre 1991 a adopté un amendement du Rapporteur, M. Pezet, modifiant la place et la rédaction de l'incrimination de harcèlement sexuel.

Le rapport de la commission indiquait que le délit de harcèlement sexuel n'apparaît pas discriminatoire car il existe quelque soit le sexe de la victime ou de l'auteur du délit et se rapproche bien davantage des agressions sexuelles. Il l'a défini dans un nouveau « *paragraphe 3 Du harcèlement sexuel* » et un nouvel article 222-32-1, au sein de la section consacrée aux agressions sexuelles autres que le viol, ainsi rédigé : « *le fait, par quiconque abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, d'user de pressions afin d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.* »

Par ailleurs, ce rapport indiquait que l'utilisation des termes « menaces » et « contraintes », également employés pour définir le viol et les autres agressions sexuelles, était en effet de nature à provoquer une confusion entre les domaines d'application de ces infractions et celui du harcèlement sexuel. Cette confusion pourrait conduire à un affaiblissement de la répression, une tentative de viol ou d'agression sexuelle pouvant s'analyser alors comme un harcèlement sexuel.

Il précisait enfin qu'il ne semblait pas opportun de reprendre le verbe « harceler » rajouté par le Sénat au texte voté par l'Assemblée nationale, dans un souci d'affichage et pour introduire l'idée de répétition dans la définition de l'infraction. L'intitulé du paragraphe additionnel comportant l'expression « harcèlement sexuel » permettait de répondre au premier objectif poursuivi par le Sénat. Quant au caractère répété des pressions faites sur la victime, il n'est pas toujours avéré. Le chantage peut n'avoir lieu qu'une seule fois, lors d'un entretien préalable à l'embauche.

Lors des débats parlementaires précédant le vote de la loi du 2 novembre 1992, devant l'Assemblée nationale en 2^{ème} lecture, le 2 décembre 1991, il fut notamment indiqué par le rapporteur M. Michel Pezet que la jurisprudence « devrait saisir que l'intitulé « Du harcèlement sexuel » a un effet d'affiche, mais que le texte permet que le délit soit constitué même en cas d'acte unique »

M. Sapin, ministre délégué à la justice, indiquait en réponse : « la position du Gouvernement est claire : tel qu'il est défini, le harcèlement sexuel [...] peut se traduire par plusieurs actes, mais éventuellement par un seul acte d'une particulière gravité. »

En séance, fut par ailleurs adopté un important sous-amendement présenté par M. Gérard Gouzes, supprimant les mots : « à l'occasion ou dans l'exercice de l'activité professionnelle d'une personne ».

Lors de la commission mixte paritaire, les députés et sénateurs se sont mis d'accord sur la définition définitive du texte, conservant la place du délit dans les agressions sexuelles mais en se rapprochant de la définition donnée par le Sénat.

La circulaire du 14 mai 1993 relative au nouveau pénal a présenté ainsi le nouveau délit

§ 3 *Harcèlement sexuel*

Le harcèlement sexuel réprimé par l'article 222-23 est une infraction nouvelle ajoutée à l'initiative du Parlement pour compléter le dispositif relatif aux agressions sexuelles.

La création de cette infraction permettra de sanctionner les personnes qui, abusant de l'autorité que leur confèrent leurs fonctions, exerce des pressions sur une personne afin d'obtenir des « faveurs de nature sexuelle ». De tels agissements sont punis d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

Il convient par ailleurs de rappeler que l'article 123-1 du Code du travail tel que modifié par la loi 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, permet de sanctionner le fait de prendre en considération l'attitude de la victime ou du témoin de harcèlement sexuel lors de l'embauche et dans les actes de gestion du personnel. Les peines prévues par l'article 152-1 du Code du travail sont d'un an d'emprisonnement et de 20 000 F d'amende.

Il peut être observé que cette présentation restait assez lacunaire. Elle ne précisait notamment pas si le délit supposait ou non des agissements réitérés. La circulaire faisait en revanche référence aux dispositions du code du travail relatives au harcèlement sexuel. Ces dispositions figuraient aux articles L. 122-46 (qui interdisait les discriminations dans le travail suite à un harcèlement sexuel ou à un témoignage en matière de harcèlement), L. 123-1 (dont le dernier alinéa prohibait d'autres mesures discriminatoire suite à un harcèlement) et L. 152-1-1 (prévoyant les pénalités – la circulaire visant par erreur l'article L. 152-1).¹

Il importe donc de souligner que :

- le code pénal réprimait le harcèlement sexuel proprement dit ;
- le code du travail réprimait les discriminations dans le travail faisant suite à un harcèlement sexuel (avec une définition un peu plus large du harcèlement lui-même, car faisant également référence aux « pressions de toute nature »).

La distinction entre harcèlement et discrimination résultant d'un harcèlement est en effet cardinale. Les débats lors de l'adoption du code pénal, qui ont hésité dans l'emplacement du délit de harcèlement au sein du code, entre la partie sur les discriminations et celles sur les agressions sexuelles, montrent clairement les relations existants, et les confusions possibles, entre les deux notions.

1.2.2. Modification de l'incrimination en 1998

L'article 11 de la loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et la répression des infractions sexuelles et à la protection des mineurs a donné une nouvelle définition de ce délit : « Le fait de harceler autrui *en donnant des ordres, proférant des menaces, imposant des contraintes ou exerçant des pressions graves* dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ».

¹ Ces articles étaient ainsi rédigés :

Article L122-46. -Aucun salarié ne peut être sanctionné ni licencié ou faire 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.

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis à l'alinéa précédent ou pour les avoir relatés.

Article L123-1. -Sous réserve des dispositions particulières du présent code et sauf si l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle, nul ne peut :

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

Un décret en Conseil d'État détermine, après avis des organisations d'employeurs et de salariés les plus représentatives au niveau national, la liste des emplois et des activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante. Cette liste est révisée périodiquement dans les mêmes formes.

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

Article L152-1-1. - Toute infraction aux dispositions de l'article L. 123-1 sera punie d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 25 000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement.

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

La modification a ainsi consisté à ajouter l'hypothèse des « pressions graves ».

La circulaire du 1er octobre 1998 relative à la présentation générale des dispositions de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 présentait ainsi la réforme :

« 2.2. Elargissement de la définition du harcèlement sexuel

« La définition du harcèlement sexuel, prévu par l'article 222-33 du code pénal, est modifiée par l'article 11 pour tenir compte de comportements qui, quoique non constitutifs d'ordres, de contraintes ou de menaces, constituent des atteintes intolérables aux personnes. Le législateur a ainsi voulu que soit reconnu le caractère répréhensible des pressions que subissent des personnes de la part d'un tiers qui abuse de son autorité. Cette disposition protégera en particulier les salariés victimes de comportements de cette nature dans le cadre de leur activité professionnelle

« L'extension de la loi pénale a toutefois été limitée aux seules pressions graves, le législateur ayant considéré que la notion de "pressions de toute nature" envisagée par le projet du Gouvernement ne définissait pas suffisamment l'infraction et donnait au juge un pouvoir d'appréciation trop large. »

Il peut être rappelé que l'expression « pression de toute nature » figurait, depuis la loi du 2 novembre 1992, dans l'article L. 122-46 du code du travail définissant les discriminations dans le travail suite à un harcèlement sexuel.

1.2.3. Modification de l'incrimination en 2002

Le texte du Code pénal a de nouveau été modifié à l'occasion de la loi n° 2002-73 de modernisation sociale du 17 janvier 2002 dans le sens d'un allègement de la définition.

La modification a été ajoutée au cours des débats par le Sénat.

Cette modification ne figurait pas à l'origine dans le projet de loi déposé par le Gouvernement.

Ce projet ne traitait du reste pas du harcèlement sexuel, mais uniquement du harcèlement moral dans le travail, nouveau délit qui fut inséré dans le code pénal dans un nouvel article 222-33-2 – à la suite des dispositions sur le harcèlement sexuel – ainsi que dans le code du travail (plus précisément le code du travail réprimait les discriminations suite à un harcèlement moral).

En première lecture, le projet de loi fut complété par un article 50 terdecies élargissant la définition de la discrimination suite à un harcèlement sexuel qui figurait dans l'article 122-46 du code du travail, en y supprimant l'exigence selon laquelle ce harcèlement devait émaner d'une personne abusant de l'autorité que lui confère ses fonctions, par le biais d'ordre, menaces, contraintes ou pressions, afin que la discrimination soit réprimée même si le harcèlement n'émanait pas d'un supérieur hiérarchique.

Lors de la séance du 27 juin 2001, en deuxième lecture au Sénat, le rapporteur de la commission des affaires sociales, M. Gournac, déposa, au nom de la commission, un amendement n° 90 prévoyant notamment la modification du code pénal.

Le rapporteur défendit son amendement en indiquant que dans la mesure où le projet de loi *modifiait la définition du harcèlement sexuel prévue par le code du travail afin de supprimer toute référence à la notion d'abus d'autorité, il convenait également de modifier la définition du harcèlement sexuel telle qu'elle est prévue par le code pénal afin, là encore, de supprimer la notion d'abus d'autorité.*

L'amendement fut adopté sans aucune discussion avec l'avis favorable du Gouvernement.

Cet article devint l'article 179 de la loi définitivement adoptée.

Il en résulta que, désormais, ne figuraient donc plus dans la rédaction de l'article 222-33 du code pénal ni la précision relative à l'abus d'autorité ni les moyens du harcèlement sexuel qui étaient auparavant énumérés ("en donnant des ordres, proférant des menaces, imposant des contraintes ou exerçant des pressions graves").

Le texte se contentait d'incriminer le fait de "*harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle*".

1.2.4. Modification des dispositions du code du travail concernant le harcèlement sexuel.

Il convient de préciser que, après la loi de 2002, le code du travail a été modifié par l'ordonnance du 12 mars 2007 de recodification du code du travail, en principe à droit constant.

Les articles L. 1153-1 et suivants du code du travail issu de l'ordonnance de 2007 prohibent le harcèlement sexuel, ou les discriminations résultant d'un harcèlement sexuel².

L'article L.1155-2 du code du travail sanctionne le harcèlement sexuel en prévoyant notamment une peine d'un an d'emprisonnement³.

On peut observer que ces dispositions faisaient doublon avec celles du code pénal en prévoyant des pénalités, mais avec des peines complémentaires différentes ; la peine d'affichage n'étant pas prévue par le code pénal (cette erreur a toutefois été réparée par la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 qui a inséré un article 222-50-1 dans le code pénal prévoyant l'affichage et la diffusion, pour les personnes physiques ou morales, en cas de harcèlement sexuel – ou moral).

² Art. L. 1153-1. - *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.*

Art. L.1153-2. - *Aucun salarié, aucun candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements de harcèlement sexuel.*

Art. L.1153-3. - *Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements de harcèlement sexuel ou pour les avoir relatés.*

³ Art. L1155-2.- *Les faits de harcèlement moral et sexuel, définis aux articles L. 1152-1 et L. 1153-1, sont punis d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 15 000 €.*

La juridiction peut également ordonner, à titre de peine complémentaire, l'affichage du jugement aux frais de la personne condamnée dans les conditions prévues à l'article 131-35 du code pénal et son insertion, intégrale ou par extraits, dans les journaux qu'elle désigne. Ces frais ne peuvent excéder le montant maximum de l'amende encourue.

Par ailleurs, à la suite d'une erreur de recodification, ces dispositions ne sanctionnaient plus pénalement, comme c'était le cas avant 2007, les faits de discrimination commis à la suite d'un harcèlement sexuel.

Auparavant, l'ancien article L.152-1-1 sur les sanctions pénales renvoyait en effet à l'ancien article L.122-46 qui visait les discriminations commises à la suite d'un harcèlement sexuel. L'article L. 122-46 a été scindé en trois articles, d'une part le L. 1153-1 sur le harcèlement proprement dit, et d'autre part les L. 1153-2 et L. 1153-3 sur les discriminations suite à un harcèlement, mais le nouvel article L. 1155-2 ne vise pas les infractions à ces deux dernier articles.

Avant la recodification de 2007, le code du travail présentait au plan pénal, une certaine cohérence : il ne pénalisait pas le harcèlement sexuel, déjà puni par le code pénal, mais les discriminations dans le travail faisant suite à un harcèlement sexuel, ce dont ne traitait pas le code pénal. Les textes issus de la codification font l'inverse.

1.2.4. Censure de l'article 222-33 du code pénal par le Conseil Constitutionnel le 4 mai 2012

Comme indiqué au 1.1, le Conseil Constitutionnel, dans sa décision n°2012-240 QPC du 4 mai 2012, a déclaré l'article 222-33 du code pénal inconstitutionnel.

On peut observer que le Conseil ne s'est pas prononcé sur le délit de harcèlement sexuel prévu par le code du travail, mais que les critiques ayant conduit à la censure de l'article 222-33 valent sur le fond pour les dispositions du code du travail.

1.3. Application des dispositions sur le harcèlement sexuel

1.3.1. Données statistiques sur le harcèlement sexuel

Le délit de harcèlement sexuel prévu par le code du travail étant défini par les mêmes termes que ceux du code pénal (cette similarité ayant d'ailleurs entraîné la création d'un numéro NATINF unique), les données indiquées concernent les procédures traitées sur le fondement des deux textes.

En termes méthodologiques, les sources exploitées sont, d'une part, le casier judiciaire national et, d'autre part, l'infocentre Cassiopée et celui de la NCP (Paris, Bobigny, Créteil, Evry, Versailles, Nanterre et Pontoise jusqu'en 2011).

1.3.1.1. Les condamnations prononcées du chef de harcèlement sexuel (source CJN)

De 1994 à 2003, le nombre d'infractions de harcèlement sexuel ayant donné lieu à condamnation s'est établi entre 30 et 40 par an. En 2004, ce chiffre a augmenté à 63, pour s'établir **entre 70 et 85 infractions ayant donné lieu à condamnation par an entre 2005 et 2010.**

Le détail des condamnations figurent dans le tableau suivant.

Année	Infractions ayant donné lieu à condamnation	Conda. Infraction principale	Condamnations-infraction unique	Emprisonnement	Dont ferme (tout ou partie)	Dont emp. sursis total	Quantum emprisonnement ferme (mois)	Amendes	Dont amende ferme	Dont amende sursis total	montant moyen amende ferme	Mesures de substitution	Dispense de peine	Mesures et sanctions éducatives
1994	1	1	1	1	0	1		0	0	0		0	0	0
1995	7	7	6	4	0	4		2	2	0	7000 F	0	0	0
1996	19	19	14	7	0	7		7	7	0	7143 F	0	0	0
1997	31	23	15	12	0	12		2	1	1	8000 F	1	0	0
1998	39	34	23	19	2	17	5,3	3	3	0	7667 F	1	0	0
1999	30	20	19	16	2	14	2	2	2	0	24000 F	1	0	0
2000	40	34	24	22	1	21	6	2	2	0	4000 F	0	0	0
2001	36	31	24	17	2	15	6,5	6	6	0	8487 F	1	0	0
2002	34	24	20	13	0	13		6	6	0	1 243 €	1	0	0
2003	35	27	21	19	2	17	6	2	2	0	1 400 €	0	0	0
2004	63	47	36	30	2	28	5	2	1	1	2 000 €	1	0	3
2005	75	53	38	31	3	28	2	4	4	0	1 200 €	2	0	1
2006	85	65	43	29	4	25	3,5	11	10	1	975 €	2	0	1
2007	72	56	44	37	3	34	2,7	5	3	2	967 €	0	2	0
2008	80	56	42	34	4	30	3,8	7	6	1	950 €	1	0	0
2009	78	57	47	36	4	32	3,8	7	6	1	1 567 €	3	0	1
2010*	70	49	35	28	0	28		6	6	0	850 €	1	0	0

On constate donc un doublement des condamnations à compter de 2005. Ce doublement résulte très vraisemblablement pour une très grande partie de l'élargissement de la définition du délit intervenue en 2002.

Environ la moitié de ces condamnations ne porte que sur l'infraction de harcèlement sexuel tandis que l'autre moitié se fonde également sur d'autres infractions connexes.

L'analyse des types de peines prononcées ainsi que leur quantum moyen ne peut se fonder que sur les condamnations portant uniquement l'infraction considérée.

Sur cette base, et en considérant que les données portent sur un nombre très réduit de condamnations, la peine d'emprisonnement a été prononcée dans 78% des décisions entre 2005 et 2010. Toutefois, la très grande majorité de ces peines d'emprisonnement était assortie d'un sursis total.

On relève entre 0 et 4 condamnations par an pour cette seule infraction à une peine d'emprisonnement totalement ou partiellement ferme.

Pour le reste, la deuxième peine la plus fréquemment prononcée à titre principal est l'amende, dans 17 % des condamnations. Ces peines d'amende sont très majoritairement fermes et d'un montant moyen de 1000 euros.

Le délai moyen entre la date des faits les plus récents visés par la condamnation et la date de jugement en première instance est en moyenne de 27 mois depuis 2007, ce qui révèle, de façon prévisible, que la phase d'instruction de ces dossiers est longue qu'elle intervienne sous la forme d'une enquête préliminaire ou d'une information judiciaire.

La question de l'impact sur les procédures en cours tant de la décision du Conseil constitutionnel que du rétablissement du délit de harcèlement sexuel par la loi est donc importante puisque les juridictions auraient eu à connaître encore en moyenne pendant deux ans de faits commis avant la date de la décision du Conseil.

Par ailleurs, on constate qu'en moyenne un quart des condamnations sont prononcées par les cours d'appel. Ce ratio révèle un taux d'appel assez élevé.

1.3.1.2. Traitement des procédures de harcèlement sexuel au sein des juridictions (sources Cassiopée et NCP)

Les données des cadres du parquet établissaient que le nombre d'affaires nouvelles pour des faits de harcèlement sexuel s'établissait entre 803 et 923 de 2003 à 2008.

Cette source n'étant plus disponible sur ce point, l'extraction des données contenues dans les chaînes pénales indique depuis 2008 :

- entre 1098 et 1312 affaires nouvelles par an dans les juridictions équipées de Cassiopée
- entre 148 et 124 affaires nouvelles par an dans les juridictions équipées de la NCP.

Toutefois, il semble délicat d'additionner ces données pour déterminer un chiffre global annuel d'affaires nouvelles. En effet, l'implantation du logiciel Cassiopée et les travaux encore en cours de fiabilisation de son infocentre ne permettent pas de garantir la fiabilité des données extraites. En outre, les données déjà enregistrées avant l'implantation de Cassiopée font l'objet d'une reprise dans ce logiciel, reprise dont la mesure statistique a été dégradée.

Il semble donc prudent de se limiter à conclure à un maintien du nombre d'affaires nouvelles, enregistrées au sein des juridictions sous la qualification de harcèlement sexuel, autour d'un millier de procédures par an.

Par ailleurs, dans les juridictions équipées de la NCP, on constate qu'entre 75 et 90% des affaires nouvelles ont fait l'objet d'une décision d'orientation pénale. Or, dans les juridictions équipées de Cassiopée, ce taux d'affaires nouvelles donnant lieu à une orientation est compris entre 29 et 50%. Il tend à s'améliorer avec les années.

La reprise des données antérieures ayant été encore plus délicate pour les orientations que pour les affaires nouvelles, une part non négligeable des suites des affaires nouvelles n'est donc pas mesurable dans les juridictions équipées de Cassiopée. Les données du CJN ont révélé que la moitié des condamnations interviennent également pour une autre infraction connexe à celle de harcèlement sexuel, il est donc aussi possible que certaines affaires nouvelles pour harcèlement sexuel ne fassent pas finalement l'objet d'une orientation de ce chef là.

Sur les juridictions équipées de la NCP, s'agissant de la répartition des affaires ayant fait l'objet d'une orientation pénale, les données révèlent entre 54 et 61% des affaires qui font l'objet d'un classement au motif que l'infraction n'est pas poursuivable, soit qu'elle est insuffisamment caractérisée, soit qu'un motif juridique empêche la poursuite.

Au sein des affaires poursuivables, le taux de réponse pénale se situe entre 66 et 82% entre 2008 et 2011. Ainsi, entre 18 et 34% des affaires poursuivables ont fait l'objet d'un classement pour inopportunité. Entre 23 et 35% des affaires poursuivables ont fait l'objet d'une alternative aux poursuites et entre 34 et 51% de ces affaires ont fait l'objet d'une poursuite.

L'observation de ces mêmes données sur l'infocentre Cassiopée pour l'année 2010, en examinant la seule partie des affaires pour lesquelles une décision est comptée, montre des ratios sensiblement équivalents : 61% de classements au motif que l'affaire n'est pas poursuivable ; au sein des affaires poursuivables, le taux de réponse pénale est de 87,3% avec 38% d'alternatives aux poursuites et 49% de poursuites.

L'infocentre Cassiopée révèle, en outre, qu'au sein des classements dits « pour inopportunité », la majeure partie d'entre eux se fonde sur un désistement du plaignant ou un désintéressement d'office.

Au sein des alternatives aux poursuites, les données indiquent que 75% des alternatives seraient des rappels à loi. La quasi-absence de médiations ou de compositions pénales enregistrées appelle à conserver une certaine réserve sur la fiabilité de ces informations.

Par ailleurs, au sein des poursuites, 11% des procédures font l'objet d'une information judiciaire.

L'infocentre Cassiopée permet également de constater qu'un quart des affaires traitées par le parquet a fait l'objet d'un dessaisissement ou d'une jonction, ce qui révèle la relative complexité de ces affaires.

En conclusion, l'examen des données issues des infocentres doit conduire à la prudence au vu de l'absence de garantie de leur parfaite fiabilité. Toutefois, il permet de conclure que le nombre d'affaires pour lesquelles l'infraction de harcèlement sexuel est visée que les parquets ont à connaître est bien supérieur au nombre des condamnations pénales. Ces affaires ne font évidemment pas l'objet d'un traitement en temps réel direct.

Plus de la moitié de ces procédures fait l'objet d'un classement au motif que l'infraction n'était pas constituée.

Pour le reste, les parquets privilégient plutôt la poursuite, en recourant un peu plus à l'information judiciaire pour ce contentieux que pour le reste des contentieux (3,9% en 2009).

1.3.1.3. Statistiques sur les condamnations des chefs de discrimination en raison de harcèlement

Les délits de discrimination envers une victime de harcèlement sexuel, de discrimination en raison du refus de céder à un harcèlement sexuel et de discrimination envers une personne ayant témoigné sur un harcèlement sexuel ont été réprimés par les articles L152-1-1 du code du travail jusqu'au 1^{er} mai 2008.

Le nombre de condamnations pour ces infractions a été très faible de 1994 à 2008.

Ainsi, l'infraction de discrimination envers une personne ayant témoigné sur un harcèlement sexuel n'a jamais fait l'objet d'une condamnation inscrite au casier judiciaire national.

L'infraction de discrimination envers une victime de harcèlement sexuel a fait l'objet d'une condamnation en 1996, une autre en 1997 et enfin une dernière en 2007.

L'infraction de discrimination en raison du refus de céder à un harcèlement sexuel a fait l'objet d'une condamnation en 1994, en 1996, en 1997 et en 2006.

Ces trois mêmes cas de discrimination ont été réprimés de 2002 à 2008 s'agissant du harcèlement moral. On relève 6 condamnations en tout de 2005 à 2008.

Aucune analyse sur les peines prononcées n'est possible sur un nombre aussi faible de condamnations, et ce d'autant plus que, dans la majorité des cas, l'infraction de discrimination n'était pas visée de manière unique.

1.3.2. Jurisprudence relative au délit de harcèlement sexuel

Il existe une jurisprudence publiée en matière de harcèlement sexuel relativement abondante, notamment des juridictions du fond, au regard du nombre relativement limité – par rapport à d'autres délits – de condamnations prononcées.

Cette jurisprudence a pu évoluer au vu des définitions successives du délit, mais cette évolution n'est pas très clairement perceptible, et les décisions citées ci-après peuvent concerner les différentes versions de l'incrimination.

Il paraît possible de présenter cette jurisprudence en distinguant l'élément matériel du délit – qui est celui qui a été modifié par les réformes de 1998 puis de 2002, et son élément moral, qui est lui resté inchangé jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel.

Elément matériel

➤ L'élément matériel du harcèlement sexuel tel que défini dans l'incrimination censurée était limité au caractère sexuel du harcèlement. Dans les précédentes versions, le harcèlement était défini comme des ordres, des menaces, ou des contraintes, puis des pressions graves, commises par une personne abusant de son autorité

La limite entre les actes tombant sous le coup de la loi pénale et les agissements socialement acceptés avait trouvé un écho en jurisprudence. Un arrêt avait ainsi décidé, à l'appui d'une relaxe, que les faits dénoncés avaient été "commis sans chantage" et n'avaient "été que de simples signaux sociaux conventionnels, lancés de façon espacée les uns des autres dans le temps, de façon à permettre d'exprimer la manifestation, non fautive au plan pénal, d'une inclination pouvant être sincère" (CA Douai, 4e ch., 10 sept. 1997 : Juris-Data n° 1997-990026)

Les décisions judiciaires avaient toutes en commun de relever l'absence de contrainte ou de pressions exercées par le séducteur maladroit, ce qui permettait d'établir une ligne de partage relativement fiable entre harcèlement illicite et séduction autorisée ou tolérée (V. CA Versailles, 8e ch. correc., 29 nov. 1996 : Juris-Data n° 1996-055890. – CA Paris, 11e ch. correc., 23 mai 2000 : Juris-Data n° 2000-125316. – CA Paris, ch. soc., 10 mai 2001 : Juris-Data n° 2001-147949. – CA Paris, 18e ch. A, 27 juin 2001 : Juris-Data n° 2001-155582).

Les manifestations du harcèlement sexuel sont souvent les mêmes. Les juges ont pu retenir les propos grivois, des attouchements déplacés, les sollicitations graveleuses par téléphone ou par courriers électroniques ou papiers. Des cadeaux peuvent également caractériser le harcèlement : le fait d'offrir des sous-vêtements à la victime, par exemple (CA Aix-en-Provence, 5 févr. 2001, les juges n'ont relaxé le prévenu dans cette affaire que parce qu'aucun abus d'autorité n'avait pu être caractérisé, ce qui n'est plus exigé aujourd'hui). Les abus d'autorité, anciennement exigés, se fondent aujourd'hui parmi les manifestations possibles du harcèlement qui peut prendre un aspect de chantage : les juges ont retenu l'impression causée par un uniforme militaire (Cass. crim., 12 juin 2002 : JurisData n° 2002-015304), de même que les promesses de promotions, de meilleures conditions de travail ou autres avantages en échange de rapports sexuels (Cass. crim., 20 nov. 2002, n° 02-81.635. – CA Orléans, 3 juin 2003 : JurisData n° 2003-232427, l'arrêt souligne l'état de faiblesse des victimes dû à leur handicap), les menaces de licenciement ou de renvoi, l'affectation à des tâches pénibles ou considérées comme dégradantes dans l'entreprise considérée (Cass. crim., 18 févr. 2004 : JurisData n° 2004-023059).

L'examen de la jurisprudence montre que les manifestations du harcèlement sexuel ont justement en commun leur violence et la négation du désir de l'autre : la victime est réifiée. L'auteur refuse de tenir compte de manifestations de “refus clair et dénué d'ambiguïté” de la victime, et se livre à des gestes et contacts “non désirés par elle” et “contre sa volonté” (Cass. crim., 21 nov. 2007 : JurisData n° 2007-042085).

Dès lors, les juges ne sanctionnent pas les expressions, même maladroitement réitérées, d'un sentiment amoureux, d'un désir que la personne poursuivie espère partagé. Une salariée avait été licenciée après avoir bénéficié de plusieurs arrêts de travail pour maladie, le directeur invoquant la nécessité de la remplacer. Elle a alors invoqué un harcèlement sexuel, mais n'a excipé que des “écrits fort courtois du directeur faisant part de son sentiment amoureux”, le harcèlement ne pouvant être ainsi établi (CA Metz, 1er sept. 2003 : JurisData n° 2003-228443). De même “une attitude de séduction même dénuée de tact ou de délicatesse ne saurait constituer le délit de harcèlement, pas davantage que de simples signaux sociaux conventionnels lancés de façon à exprimer la manifestation d'une inclination” (Cass. crim., 19 janv. 2005, n° 04-83.443, salariée trompée sur la date d'une réunion à Paris et conduite à une soirée au Lido puis dans un hôtel où, malencontreux "oubli", seule une chambre single avait été réservée).

Il appartient, en définitive, au juge pénal dans tous ces domaines de savoir faire la part entre ce qui relève de la séduction autorisée (plus ou moins fine selon la sensibilité de chacun) et le harcèlement prohibé⁴.

➤ Nécessité d'agissements répétés ?

La définition du harcèlement sexuel, contrairement à celle du harcèlement moral (C. trav., art. L. 1152-1. – C. pén., art. 222-33-2), ne mentionne pas le caractère "répété" des agissements.

Certes, les travaux parlementaires montrent la volonté du législateur de sanctionner un acte unique suffisamment grave, mais la notion même de « harcèlement » suppose nécessairement des actes répétés.⁵

⁴ “une attitude de séduction même dénuée de tact ou de délicatesse ne saurait constituer le délit de harcèlement, pas davantage que de simples signaux sociaux conventionnels lancés de façon à exprimer la manifestation d'une inclination” (Cass. crim., 19 janv. 2005.)

⁵ V° Harceler, Petit Robert : “soumettre sans répit à de petites attaques réitérées, à de rapides assauts incessants”. – Larousse : “soumettre à de continuelles pressions, sollicitations”. – Littré : “tourmenter par des attaques répétées”

Force est de constater qu'elle n'a jusqu'à présent sanctionné que des comportements multiples, soit en raison d'agissements répétés à l'égard d'une victime unique, soit en raison de comportements répétés à l'égard d'une pluralité de victimes même s'ils sont uniques pour chacune d'elles, soit en raison de leur étalement dans le temps (Cass. crim., 20 nov. 2002. – Cass. crim., 18 févr. 2004 : JurisData n° 2004-023059 . – Cass. crim., 27 janv. 2007 : JurisData n° 2007-037523 . – CA Toulouse, 7 nov. 2002 : JurisData n° 2002-194283 ; JCP G 2003, IV, 1707. – Relaxe pour un acte unique – mais renvoi pour autre qualification, Cass. crim., 20 nov. 2004 : JurisData n° 2004-023059 ; Dr. pén. 2005, comm. 53, obs. M. Véron).

Mais, comme l'indique notamment le jurisclasser pénal, cela ne veut pas dire que la jurisprudence n'aurait par retenu la sanction en cas de comportement unique particulièrement grave, situation dont elle n'a pas jamais été saisie. Le problème est donc resté non résolu en droit positif, la jurisprudence jusqu'à présent rendue n'ayant pas permis de trancher clairement la question.

Malgré ces incertitudes, la Cour de cassation semble avoir montré au moins implicitement son attachement à la qualification **d'infraction d'habitude** en cassant un arrêt d'appel à qui il était reproché notamment de ne pas avoir montré en quoi la victime avait été soumise à des attaques réitérées et incessantes (Crim. 10 nov. 2004, n° 03-87.986).

Élément moral

➤ Les textes précisaient jusqu'alors que l'objectif du harcèlement doit être d'obtenir des faveurs de nature sexuelle. Cette précision apportait des éléments quant au résultat espéré du harcèlement.

En effet, sous l'empire de la loi censurée, le succès de l'entreprise n'était pas nécessaire à la sanction. Peu importait que la victime n'ait pas cédé et même, ait "refusé de subir" le harcèlement (Cass. crim., 2 mars 2005, n° 04-84.107. – Cass. crim., 3 juin 2008, n° 07-87.878).

Le législateur voulait en ce sens intervenir en quelque sorte en amont d'éventuelles agressions sexuelles, en incriminant un comportement qui nuit à la tranquillité de la victime par sa soumission à des pressions afin de faire céder sa volonté.

On peut cependant observer que l'objectif d'obtenir de telles faveurs aboutit à une certaine confusion entre ce délit et les tentatives d'agressions sexuelles et qu'il constitue un dol spécial pouvant soulever des difficultés de preuve.

1.4. Conséquences de la décision du Conseil constitutionnel

1.4.1. Dépêche adressée le 10 mai 2012 aux juridictions par la direction des affaires criminelles et des grâces

Le 10 mai dernier, la Directrice des affaires criminelles et des grâces a adressé pour attribution aux procureurs généraux près les cours d'appel et aux procureurs de la République, et pour information aux premiers présidents des cours d'appel et aux présidents des tribunaux de grande instance une dépêche CRIM-AP N°10-780-D2 les informant de la décision du Conseil constitutionnel du 4 mai 2012 ainsi que de ses conséquences

Après avoir brièvement présenté la décision, la dépêche précise comme suit ses conséquences :

Le Conseil constitutionnel a précisé, en application de l'article 62 de la Constitution, que l'abrogation de cet article prenait effet dès la publication au Journal Officiel de la décision du Conseil constitutionnel, soit le 5 mai 2012.

Elle est donc applicable à toutes les procédures non définitivement jugées à cette date.

A- Les conséquences sur les procédures en cours

Dans les procédures en cours, vous veillerez à ne plus requérir le renvoi devant une juridiction en retenant la qualification de harcèlement sexuel sur le fondement de l'article 222-33 du code pénal.

Au stade des poursuites, avant saisine de la juridiction répressive, il vous appartiendra d'examiner si les faits initialement qualifiés de harcèlement sexuel peuvent être poursuivis sous d'autres qualifications, telles que celles relatives aux violences volontaires, le cas échéant avec préméditation⁶, voire au harcèlement moral si ces faits ont eu lieu dans le cadre de relations professionnelles⁷. La qualification de tentative d'agression sexuelle pourra également, le cas échéant, être retenue.

Dans le cadre de l'information judiciaire, le juge d'instruction ou le parquet pourront, au visa de l'article 173 du code de procédure pénale, saisir la chambre de l'instruction aux fins d'annulation de la mise en examen sur le fondement de l'article 222-33 du code pénal.

Lorsque la juridiction correctionnelle est déjà saisie et que les poursuites sont diligentées sur le fondement de l'article 222-33 du code pénal, il vous appartiendra de requérir la nullité de la qualification juridique retenue, la poursuite étant désormais dépourvue de base légale.

Dès lors qu'une requalification est envisageable :

- Si le prévenu est présent, il conviendra de veiller à ce que les débats puissent porter sur cette nouvelle qualification et que le prévenu soit en mesure de s'expliquer sur celle-ci. Vous veillerez ensuite à requérir auprès du tribunal la requalification de l'infraction reprochée.

Dans le cadre des réquisitions, vous rappellerez que le tribunal ne peut prononcer la relaxe du chef de l'article 222-33 du code pénal, s'agissant d'une qualification désormais inexistante. Une relaxe prononcée par le tribunal correctionnel empêcherait en effet de nouvelles poursuites, en vertu du principe « non bis in idem ».

- Si le prévenu est absent, vous veillerez à formaliser une nouvelle poursuite pénale.

Il appartiendra au juge ou au tribunal, le cas échéant, de rechercher après débat contradictoire si les faits objet de la saisine peuvent revêtir une autre qualification.

⁶ La notion de harcèlement implique en effet nécessairement un comportement se traduisant par des pressions morales ou psychologiques, quelle qu'en soit la nature et la préméditation pouvant être déduite le cas échéant du caractère répétitif des faits.

⁷ Ces agissements, réprimés par l'article 222-33-2 du code pénal, doivent avoir eu pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte aux droits et à la dignité de la victime, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel. Ces agissements ont, par définition, un caractère répétitif.

A l'audience, en application des dispositions combinées des articles 388 du code de procédure pénale et 6§1 de la Convention européenne des droit de l'homme, aucune requalification faisant encourir des peines plus sévères ne pourra avoir lieu en l'absence du prévenu.

Il y a lieu en effet de rappeler que le tribunal correctionnel doit restituer aux faits dont il est saisi leur véritable qualification et ne peut prononcer de décision de relaxe qu'après avoir vérifié que les faits dont il est saisi⁸ ne constituent aucune infraction. Afin de respecter le principe du contradictoire, sans avoir à recueillir l'acceptation du prévenu, le tribunal devra évidemment avoir mis en mesure le prévenu de s'expliquer sur la nouvelle qualification retenue.

Conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a expressément précisé que l'abrogation de l'article 222-33 du code pénal est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date. Les décisions rendues et ayant acquis un caractère définitif ne sont donc pas remises en cause par cette abrogation, tant en ce qui concerne leur exécution que leur inscription au casier judiciaire.

B - Les conséquences de cette décision sur l'article L. 1153-1 du code du travail

Le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur la conformité à la Constitution de l'article L. 1153-1 du code du travail, dont il n'était pas saisi et qui dispose que « 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 » combiné à l'article L. 1155-2 du même code, qui dispose que « les faits de harcèlement moral et sexuel, définis aux articles L. 1152-1 et L. 1153-1, sont punis d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 15 000 € ».

Dans l'attente d'une éventuelle QPC ou d'une intervention du législateur sur ce texte, l'infraction est toujours en vigueur. Lorsque le juge d'instruction ou la juridiction correctionnelle sont déjà saisis sur le fondement de l'article L. 1153-1 du code du travail, la nullité de la qualification juridique ne pourra donc pas être constatée dès lors que le texte n'est pas formellement abrogé,

Force est toutefois de constater que l'incrimination issue de la combinaison des articles L. 1153-1 et L. 1155-2 du code du travail n'est pas rédigée de manière plus précise que le texte de l'article 222-33 du code pénal. Dans un souci de sécurité juridique, il sera donc opportun de privilégier les poursuites sous d'autres qualifications, comme indiqué ci-dessus à propos de l'article 222-33 du code pénal.

Il convient en revanche de souligner que la décision du Conseil constitutionnel n'a aucune incidence sur l'aspect non pénal de la question (principe de la prohibition du harcèlement, interdiction de licencier celui qui refuse du harcèlement ou qui témoigne, faute disciplinaire, obligation de surveillance de l'employeur... prévus par les articles L 1153-1 à L. 1153-6 et L. 1154-1 du code du travail).

En conclusion, il a été demandé aux parquets de tenir informée la DACG de toute décision qui méconnaîtrait le sens de la décision du Conseil constitutionnel et de la présente dépêche.

1.4.2. Premières décisions judiciaires rendues ou intervenues à la suite de la décision du Conseil

A ce jour, la DACG n'a été informée que d'une seule affaire depuis la décision du Conseil constitutionnel, par le parquet général de Paris.

⁸ Si le tribunal souhaite substituer des faits distincts à ceux de la prévention, il doit en ce cas veiller à ce que le prévenu accepte expressément d'être jugé sur des faits nouveaux.

A la suite d'une plainte préalable d'une victime des chefs d'agression sexuelle et de harcèlement sexuel et d'une première décision de classement sans suite, le parquet de Paris avait finalement délivré une citation directe du chef de harcèlement sexuel, considérant que les faits d'agression sexuelle étaient insuffisamment caractérisés.

L'audience au fond a eu lieu devant la 31^{ème} chambre du tribunal correctionnel de Paris le 14 mars 2012, le tribunal mettant l'affaire en délibéré au 9 mai 2012.

Le jour du délibéré, compte tenu de la décision du Conseil constitutionnel entre temps intervenue, la partie civile a demandé la réouverture des débats, demandant au tribunal de requalifier les faits en agression sexuelle.

Cette requalification n'a pas semblé envisageable au tribunal qui a choisi de **déclarer l'extinction de l'action publique** fondée sur l'article 6 du code de procédure pénale, laissant au parquet le soin de poursuivre, éventuellement après enquête complémentaire et expertises, sous la qualification la plus appropriée.

La DACG a également été informée par le parquet général de Nîmes que la Cour d'Appel de Nîmes est actuellement saisie de 12 procédures d'appel de jugements rendus sur le fondement de l'article 222-33 du code pénal (4 relaxes, 8 condamnations). Un arrêt étant également en cours de délibéré.

Une nouvelle dépêche a été adressée par la direction des affaires criminelles et des grâces aux juridictions le 7 juin 2012 demandant de faire connaître au ministère de la justice toutes les réquisitions et décisions intervenues dans les procédures concernant des faits de harcèlement sexuel depuis la décision du Conseil constitutionnelle.

1.4.3. Observations générales sur les conséquences de la décision du Conseil

Il résulte des développements ci-dessus que, si la décision du Conseil constitutionnel ne provoque pas un vide juridique total, des faits auparavant poursuivis sous la qualification de harcèlement sexuel pouvant, dans certains cas, être poursuivis sous une autre qualification, il demeure qu'il en résulte un vide juridique partiel et une incertitude juridique certaine puisque, d'une part cette requalification est susceptible de se heurter à des obstacles d'ordre procédural, et, d'autre part, il existe des hypothèses dans lesquelles aucune autre qualification n'est envisageable.

Dans ces deux derniers cas, aucune condamnation pénale ne pourra être prononcée par les juridictions répressives à la suite des plaintes des victimes.

Aucune condamnation à des dommages et intérêts ne pourra non plus être prononcée par ces juridictions, si elles ont été saisies, sur le fondement d'une éventuelle faute civile.

1.5. Cadre constitutionnel et communautaire relatif au harcèlement sexuel

1.5.1. Cadre constitutionnel

Par décision du 4 mai 2012 n°2012-240 QPC, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution l'article 222-33 du code pénal qui prévoyait que « *le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende* ».

Le Conseil était saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité transmise par la Cour de cassation qui invoquait la violation du principe de légalité des délits et des peines en ce que l'incrimination de harcèlement sexuel ne définissait pas précisément les éléments constitutifs de ce délit.

Le Conseil constitutionnel rappelle que, dans sa rédaction résultant de la loi n°92-684 du 22 juillet 1992, le harcèlement sexuel, prévu et réprimé par l'article 222-33 du nouveau code pénal, était défini comme « 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 ». L'article 11 de la loi n°98-468 du 17 juin 1998 a donné une nouvelle définition de ce délit en substituant aux mots « en usant d'ordres, de menaces ou de contraintes », les mots : « en donnant des ordres, proférant des menaces, imposant des contraintes ou exerçant des pressions graves ». L'article 179 de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 a de nouveau modifié la définition du délit de harcèlement sexuel, dans les termes rappelés précédemment.

Il ajoute que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis.

Le Conseil a considéré que l'article 222-33 du code pénal permettait que « le délit de harcèlement sexuel soit punissable sans que les éléments constitutifs de l'infraction soient suffisamment définis ». Il en a conclu que, ces dispositions méconnaissant le principe de légalité des délits et des peines, elles devaient être déclarées contraires à la Constitution.

1.5.2. Eléments de droit de l'Union Européenne

Il existe actuellement **cinq directives européennes** qui peuvent servir de référence à la notion de harcèlement :

- la directive 2000/43 du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ;
- la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;
- la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CE du Conseil du 9 février 1976 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.
- la directive 2004/113 du Conseil mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services ;
- la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (dite « directive refonte »).

Ces directives participent d'un ensemble de normes communautaires visant à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes et/ou l'égalité de traitement par rapport à d'autres motifs de discrimination (race, origine ethnique, religion, âge, handicap, convictions, orientation sexuelle). Elles présentent un dispositif similaire : elles définissent les notions de discriminations directe et indirecte et de harcèlement, que les Etats membres ont l'obligation de prohiber, prévoient la possibilité pour les associations, organismes ou personnes morales ayant pour objet la lutte contre les discriminations d'engager toute procédure judiciaire ou administrative pour le compte ou à l'appui du plaignant, aménagent la charge de la preuve et prévoit la désignation d'un ou plusieurs organismes chargé de promouvoir l'égalité de traitement entre toutes les personnes.

La définition du harcèlement sexuel, telle qu'issue de ces directives est la suivante :

Constitue un harcèlement sexuel « *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* ».

L'analyse de ces dispositions, **au regard du principe de légalité des incriminations**, a fait apparaître que **cette rédaction était trop imprécise pour définir une infraction pénale**, notamment car elle ne repose pas sur des éléments objectifs (le comportement de l'auteur du harcèlement) mais sur des considérations subjectives (la perception de la victime du harcèlement)⁹ et qu'elle retient une acception particulièrement large de l'élément intentionnel (« avec pour objet ou pour effet »). Or, le principe de légalité des peines exige que le législateur fixe lui-même le champ d'application de la loi pénale, et définisse les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis. Le code pénal français exige en outre la preuve d'un élément intentionnel¹⁰.

Il est dès lors apparu opportun au Gouvernement, en l'état du droit applicable et au regard de ces principes, de ne pas remettre en cause les éléments constitutifs qui, en droit français, définissaient les « discriminations » et le « harcèlement » pénalement sanctionnés.

La loi adoptée le 27 mai 2008 (**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**) destinée à répondre aux griefs de défaut de transposition soulevés par la Commission a modifié le code du travail mais n'a pas modifié les éléments constitutifs des infractions pénales existantes.

En cela, le droit français n'était pas contraire aux dispositions européennes puisque les différentes directives précitées n'imposent pas aux Etats membres de sanctionner pénalement les faits de "harcèlement" tels que définis par les directives :

- L'article 14 de la directive 2004/113 précise notamment : « *Les États membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales adoptées en application de la présente directive et prennent toute mesure nécessaire pour assurer l'application de celles-ci. Les sanctions, qui peuvent comprendre le versement d'une indemnisation à la victime, doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. Les États membres notifient ces dispositions à la Commission au plus tard le 21 décembre 2007 et toute modification ultérieure les concernant dans les meilleurs délais.* »
- L'article 25 de la directive 2006/54 est semblable.

⁹ Analyse de Monsieur Matthias GUYOMAR, Maître des requêtes au Conseil d'Etat en date du 6 avril 2000.

¹⁰ Décision du Conseil Constitutionnel 2001- 455 – DC du 12 janvier 2002 – Loi de modernisation sociale – considérant 82

Ainsi la loi du 27 mai 2008 définit et prohibe mais ne sanctionne pas pénalement les discriminations directe et indirecte ainsi que le harcèlement dans une définition de ces comportements identiques à celles données par les directives:

- L'article 1^{er} de la loi dispose : « *la discrimination inclut tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, 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* ».

Cette mise en œuvre par la France de dispositions européennes a été admise par la Commission qui n'a pas donné suite aux mises en demeure.

➤ **Conseil de l'Europe (CAHVIO)**

Le même souci de respect des principes constitutionnels a guidé les États qui ont participé à la négociation de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (CAHVIO) ouverte à la signature à Istanbul le 11 mai 2011. Ils ont constaté la même difficulté pour imposer des sanctions pénales dès lors que la définition du harcèlement faisait référence à une définition très large et **l'article 40 de la Convention n'impose pas, contrairement à la plupart des autres articles de la Convention, l'introduction des sanctions pénales.**

En effet cet article stipule : « *Article 40 – Harcèlement sexuel*

Les Parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour que toute forme de comportement non désiré, verbal, non-verbal ou physique, à caractère sexuel, ayant pour objet ou pour effet de violer la dignité d'une personne, en particulier lorsque ce comportement crée un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant, soit soumise à des sanctions pénales ou autres sanctions légales ».

Le rapport explicatif rappelle que les rédacteurs ont décidé de laisser aux Parties le soin de choisir le type de conséquences que l'auteur induit dès lors qu'il commet cette infraction spécifique. Ils ont reconnu que nombre de législations nationales considèrent le harcèlement sexuel comme relevant du droit civil ou du droit du travail. Par conséquent, « les Parties sont libres de traiter le harcèlement sexuel dans le cadre de leur droit pénal ou bien en lui appliquant des sanctions administratives ou d'autres sanctions légales, tout en s'assurant que le droit aborde le harcèlement sexuel ».

Il y a lieu de rappeler qu'au regard des instances européennes, le principe de légalité des poursuites est un principe mentionné dans **la Charte des droits fondamentaux de l'UE**, dans la convention européenne des Droits de l'Homme, et la déclaration universelle des Droits civils, civiques et politiques comprennent un principe semblable.

L'article 49 de la Charte des droits fondamentaux est rédigé d'une façon très semblable à l'article 34 de la Constitution¹¹.

¹¹ « *Principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines*

1. *Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou le droit international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit une peine plus légère, celle-ci doit être appliquée.*

2. *Le présent article ne porte pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux reconnus par l'ensemble des nations.*

3. *L'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction. »*

Des débats ont lieu actuellement sur la place du droit pénal dans l'Union européenne et il n'est pas inintéressant de citer les conclusions du rapport d'un parlementaire européen, Monsieur Cornelis de Jong, actuellement soumis au PE et portant sur « une approche de l'Union européenne en matière de droit pénal » (2010/2310(INI)) :

1.4.3 Droit comparé

Selon les pays, le harcèlement sexuel fait ou non l'objet d'une incrimination pénale spécifique et peut dans certaines circonstances, être réprimé sur le fondement d'autres textes, plus généraux ou spéciaux.

En Allemagne, au Canada et aux Pays-Bas, il n'existe **pas de texte d'incrimination pénale spécifique** au harcèlement sexuel, mais il peut éventuellement être fait application d'infractions voisines réprimant ce type de comportement.

Au Canada, les actes de harcèlement sexuel, ne peuvent être réprimés pénalement que sur la base d'autres incriminations, telles que l'intimidation, les voies de fait, ou encore les agressions sexuelles. Il en est de même en Allemagne et aux Pays-Bas, où les faits de harcèlement ne sont toujours pas incriminés spécifiquement, mais peuvent être appréhendés pénalement par d'autres incriminations voisines telles que l'injure, le harcèlement physique ou l'attentat à la pudeur.

Des textes répressifs spécifiques au harcèlement sexuel existent en revanche en **Croatie, Espagne, Italie, Malte et Royaume-Uni**. L'incrimination peut couvrir spécifiquement des faits à connotation sexuelle (Espagne, Croatie) ou bien encore le harcèlement au sens large, qu'il soit moral ou sexuel (Italie, Royaume-Uni). Elle peut même, parfois, cohabiter avec d'autres textes répressifs permettant éventuellement de poursuivre de tels actes.

En Espagne, le harcèlement sexuel est **expressément réprimé** à l'article 184 du Code pénal, mais d'autres textes répressifs voisins sont susceptibles de pouvoir être appliqués: la contrainte liée à une relation affective, ou bien encore la torture et l'atteinte à l'intégrité morale. **En Italie**, outre l'incrimination spécifique relative au **harcèlement en toutes ses formes** « *stalking* », et contenue dans le code pénal depuis 2009 à l'article 612 bis, il peut être fait application en matière de harcèlement, de l'infraction contraventionnelle plus générale de l'article 660 relative aux faits de harcèlement ou de trouble exercés dans un lieu public ou par téléphone. **A Malte**, la répression du harcèlement est prévue de manière générale, dans le code pénal aux articles 251A et 252B, mais aussi dans des lois annexes, *The equality for men and women Act (Laws of malta cap 456)* et *the employment and industrial relations Act (Laws of malta Cap 452.)*. **Au Royaume-Uni**, harcèlement, sexuel ou moral, est réprimé expressément par la *protection from harassment Act de 1997*.

La répression du harcèlement sexuel est très variable, selon les pays, en raison des choix qui ont été faits par les législateurs. Les politiques répressives ne sont pas uniformisées.

Certains ont privilégié la voie pénale en adoptant des textes d'incrimination spécifiques (**Espagne, Italie, Malte, Royaume-Uni**) alors que d'autres ont choisi de traiter d'abord ce contentieux par la voie civile

« Le rapporteur estime que des dispositions en matière de droit pénal sont trop facilement proposées en raison de leurs prétendus effets symboliques et dissuasifs: elles visent en fait à montrer aux citoyens européens que l'Union européenne se préoccupe sérieusement de leur sécurité et à faire comprendre clairement aux délinquants potentiels qu'ils seront sévèrement punis. Or, en réalité, ce n'est pas une disposition à caractère pénal en tant que telle qui permet de réduire le taux de criminalité dans l'Union européenne. La poursuite des infractions pénales est tout aussi, voire plus importante. Le fait même que l'Union européenne ait adopté une nouvelle législation ne réduit pas le taux de criminalité. Son application ne peut être efficace que si les dispositions juridiques sont parfaitement et correspondent aux systèmes nationaux existants. L'existence de dispositions pénales combinée à leur application permet, en règle générale, de produire des effets sur la criminalité. Enfin, on ne soulignera jamais assez combien il est important de respecter pleinement la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme lors de l'élaboration de nouvelles dispositions de droit pénal. Dans tous les cas, il est impératif de vérifier que les droits de l'homme sont respectés, car il s'agit en l'occurrence de l'une des mesures les plus intrusives qu'un gouvernement puisse imposer à ses citoyens. La nécessité d'un tel contrôle n'a pas été évoquée explicitement dans le présent rapport, mais il va de soi que, dans le cadre des principes qui ont été mentionnés, un tel contrôle devra être effectuée systématiquement. »

(Canada, Allemagne, Pays-Bas) avec possibilité, pour les deux derniers pays, de rechercher la responsabilité civile du chef d'entreprise en cas d'inaction de sa part.

A - Contenu de la notion pénale de harcèlement sexuel

L'Italie, Malte et le Royaume-Uni incriminent le harcèlement sexuel, selon des dispositions répressives « ouvertes ». **La Croatie et l'Espagne** retient une conception plus circonstanciée de la notion de harcèlement sexuel, et incrimine spécifiquement l'acte d'harcèlement sexuel.

L'Allemagne, le Canada et les Pays-Bas ne disposant pas d'incrimination spécifique sur le harcèlement, la répression d'un tel acte est plus délicate, car subordonnée à l'application d'incriminations dont les éléments constitutifs ne sont pas toujours réunis en présence d'un harcèlement sexuel : l'injure, le harcèlement physique ou les violences.

- Incrimination large : harcèlement sexuel ou moral

En Italie, l'infraction de « *stalking* » réprime de façon très large les faits de harcèlement. Il est question en effet, à l'article 612 bis du Code pénal, de « *conduites répétées, menaçantes ou harcelantes de nature à générer auprès de la victime un état durable et grave d'anxiété ou de peur, ou à provoquer à son encontre une crainte pour sa propre sécurité ou celle d'un proche, de son conjoint ou d'une personne qui lui est liée affectivement, ou à la contraindre à modifier ses habitudes de vie* ». Cette notion permet d'inclure toutes les formes de harcèlement moral, sexuel, sur le lieu de travail ou dans la sphère privée. L'article 660 du code pénal, qui réprime le fait de harceler ou troubler quiconque dans un lieu public ou par téléphone, retient également une conception générique de l'acte de harcèlement, sexuel ou moral.

A Malte, Dans le code pénal, les articles 251A et 252B introduits en 2005, répriment aussi le délit de « *Stalking* ». **Est incriminé le harcèlement dans son sens le plus générique** ainsi que le comportement de harcèlement qui a pour effet de causer à la victime une anxiété, une peur d'être violente ou une détresse. La loi vise non seulement la peur d'atteinte contre la personne elle-même ou sa famille, mais aussi celle contre leur bien. Le harcèlement est également réprimé dans le cadre de deux autres textes : ***The equality for men and women, Act (Laws of Malta Cap 456) et the employment and industrial relations Act (Laws of Malta cap.452)***. Le harcèlement sexuel est expressément prévu dans ces deux textes sous l'angle de la discrimination. Est puni « *le fait de soumettre sur la base d'une discrimination sexuelle un employé ou un employeur soit par requête, conduites y compris verbales, gestes, images ou tout autre objet, à ce qu'une personne raisonnable pourrait considérer comme un traitement offensant, humiliant ou intimidant* ». Est également punissable « *le fait d'intimider un employé ou de demander une faveur sexuelle ou de le soumettre à des gestes ou actes à connotation sexuelle* ».

Au Royaume-Uni, il existe un texte général sur le harcèlement, qui peut être sexuel ou moral : ***Protection from Harassment Act de 1997***. Ce texte interdit le harcèlement en général et non spécifiquement le harcèlement sexuel sur les lieux de travail. En vertu de ce texte, « *une personne ne doit pas rechercher une conduite qui équivaldrait à un harcèlement d'une autre personne et dont elle est consciente que ses actions équivaldraient au harcèlement d'une autre personne* ».

- Incrimination plus encadrée: harcèlement sexuel au travail ou dans le cadre d'une prestation de service

En Espagne, l'article 184 alinéa 1^{er} réprime le harcèlement sexuel de façon explicite, mais **dans certaines circonstances seulement**, notamment dans le cadre d'une relation de travail, d'enseignement ou de prestations de service. La répression est contenue dans le cadre d'une **ambiance de harcèlement**. Est reconnu coupable de harcèlement sexuel « *celui qui sollicite des faveurs de nature sexuelle, pour lui ou pour un tiers, dans le cadre d'une relation, continue ou habituelle, de travail, d'enseignement ou de prestation de service, et par ce comportement provoque pour la victime une situation objectivement et gravement intimidante, hostile ou humiliante ...* ». Une autre incrimination voisine peut également permettre de poursuivre des faits de harcèlement sexuels. L'article **173 du code pénal relatif aux tortures et atteintes à l'intégrité morale** punit en effet « *celui qui dans le cadre du travail se prévaut de sa supériorité pour réaliser de manière réitérée des actes hostiles et humiliants qui, sans aller jusqu'à constituer un traitement dégradant, suppose un grave harcèlement contre la victime ou la volonté d'empêcher celle-ci de jouir de son environnement* ». Si deux autres dispositions du code pénal espagnol, l'une relative à la **contrainte liée à une relation affective**¹² (article 172-2) et l'autre relative à la **torture et atteinte à l'intégrité morale**¹³ (article 173 alinéa 1^{er}) peuvent être invoquées éventuellement à l'appui de poursuites pour harcèlement sexuel, il convient toutefois d'en relativiser leur portée. Ces articles ne sont pas spécifiques au harcèlement sexuel, et surtout, le champ d'application du premier est limité à une situation bien particulière, la contrainte exercée sur une personne avec laquelle l'auteur avait eu une relation dans le passé, tandis que le second concerne davantage une situation de harcèlement moral.

- Absence d'incrimination et recours à des dispositions voisines

En Allemagne, un harcèlement sexuel non accompagné d'une injure ou d'un « harcèlement physique » n'est pas punissable en tant que tel. Ce dernier concept de harcèlement physique, punissable en tant que tel, fait d'ailleurs plutôt référence à un **harcèlement moral**, en appréhendant davantage la **poursuite** ou la traque d'une personne, ainsi que la **pression psychologique** sur cette dernière en ces termes : est punissable « le fait de poursuivre indument autrui de manière répétée en se rendant dans son entourage [...] en le menaçant d'attenter à sa vie, à sa liberté [...] ».

Aux Pays-Bas, les atteintes les plus sérieuses de harcèlement sexuel sont incriminées en général en tant qu'agression sexuelle ou de harcèlement moral, l'article 285 b visant plutôt une forme de harcèlement pathologique (délit de « *Stalking* »). Les faits de harcèlement sexuels peuvent également être réprimés sur le fondement de l'article 249 du Code pénal aux termes duquel : « est puni d'une peine d'emprisonnement de six ans au plus ou d'une amende de quatrième catégorie, **celui qui commet des actes de débauche avec son domestique ou subalterne, avec une personne soumise à son autorité ou confiée ou recommandée à sa vigilance, le dirigeant, le médecin, l'enseignant, l'employé, le surveillant ou l'employé dans une prison, un établissement d'Etat de la protection de l'enfance, un orphelinat, un hôpital ou un établissement de bienfaisance** avec une personne qui y séjourne.

¹² **La contrainte liée à une relation affective** : aux termes de l'article 172-2, celui qui contraint une autre personne avec qui il a, ou a eu, une relation affective, avec ou sans vie commune, à agir contre sa volonté sera condamné à une peine de 6 à un an ou à des jours de TIG

¹³ **Torture et atteinte à l'intégrité morale** : aux termes de cet article, celui qui inflige un traitement dégradant portant gravement atteinte à l'intégrité morale sera puni d'une peine d'emprisonnement de 6 mois à 2 ans.

Au Canada, les faits de harcèlement sexuel, bien que non incriminés spécifiquement par la loi pénale, peuvent être poursuivis sur le fondement de l'incrimination de « voie de fait », ou d'intimidation. Mais, dans tous les cas, doit être rapportée **la preuve d'actes de violences, ou de menaces de violences**. L'article 265 relatif aux voies de fait référence notamment à l'emploi de la force indirectement sur une autre personne ou de menaces par un acte ou un geste d'employer la force, faisant croire pour des motifs raisonnables qu'on est en mesure d'accomplir son dessein. L'article 423 sur l'intimidation réprime notamment le fait de forcer une personne à réaliser quelque chose au moyen de menaces.

B - Peines et circonstances aggravantes

L'éventail des peines est assez étendu selon les pays. **Malte et le Royaume-Uni** prévoient les peines les plus faibles, tandis que **la Croatie et l'Allemagne** –qui n'incrimine pas directement il est vrai le harcèlement sexuel- réprime le plus sévèrement le harcèlement physique. L'ensemble des pays, **à l'exception de la Croatie et du Royaume-Uni**, prévoient des circonstances aggravantes.

A Malte, les peines prévues pour les infractions du code pénal sont de 1 à 3 mois d'emprisonnement et 2.329,37 euros à 4.658,75 euros pour le harcèlement dans son sens le plus générique, et de **3 à 6 mois d'emprisonnement, et 4.658,75 euros à 11.646,87 euros** lorsqu'il s'agit d'un harcèlement entraînant une peur pour sa sécurité ou ses biens.

Au Royaume-Uni, les peines prévues en cas de harcèlement ne dépassent pas 6 mois d'emprisonnement. Une amende est également prévue.

En Espagne, le harcèlement est passible de trois à 5 mois d'emprisonnement ou de 6 à 10 mois de jour-amendes. Des circonstances aggravantes sont prévues et la peine est aggravée de 5 à 7 mois et les jour-amendes de 10 à 14 mois dans deux circonstances :

- lorsque les **faits auront été accompagnés de menaces** (article 184 al 2 : « lorsque le coupable se sera prévalu de sa supériorité professionnelle, hiérarchique ou d'enseignant et aura annoncé, **expressément ou tacitement**, causer un mal à la victime en lien avec les attentes légitimes qu'elle peut avoir dans le cadre de leur relation. »

- lorsqu'est constaté l'état **de vulnérabilité de la victime** (art 184 al 3 : « quand la victime est spécialement vulnérable en raison de son âge, d'une maladie ou d'une situation particulière.

En cas de cumul de ces deux circonstances aggravantes, la peine encourue est aggravée de 6 mois à un an d'emprisonnement.

En Italie, la peine encourue pour les faits de « *stalking* » est comprise entre 6 mois et 4 ans. La peine prévue pour le délit de « *stalking* » peut être aggravée jusqu'au tiers lorsque les faits sont commis par le conjoint séparé légalement ou divorcé, ou par le concubin, et jusqu'à la moitié si les faits sont commis sur les personnes les plus vulnérables telles que les mineurs, les femmes enceintes, ou les personnes incapables. L'infraction de « *stalking* » constitue par ailleurs une circonstance aggravante des infractions d'homicide ou d'agressions sexuelles.

En Allemagne, le harcèlement physique est puni d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 3 ans ou d'une amende. La peine est de trois mois à cinq ans lorsque l'auteur des faits a mis la victime, un membre de sa famille ou une autre personne qui lui est proche en danger de mort ou d'atteinte grave à sa santé. Lorsque l'auteur des faits a causé la mort de la victime, d'un membre de sa famille ou d'une autre personne qui lui est proche, la peine est de un à 10 ans d'emprisonnement.

En Croatie, la peine encourue est égale à un an d'emprisonnement.

C - Le harcèlement sexuel hors champ pénal

Dans certains pays, tels que **Malte**, les différentes dispositions qui existent sont de nature répressive et concernent spécifiquement le harcèlement sexuel. Dans la majorité des autres pays, il existe, parallèlement aux dispositions répressives, **des règles civiles ou de droit du travail**. Les contentieux non pénaux peuvent être **de nature civile (Italie), travailliste (Allemagne) ou mixte (Canada, Royaume-Uni et Pays-Bas)**.

En Allemagne et aux Pays-Bas, la législation en matière de lutte contre les discriminations prévoit des procédures internes au sein de l'entreprise faisant peser sur le dirigeant une obligation d'information et une obligation de réparation en cas de préjudice subi par un de ses salariés.

. Droit civil

En Italie, le texte de transposition de la directive, réalisée par le décret-loi du 11 avril 2006 donne une définition du harcèlement sexuel : « comportements inadaptés à connotation sexuelle prenant une forme physique, verbale ou non, ayant pour but ou l'effet de violer la dignité d'un travailleur ou d'une travailleuse et de créer un climat intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant » et peut servir de fondement à **une action en responsabilité civile**.

. Droit du travail

En Allemagne, la loi générale sur l'égalité de traitement du 14 août 2006, qui a transposé la directive du 5 juillet 2006, définit le harcèlement sexuel, en tant que « comportement non désiré à visée sexuelle –et notamment des agissements, contacts physiques ou incitations à visée sexuelle, des remarques de contenu sexuel, et la présentation visible de contenus pornographiques- a pour but ou pour effet de porter atteinte à la dignité de la personne concernée, en particulier lorsqu'est créé un environnement caractérisé par des intimidations, des manifestations d'hostilité, des humiliations, des offenses ou des injures ». A cet acte de discrimination interdite dans le cadre professionnel, s'applique le **dispositif général de traitement des discriminations de l'entreprise résultant de la loi AGG** (plainte de la personne concernée à l'employeur, obligation pour celui-ci d'instruire le dossier et de prendre les mesures nécessaires, éventuel droit de retrait du salarié, obligation pour l'employeur de réparer financièrement le préjudice causé).

. Droit du travail et droit civil

Au Canada, la question des discriminations est traitée dans le cadre des **lois civiles et en droit du travail**. C'est la Commission canadienne de droits de la personne qui examine les cas de discriminations qui lui sont transmis par les victimes. Dans certaines hypothèses, la plainte de la victime peut être examinée par le tribunal canadien des droits de la personne.

Au Royaume-Uni, le « **Sex discrimination Act** » de 1975 (ainsi que le *Equality act de 2011*) qui proscrit le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et qui a intégré les éléments contenus dans la Directive de 2006, ne peut donner lieu à des poursuites pénales. Il donne des définitions d'actes interdits ou de comportements répréhensibles qui peuvent être portés en justice soit devant les « *county courts* » juridictions civiles, ou le plus souvent devant les « *employments tribunals* », tribunaux du travail.

Aux Pays-Bas, la loi sur l'égalité de traitement et sur la non discrimination « *Algemene Wet Gelijke Behandeling* » et « *Wet Gelijke Behandeling mannen en vrouwen* » ainsi que le code civil néerlandais (*Burgerlijk Wetboek*) prévoit la possibilité pour une victime de harcèlement sexuel de réclamer réparation ou de forcer l'employeur à prendre les mesures qui s'imposent.

Le **code civil** néerlandais prévoit, dans le contexte professionnel, une interdiction générale du harcèlement sexuel qui est défini aux termes de l'article 7/646 comme une « *forme de conduite verbale, non verbale ou physique de nature sexuelle ayant pour but ou effet de violer la dignité d'une personne, en particulier en créant un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensif* ». Cette définition a pour origine le texte de la Directive 2002/73. **En droit du travail** (*Arbo-wet*) les employeurs doivent prendre toutes mesures pour éviter toute forme de harcèlement sexuel et sont soumis à une obligation d'information sur les dangers du harcèlement et sur les mesures propres à l'éviter.

2. Objectifs

2.1. Nécessité de l'action législative

2.1.1. Nécessité résultant de la censure du Conseil Constitutionnel

Le Conseil constitutionnel a précisé, dans sa décision n°2012-240 QPC du 4 mai 2012, en application de l'article 62 de la Constitution, que l'abrogation de l'article 222-23 du code pénal prenait effet dès la publication au Journal Officiel de la décision du Conseil constitutionnel, soit le 5 mai 2012.

Elle est donc applicable à toutes les procédures non définitivement jugées à cette date.

Une réforme législative rapide est donc indispensable pour rétablir la définition et la sanction du harcèlement sexuel en droit pénal.

Des coordinations en droit du travail sont également à envisager.

2.1.2. Nécessité mise en évidence par les très nombreuses propositions de loi déposées au Sénat suite à la décision du Conseil

Sept propositions de loi ont été enregistrées par la Présidence du Sénat depuis le 11 mai 2012, ce qui montre que les parlementaires, comme l'indique les exposés des motifs de ces propositions, estiment une réforme urgente et indispensable.

Ces propositions visent à une réécriture du harcèlement sexuel soit en s'inspirant de la rédaction issue de la loi de 1998, soit (majoritairement) en s'inspirant de la directive communautaire.

Elles procèdent par ailleurs aux coordinations dans le code du travail et dans la loi de 1983 relative au statut des fonctionnaires.

Seules sont commentées dans les précisions qui suivent les dispositions du code pénal concernant la définition même du harcèlement sexuel et ses pénalités.

1) La proposition de loi n° 539 déposée par M. Roland COURTEAU, vice président de la délégation aux droits des femmes

La nouvelle définition proposée par l'article 1^{er} de la proposition de loi s'inspire de la définition du harcèlement sexuel telle qu'elle existait dans le code pénal avant 2002 :

Art. 222-33. - « Le harcèlement sexuel est le fait d'user de menaces, d'intimidation ou de contrainte, ou d'exercer des pressions de toute nature dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle.

« Le harcèlement sexuel est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

« Il est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'il est commis par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions. »

Cette proposition de loi, qui émane du vice-président de la délégation aux droits des femmes, paraît conforme au principe de légalité des délits en ce qu'elle s'inspire de la définition d'avant 2002 et caractérise de la même manière le fait de harcèlement, dans le code pénal comme dans le code du travail.

Elle pose la question de la suppression de l'exigence de répétition des actes, qui peut soulever des difficultés en opportunité et également au regard des exigences constitutionnelles de nécessité et de proportionnalité.

Elle prévoit que constitue une circonstance aggravante, et non plus un élément constitutif du délit comme avant 2002, la commission des faits par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions.

Cette proposition de circonstance aggravante paraît particulièrement judicieuse.

2) La proposition de loi n° 536 déposée par M. Philippe KALTENBACH

La nouvelle définition proposée par l'article 1^{er} de la proposition de loi s'inspire de la définition du harcèlement sexuel en droit communautaire :

Art. 222-33. - Constitue un harcèlement sexuel tout propos, acte ou comportement non désiré, verbal ou non verbal, à connotation sexuelle, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte aux droits et à la dignité d'une personne ou de créer un environnement intimidant, hostile, humiliant ou offensant.

Le harcèlement sexuel est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. L'abus d'autorité représente une circonstance aggravante en matière de harcèlement sexuel.

L'abus d'autorité s'exprime soit :

1° Lorsque la personne exerçant le harcèlement est en position de pouvoir par rapport à la personne harcelée ;

2° Lorsqu'elle est commise par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ;

3° Lorsqu'elle est commise sous la menace d'une arme ou d'un animal ;

4° Lorsque l'auteur ou les auteurs profitent de l'état de vulnérabilité de la victime notamment économique ou de sa déficience physique ou psychique.

Le délit de harcèlement sexuel en cas d'abus d'autorité est puni d'une peine de 3 ans de prison et de 45 000 € d'amende.

S'agissant des éléments constitutifs du harcèlement sexuel, la rédaction proposée par la proposition de loi reprend les termes stricts de la directive européenne. Elle va même au-delà puisque cette directive parle d'un comportement ayant pour objet ou effet de porter atteinte à la dignité de la personne, mais non aux droits de celle-ci, précision qui semble procéder d'une confusion entre le harcèlement proprement dit les discriminations qui peuvent en résulter.

Cette rédaction paraît cependant manquer de précision suffisante pour définir une infraction pénale au regard du principe de légalité des incriminations, notamment car elle ne décrit pas suffisamment le comportement incriminé (à part qu'il y a une connotation sexuelle), mais simplement sa finalité ou ses effets.

Elle prévoit plusieurs circonstances aggravantes : outre l'abus d'autorité, les circonstances de réunion et de vulnérabilité de la victime paraissent très opportunes.

Néanmoins, la circonstance aggravante de commission des faits sous la menace d'une arme ou d'un animal apparaît moins pertinente. Si cette circonstance a en effet un sens dans le cas d'une agression sexuelle, il est difficile de concevoir comment des faits de harcèlement sexuel peuvent se commettre dans de telles conditions. Dès lors, c'est la qualification juridique des faits qui doit être modifiée.

3) La proposition de loi n° 540 déposée par M. Alain ANZIANI

La nouvelle définition proposée par l'article 1^{er} de la proposition de loi s'inspire de la définition du harcèlement sexuel en droit communautaire :

Art. 222-33. – Le fait de harceler autrui en portant atteinte à sa dignité et en créant un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Cette proposition de loi s'inspire de la définition communautaire du harcèlement et propose de le définir de la même façon dans le code pénal et le code du travail.

Cette définition pourrait poser un problème de conformité au principe de légalité des délits dès lors que le harcèlement n'est pas précisément défini.

Elle est par ailleurs plus restrictive sur un point que la directive puisqu'elle conserve un critère finaliste: l'obtention d'une faveur sexuelle.

4) La proposition de loi n° 558 présentée par Mme Brigitte GONTHIER-MAURIN et autres

La nouvelle définition proposée par l'article 1^{er} de la proposition de loi s'inspire de la définition du harcèlement sexuel en droit communautaire :

Art. 222-33. – Constitue un harcèlement sexuel tout comportement à connotation sexuelle qui porte atteinte à la dignité de la personne ou crée un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant, s'exprimant physiquement verbalement ou non, répété ou revêtant un caractère manifeste de gravité.

Le harcèlement sexuel est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

L'abus d'autorité représente une circonstance aggravante en matière de harcèlement sexuel, puni de trois ans de prison et de 45 000 euros d'amende.

L'abus d'autorité s'exprime :

-soit lorsque la personne exerçant le harcèlement est en position de pouvoir par rapport à la personne harcelée ;

-soit lorsqu'il est commis par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ;

-soit lorsqu'il est commis sous la menace d'une arme ou d'un animal ;

-soit lorsqu'il est profité de l'état de vulnérabilité de la victime notamment économique ou de sa déficience physique ou psychique ;

-soit lorsqu'il est commis sur un mineur.

S'agissant de la définition du délit, cette proposition de loi se caractérise par le fait que la nécessité d'agissements répétés n'est plus un élément constitutif du délit : le harcèlement sexuel est établi soit par des agissements répétés soit par un acte unique : "**revêtant un caractère manifeste de gravité**".

Ce critère alternatif constitue une piste intéressante mais risque de soulever un problème constitutionnel dès lors que serait laissée aux juges une latitude d'appréciation trop large, la qualification juridique d'un caractère manifestement grave pouvant se révéler trop imprécise.

Les circonstances aggravantes envisagées appellent les mêmes remarques que dans la proposition de M. Kaltenbach. La circonstance de minorité de la victime, non prévue dans la précédente proposition, paraît tout à fait justifiée.

5) La proposition de loi n° 556 déposée par Mme Muguette DINI et autres

La nouvelle définition proposée par l'article 1^{er} de la proposition de loi est la suivante :

Art. 222-33. – Le harcèlement sexuel est le fait par toute personne, d'imposer à autrui des agissements répétés de toute nature ayant pour objet ou pour effet de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant, dans le but d'obtenir pour elle ou pour une tierce personne, des actes de nature sexuelle.

Le harcèlement moral est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Il est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'il est commis par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions.

Cette proposition de loi s'inspire de la définition de la directive communautaire tout en maintenant la nécessité d'agissements répétés pour caractériser l'infraction.

Elle maintient toutefois la finalité de l'infraction, ce qui n'est pas nécessairement indispensable.

Elle envisage également l'abus d'autorité comme circonstance aggravante du délit, ce qui paraît opportun.

6) La proposition de loi déposée par Mme Chantal JOUANNO et autres.

Cette proposition rédige comme suit l'article 222-33 du code pénal :

« Constitue un harcèlement sexuel tout propos, acte ou comportement non désiré, verbal ou non verbal, à connotation sexuelle, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte aux droits et à la dignité d'une personne ou de créer un environnement intimidant, hostile, humiliant ou offensant. Le harcèlement sexuel est puni de 1 an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

Il s'agit donc d'une reprise de la définition des directives, étendue par la notion d'atteinte aux droits, qui appelle les mêmes réserves que celles exposées au 2) ci-dessus.

7) La proposition de loi déposée par Madame Esther BENBASSA et autres

La nouvelle définition proposée par l'article 1^{er} de la proposition de loi est la suivante :

« Art. 222-33 – Le harcèlement sexuel est le fait, réitéré, d'imposer à autrui par intimidation ou pression, des gestes ou des mots à caractère sexuel, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité, ou de créer un contexte hostile, dégradant ou humiliant. Il est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000€ d'amende.

Il est puni de deux ans d'emprisonnement et 30000€ d'amende lorsqu'il est commis :

1° par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;

2° à l'égard d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique, à sa situation économique, ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ;

3° par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ;

4° à raison de l'origine d'une personne, de son sexe, de son apparence physique, de ses mœurs, de son orientation ou son identité sexuelle, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

Les faits définis au premier alinéa sont également punis de deux ans d'emprisonnement et 30000€ d'amende s'ils sont commis en usant de contraintes ou de menaces, ou, qu'ils ont pour but d'obtenir des actes de nature sexuelle, y compris lorsqu'ils n'ont pas été réitérés.

Les peines encourues sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45000€ d'amende lorsque les faits définis au troisième alinéa sont commis :

1° par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;

2° à l'égard d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique, à sa situation économique, ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ;

3° par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ;

4° à raison de l'origine d'une personne, de son sexe, de son apparence physique, de ses mœurs, de son orientation ou son identité sexuelle, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ».

Cette proposition de loi propose ainsi une définition du harcèlement sexuel qui s'inspire à la fois de la directive et de la définition de 1992, et qui exige des faits répétés sauf en cas de menaces ou de contraintes, ou d'actes commis dans le but d'obtenir des actes de nature sexuelle.

Elle prévoit par ailleurs de nombreuses circonstances aggravantes.

La distinction liée à la gravité des actes pour exiger ou non la condition de répétition, alliée à une définition précise des agissements qui, du fait de leur gravité, sont incriminés même en l'absence de répétition, constitue une piste de réflexion particulièrement intéressante.

2.2- Objectifs

2.2.1 Premier objectif : rétablir une définition du harcèlement sexuel répondant aux exigences de l'article 34 de la Constitution

Les objectifs de clarté, précision et intelligibilité de la loi doivent s'appliquer à la définition du harcèlement sexuel tel qu'il devra nouvellement être défini dans le code pénal.

Il faudra également en tirer des conséquences dans le code du travail.

2.2.2. Deuxième objectif : permettre une protection suffisante des victimes

La censure des dispositions de l'article 222-23 du code pénal crée un vide juridique immédiat qui laisse les victimes démunies dès lors que les procédures en cours sont annulées depuis le 5 mai 2012.

Néanmoins, des consignes d'action publique ont été adressées aux parquets généraux afin de continuer à poursuivre les faits pouvant revêtir l'acceptation d'harcèlement sexuel, notamment sous l'angle des violences psychologiques.

Pour autant, il est indispensable qu'une nouvelle définition du harcèlement sexuel intervienne le plus rapidement possible.

Cette définition devra non seulement être claire, précise et intelligible, mais aussi assurer une meilleure protection des victimes en couvrant un champ plus large.

2.2.3. Troisième objectif : rétablir la cohérence entre le code pénal et le code du travail et distinguer clairement la question de la définition et de la pénalisation du harcèlement sexuel de celle de la définition et de la pénalisation des discriminations

Comme cela est apparu à l'occasion des réformes successives du code pénal et du code du travail, les notions de harcèlement et de discrimination qui peut en résulter ont parfois été confondues, et les nouvelles dispositions devront distinguer ces situations de façon cohérente.

3. Options

Différentes options ont pu être envisagées s'agissant :

- des éléments constitutifs de l'infraction pénale de harcèlement sexuel, tant des éléments matériels que de l'élément moral,
- des circonstances aggravantes de ce délit,
- de la question des discriminations faisant suite à un harcèlement et des coordinations à apporter au code du travail.

Ces options sont exposées ci-dessous :

3.1. Options concernant les éléments constitutifs du harcèlement sexuel

Option n°1 : Reprise de la définition du harcèlement sexuel qui existait avant la réforme de 2002.

Cette solution ne pose aucune difficulté constitutionnelle.

Elle a toutefois été écartée car elle ne permettrait pas une répression aussi efficace qu'il est souhaitable. La définition du harcèlement sexuel, telle que résultant de la loi de 1998 (qui a élargi la définition de 1992 et constituait à ce titre une amélioration) paraissait en effet trop restrictive.

Il est en premier lieu évident qu'on ne peut conserver l'exigence selon laquelle les faits sont commis « par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ».

Il est en effet impératif de ne plus faire référence au lien de subordination hiérarchique comme élément constitutif de l'infraction afin de ne pas restreindre inopportunément les poursuites, comme l'avait du reste expressément souhaité le législateur en 2002, cette condition ne répondant à aucune exigence constitutionnelle au regard du principe de légalité (et sa suppression ne violant en rien les principes de nécessité ou de proportionnalité). L'abus d'autorité devrait en revanche être conservé en tant que circonstance aggravante, comme c'est le cas actuellement pour de très nombreuses infractions.

En second lieu, définir le harcèlement comme des actes constituant diverses formes de pressions – le texte faisait référence à des ordres, des menaces, des contraintes ou des pressions graves- toutes commises « dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles » semble également très réducteur. Non seulement la preuve d'un tel « dol spécial » peut être très difficile à établir, mais il peut en effet exister des faits de harcèlement caractérisés qui n'ont pas véritablement cet objectif, leur auteur pouvant simplement humilier la victime sans souhaiter, ou sans donner l'impression qu'il souhaite, avoir une relation sexuelle avec elle.

En réalité, la référence à ces pressions et à l'objectif d'obtention de faveur sexuelle, même si elle existe depuis la définition originelle du délit adopté par voie d'amendement lors de la réforme du code pénal en 1992, opère une certaine confusion entre la définition du harcèlement sexuel et les notions de tentative d'agression sexuelle, ou d'acte préparatoire à de telles tentatives.

La décision du Conseil constitutionnel est donc l'occasion de proposer une définition mieux adaptée et plus cohérente du harcèlement sexuel.

Option n°2 : Reprise de la définition du harcèlement sexuel inspirée de celle qui existait avant la réforme de 2002, mais sans l'abus d'autorité.

Dans cette hypothèse, l'abus d'autorité deviendrait une circonstance aggravante et non plus un élément constitutif.

Cette solution a également été écartée, car définir le harcèlement comme des actes constituant des ordres, des menaces, des contraintes ou des pressions graves commises « dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles » semble également trop réducteur comme indiqué à propos de l'option n° 1.

Option n°3 : Nouvelle définition du harcèlement sexuel reprenant sa définition en droit communautaire

Les différentes directives relatives au harcèlement et au harcèlement sexuel définissent ce dernier 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* ».

Le Gouvernement considère que cette rédaction ne saurait être celle de la définition d'une infraction pénale car elle est trop générale et trop imprécise. Si cette rédaction était reprise dans le code pénal, en cas de nouvelle QPC, le risque de censure par le Conseil constitutionnel pour non respect du principe de légalité des incriminations serait particulièrement élevé.

Le texte européen ne définit en effet pas directement les faits de harcèlement sexuel, mais une « situation » dans laquelle survient un « comportement » dont elle précise surtout les conséquences, en faisant référence à son objet ou aux effets qu'il a produit.

La rédaction des directives peut donc servir d'*inspiration* à la rédaction d'une incrimination pénale conforme aux exigences constitutionnelles, mais elle ne peut être reprise in extenso.

Il convient à cet égard de souligner qu'aucune des ces directives n'exigent une sanction pénale, car elles permettent des sanctions civiles ou disciplinaires. Leur transposition a déjà été opérée, notamment par la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations et notre droit est donc actuellement en totale conformité avec ces directives.

C'est donc uniquement des considérations d'opportunité qui pourraient justifier - et qui justifient effectivement - qu'une nouvelle définition du délit pénal de harcèlement sexuel s'inspire en partie des définitions communautaires.

En tout état de cause, pour ces différentes raisons, la solution consistant à reprendre la définition communautaire en droit pénal a été écartée par le Gouvernement.

Option n° 4. Nouvelle définition s'inspirant de la définition en droit communautaire tout en respectant l'exigence constitutionnelle de légalité des incriminations

Cette option aboutit à la rédaction suivante :

Art. 222-33. I. - Constitue un harcèlement sexuel, puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende, le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des gestes, propos ou tous autres actes à connotation sexuelle soit portant atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant soit créant pour elle un environnement intimidant, hostile ou offensant.

II. - Est assimilé à un harcèlement sexuel et puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende, le fait mentionné au I qui, même en l'absence de répétition, s'accompagne d'ordres, de menaces, de contraintes ou de toute autre forme de pression grave accomplis dans le but réel ou apparent d'obtenir une relation de nature sexuelle, à son profit ou au profit d'un tiers.

Cette rédaction propose une distinction entre les faits de *harcèlement simple*, qui impliquent des comportements d'une moins grande gravité et qui doivent de ce fait être répétés, et les faits de *harcèlement aggravé*, qui, tendant à obtenir par la pression une relation de nature sexuelle, présentent une gravité particulière, et n'exigent pas la répétition.

Il peut être observé que c'était très précisément là l'intention originelle du législateur lors de l'adoption du nouveau code pénal dans lequel a été inséré le délit de harcèlement sexuel.

Ainsi, lors des débats parlementaires précédant le vote de la loi du 2 novembre 1992, devant l'Assemblée nationale en 2^{ème} lecture, le 2 décembre 1991, il fut notamment indiqué par le rapporteur M. Michel Pezet que le texte devait permettre « que le délit soit constitué même en cas d'acte unique »

M. Sapin, ministre délégué à la justice, indiquait en réponse : « la position du Gouvernement est claire : le harcèlement sexuel [...] peut se traduire par plusieurs actes, mais éventuellement par un seul acte d'une particulière gravité. »

1) S'agissant du *harcèlement simple*, cette rédaction définit de façon plus précise les éléments constitutifs du délit, en précisant qu'il doit s'agir d'agissements imposés et répétés, mais dans une version proche de celle de la directive.

La référence à un comportement « imposé » à la victime est inspirée de la rédaction sur l'exhibition sexuelle de l'article 222-32 du code pénal.

Cette rédaction ne rend en revanche plus indispensable, comme c'était le cas avant la réforme de 2002, l'existence de pressions dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles, ce qui apparaît trop restrictif. L'objectif d'obtenir de telles faveurs – dol spécial difficile à prouver, et aboutissant à une certaine confusion entre ce délit et les tentatives d'agressions sexuelles – est également supprimé des éléments constitutifs de l'incrimination de base.

Les termes « portant atteinte à [la] dignité [de la personne] en raison de leur caractère dégradant ou humiliant », qui figurent dans la directive, même s'ils devront, comme c'est le cas pour toute infraction, être interprétés et appliqués au cas par cas par les juridictions du fond (sous le contrôle de la Cour de cassation), ne paraissent pas présenter un caractère qui serait trop imprécis et subjectif au regard des exigences constitutionnelles. L'atteinte à la dignité figure en effet déjà dans la définition de plusieurs infractions prévues par le code pénal (harcèlement moral, portant atteinte à la dignité – ou au droits – de la personne, prévu par l'article 222-33-2, dont la définition a été expressément validée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 janvier 2002 ; conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, prévues par l'article 225-14 ; diffusion de messages susceptibles d'être vus par un mineur, prévue par l'article 227-24 ; outrages, prévus par les articles 433-5 et 434-24, et qui sont définis comme n'importe quel comportement « de nature à porter atteinte » ou « tendant à porter atteinte » à la dignité de la personne visée.).

Il résulte ainsi de la rédaction proposée que pourront désormais constituer des harcèlements sexuels pénalement réprimés, s'ils sont commis de façon répétée et sans l'accord de la personne, des faits tels que, par exemple, placer en évidence sur le bureau d'une personne ou dans sa voiture des revues pornographiques, lui tenir des propos grivois sur son comportement sexuel présumé, ou avoir devant elle des gestes obscènes.

2) S'agissant du *harcèlement aggravé*, ces faits, qui sont plus sévèrement réprimés (deux ans d'emprisonnement et 30 000€ d'amende au lieu d'un an d'emprisonnement et de 15 000€ d'amende) visent des agissements plus graves car ils s'apparentent à une forme de « chantage sexuel ».

Au vu de la gravité de ces faits, la nécessité d'agissements répétés a été supprimée du champ de cette incrimination.

3.2. Options concernant les circonstances aggravantes

Option n° 1. Maintenir les pénalités existant avant la décision du Conseil

Cette option consiste à conserver la peine d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende dans tous les cas de harcèlement.

Elle n'a pas été retenue car il existe des situations dans lesquelles il serait opportun de prévoir une aggravation de la peine en raison d'une plus grande gravité des faits.

Option n° 2. Prévoir des circonstances aggravantes

Outre l'hypothèse du harcèlement résultant de pressions, d'autres circonstances aggravantes, traditionnelles en droit pénal, car similaires à celles prévues pour d'autres infractions contenues dans le code pénal, paraissent opportunes.

Il s'agit de l'abus d'autorité, de la minorité ou de la particulière vulnérabilité de la victime ou de la commission des faits par plusieurs personnes.

Ces différentes circonstances aggravantes sont actuellement prévues en cas de violences et/ou de viol et d'agression sexuelle.

Elles porteront les peines jusqu'à trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende.

Le mécanisme des pénalités sera ainsi le suivant :

- 1) 1 an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende pour le harcèlement dans sa nouvelle définition élargie inspirée des directives ;
- 2) 2 ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende s'il existe des pressions en vue d'une relation sexuelle, hypothèse plus grave qui se rapproche de la définition de 1998 ;
- 3) Dans le cas 1), s'il existe des circonstances aggravantes 2 ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende ;
- 4) Dans le cas 2), s'il existe des circonstances aggravantes, 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende.

Cette option, qui permet que des situations d'une réelle gravité soient désormais saisies par le droit pénal, est celle retenue par le Gouvernement.

Depuis l'origine, le harcèlement sexuel est puni des très nombreuses peines complémentaires prévues par l'article 222-44 du code pénal, peines qui s'appliquent à tous les délits prévus par le chapitre II sur les atteintes à l'intégrité physique et psychique de la personne (interdiction de porter une arme, suspension et annulation du permis de conduire, confiscation du véhicule ou des armes ou d'un animal) ainsi que des peines de l'article 222-45 (interdiction des droits civiques, de l'exercice d'une fonction publique ou d'une activité en lien avec des mineurs ; stages de citoyenneté et de responsabilité parentale) et, depuis 2010, de la peine d'affichage et de diffusion de la décision (art. 222-50-1). Il ne paraît pas nécessaire de modifier ou compléter ces dispositions.

3.3.Options concernant les discriminations

1) Discriminations dans les relations de travail, prévues par le code du travail

Plusieurs solutions étaient envisageables :

Option n°1 : Statu quo

Cette hypothèse n'a pas été retenue car des coordinations sont indispensables pour une meilleure cohérence du droit.

Option n°2 : Procéder aux coordinations et mises en cohérence nécessaires

Le code du travail définit le harcèlement sexuel, ou les discriminations résultant d'un harcèlement sexuel dans ses articles L. 1153-1 et suivants. L'article L.1155-2 du code du travail sanctionne le harcèlement sexuel.

Sa rédaction est issue de l'ordonnance du 12 mars 2007 de recodification du code du travail, en principe à droit constant.

Ce texte était, et demeure, doublement incohérent :

- il faisait doublon avec le code pénal, mais avec des peines complémentaires différentes ;
- à la suite d'une erreur de recodification, il ne sanctionnait plus, comme c'était le cas avant 2007, les faits de discrimination commis à la suite d'un harcèlement sexuel (une même erreur a été faite s'agissant du harcèlement moral, qui donne également lieu à un doublon et à un recul dans la répression).

En conséquence, il est proposé :

- De rappeler l'interdiction dans le code du travail du harcèlement sexuel (et moral) par un renvoi aux définitions du code pénal, sans prévoir un doublon des incriminations (mais en permettant aux inspecteurs du travail de constater ces délits)
- De ne sanctionner dans le code du travail, comme elles l'étaient avant 2007, que les discriminations commises, dans le cadre de la relation de travail, suite à un harcèlement sexuel (ou moral).
- De préciser que les discriminations suite à un harcèlement sexuel sont interdites (et donc sanctionnées pénalement). Il est alors précisé dans le code du travail que la discrimination est interdite y compris si elle fait suite à un acte qui n'a pas été répété (par exemple une personne est licenciée pour avoir refusé de céder aux avances de son employeur, sans qu'il soit nécessaire que ces avances aient été répétées).

Les articles L. 1153-1, L. 1153,2 et L.1155-2 doivent donc être modifiés en ce sens¹⁴.

Par ailleurs, l'article L. 8112-2, listant les infractions que peuvent constater les inspecteurs du travail, doit être complété pour permettre la constatation des délits de harcèlement sexuel ou moral prévu par les articles 222-33 et 222-33-2 du code pénal, lorsqu'ils sont commis dans le cadre des relations du travail.

¹⁴ Les textes modifiés sont ainsi les suivants (les différences de fond sont en gras) :

*Art. L. 1153-1.- Dans le cadre des relations de travail, aucun salarié ne doit subir des faits de **harcèlement sexuel tels que définis et réprimés par l'article 222-33 du code pénal.***

*Art. L.1153-2. - Aucun salarié, aucun candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements de harcèlement sexuel, y **compris si ces agissements n'ont pas été commis de façon répétée.***

*Art. L. 1155-2.- Sont punis d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 3 750 € **les faits de discriminations commis à la suite d'un harcèlement moral ou sexuel définis aux articles L.1152-2, L. 1153-2 et L.1153-3 du présent code.***

La juridiction peut également ordonner, à titre de peine complémentaire, l'affichage du jugement aux frais de la personne condamnée dans les conditions prévues à l'article 131-35 du code pénal et son insertion, intégrale ou par extraits, dans les journaux qu'elle désigne. Ces frais ne peuvent excéder le montant maximum de l'amende encourue.

Il convient également, par cohérence, de réécrire l'article L. 1152-1 du code du travail sur le harcèlement moral pour renvoyer à la définition du code pénal.

2) Discriminations dans le code pénal

Les dispositions du code pénal réprimant les discriminations sont les articles 225-1 (énumération des *critères de discrimination* prohibés, comme la race, la religion, le sexe..), 225-2 (énumération des *comportements discriminatoires* commis par des particuliers pénalement sanctionnés et fixation des peines applicables) et 432-7 (énumération des *comportements discriminatoires* commis par des agents publics et fixation des peines applicables)¹⁵.

Option N°1. Statu quo

Cette hypothèse – ne pas toucher aux dispositions du code pénal sur les discriminations - est envisageable, d'autant qu'aucune des propositions de loi déposées sur le sujet du harcèlement ne propose de telles modifications.

Cette solution n'est toutefois pas satisfaisante, car l'analyse du droit existant avant la décision du Conseil constitutionnel montre une véritable lacune en la matière : seules les discriminations dans le travail résultant d'un harcèlement sexuel étaient sanctionnées (du moins jusqu'à la recodification du code du travail en 2007), mais pas celles intervenant dans d'autres domaines, ce qui n'était aucunement justifié.

Option N°2 : Compléter le code pénal afin de réprimer les discriminations faisant suite à un harcèlement sexuel

Cette solution est celle retenue par le Gouvernement.

¹⁵ Ces articles sont ainsi rédigés :

Art. 225-1. - Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs moeurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée

Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des moeurs, de l'orientation sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales.

Art. 225-2. - La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 Euros d'amende lorsqu'elle consiste :

1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;

2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;

3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;

4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ;

5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ;

6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale.

Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 Euros d'amende.

Art. 432-7. - La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :

1° A refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ;

2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque.

A cette fin, il est inséré après l'article 225-1 du code pénal un article 225-1-1 prévoyant qu'une distinction résultant de l'acceptation ou refus par une personne de subir des agissements de harcèlement sexuel, y compris si ces agissements n'ont pas été commis de façon répétée, constitue une discrimination, et les articles 225-2 et 432-7 sont complétés pour renvoyer aux discriminations prévues par ce nouvel article 225-1-1.

Ainsi, au delà de la répression du harcèlement sexuel proprement dit, seront également sanctionnées toutes les *discriminations* qui peuvent résulter de ces faits de harcèlement.

Ces discriminations seront réprimées y compris lorsqu'elles interviennent dans des domaines autres que les relations de travail, et y compris si elles font suite à un acte unique lorsqu'il s'agit de pressions, comme cela peut être le cas d'une personne qui, parce qu'elle a refusé une proposition de nature sexuelle, se voit refuser un logement, ou n'importe quel bien ou service.

Ces faits seront ainsi punis, en application des articles 225-2 et 432-7 de ce code, de trois ans d'emprisonnement lorsqu'ils sont commis par un particulier, de cinq d'emprisonnement s'ils sont commis par un agent public et de cinq ans également s'ils sont commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès (comme par exemple une discothèque).

4. Impacts

4.1. Impacts pour le citoyen

Les impacts du projet de loi pour les victimes de harcèlement sexuel sont considérables, puisqu'il existe un vide juridique, au moins partiel, depuis la décision du Conseil constitutionnel.

Ce n'est en effet que pour des faits qui seront commis après l'entrée en vigueur du nouveau texte que des plaintes pourront être déposées, des poursuites engagées et des condamnations prononcées pour des faits de harcèlement sexuel ainsi qualifiés.

4.2. Impacts pour le budget

Ce projet de loi n'a aucun impact budgétaire

5. Consultations / Modalités d'application

Consultation

Ce projet de loi ne nécessite aucune consultation obligatoire.

S'agissant des dispositions modifiant le code du travail, il peut être observé que les articles D. 1145-1 et D. 1145-2 de code prévoient que le conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes participe à la définition et à la mise en œuvre de la politique menée entre les femmes et les hommes et que ce conseil est consulté :

1° sur les projets de lois et décrets ayant pour objet d'assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes;

2° sur les textes relatifs à des conditions particulières de travail propres à l'un ou l'autre sexe.

Toutefois, le fait que les femmes soient en pratique plus exposées au harcèlement sexuel que les hommes ne suffit à faire de son interdiction dans les relations de travail une mesure ayant pour objet d'assurer l'égalité professionnelle entre les sexes.

La loi n'interdit en effet pas le harcèlement pour s'assurer que les hommes et les femmes accèdent aux mêmes niveaux de responsabilité ou bénéficient des mêmes rémunérations.

Les débats au Parlement lors de la réforme du code pénal, rappelés en début d'étude d'impact, indiquent du reste très clairement que le délit de harcèlement sexuel n'apparaît pas discriminatoire car il existe quelque soit le sexe de la victime ou de l'auteur du délit et se rapproche bien davantage des agressions sexuelles.

De même, la répression des discriminations faisant suite au harcèlement n'est pas lié au sexe de la victime, mais au fait qu'elle a subi et accepté ou refusé un harcèlement sexuel, quelque soit son sexe.

La consultation du conseil supérieur de l'égalité professionnelle concernant le texte harcèlement n'est donc pas obligatoire.

5.2. Modalités d'application géographique

Les dispositions de la loi modifiant le code pénal doivent être appliquées sur tout le territoire, y compris l'Outre-mer, sans adaptation particulière, comme c'était le cas des textes modifiés.

Les dispositions de la loi modifiant le code du travail doivent, pour être appliquées sur tout le territoire, faire l'objet d'une insertion spécifique dans le code du travail mahorais. En effet, il existe à Mayotte, un code du travail local qui régit les relations au travail. Celui-ci devait être enrichi, par voie d'ordonnance, pour prévenir le harcèlement moral et sexuel et les discriminations notamment en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. A cet effet, la commission consultative du travail de Mayotte avait été consultée le 20 juillet 2011, sans qu'elle ne formule d'observations particulières. A la suite de la censure du Conseil Constitutionnel, par souci de sécurité juridique et de cohérence, les dispositions relatives au harcèlement sexuel ont volontairement été exclues du projet d'ordonnance, pour être insérées dans le présent texte.

5.3. Modalités d'application dans le temps

La réforme doit immédiatement entrer en vigueur pour combler au plus vite, pour l'avenir, les lacunes de la répression résultant de la décision du Conseil constitutionnel.

5.4. Décrets d'application

Le présent projet de loi n'exige aucun décret d'application.