

# Extrait d'une audition du 23 mars 2016 par la délégation aux droits des femmes de l'Assemblée Nationale

Marilyn Baldeck, déléguée générale de l'AVFT  
Association européenne contre les Violences faites aux Femmes au Travail

## Des améliorations restent à apporter au dispositif anti-discrimination et anti-harcèlement sexuel dans le Code du travail

Comme vous le savez, l'AVFT fait l'usage de la loi votée de manière soutenue en agissant en justice de sorte que de nouvelles problématiques lui apparaissent régulièrement. C'est actuellement le cas en matière **de règles de preuve des discriminations**.

**- Les règles de preuve en matière de discrimination doivent être harmonisées.**

Dans une procédure prud'homale, il est le plus souvent difficile pour la partie demanderesse d'obtenir des preuves directes qui se trouvent entre les mains de la défense (i.e les bandes d'enregistrement de vidéosurveillance, des échanges de mails professionnels etc.). C'est typiquement le cas lorsqu'une salariée est brutalement arrêtée par son médecin traitant et ne peut plus retourner au travail. C'est encore plus vrai s'agissant d'établir la preuve d'une discrimination ou d'un harcèlement sexuel qui se caractérisent par leur opacité. Le droit européen a donc prévu une répartition de la charge de la preuve entre salarié.es et employeurs pour établir un équilibre dans les actions en reconnaissance d'une discrimination et partant pour rendre les recours efficaces, transposée en droit interne.

L'article 1134-1 du Code du travail, qui fixe les règles de preuve des discriminations, dispose : *« Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié **présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination** (...) ». Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ».*

L'article L1154-1 relatif à la preuve du harcèlement sexuel et du harcèlement moral dispose : *« Lorsque survient un litige des articles L1152-1 à L1152-3 et L1153-1 à L1153-4, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié **établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement**. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ».*

Il apparaît donc une différence sensible de rédaction des règles de preuve entre le contentieux des discriminations et celui du harcèlement, qu'il soit sexuel ou moral.

Si nous ne percevons pas de différence notable entre « *laisser supposer* » et « *permettre de présumer* », il n'en va en effet pas de même du verbe « présenter » VS « établir » et sans doute plus encore de « *éléments de faits* » VS « *faits* », ce qui a ou peut avoir une incidence sur les chances de

succès ou d'insuccès d'une procédure.

Il est de plus en plus fréquent qu'au cours des procédures sociales pour harcèlement sexuel, les employeurs arguent de cette différence et de ce que les victimes de harcèlement doivent rapporter des preuves *directes* du harcèlement sexuel en lui-même (les « *faits* ») là où les victimes d'autres discriminations n'auraient qu'à établir un faisceau de présomption composé de preuves indirectes (« *les éléments de faits* »), alors même que l'intention du législateur européen était précisément que les salarié.es n'aient pas à rapporter une preuve *complète*.

### **D'où vient cette différence de régime ?**

La loi du 9 novembre 2001, qui transposait notamment la directive européenne 97/80 CE du 15 décembre 1997 *relative à la charge de la preuve dans les cas de discriminations fondées sur le sexe*, est venue réformer le droit de la preuve des discriminations afin d'en assurer l'effectivité.

Le législateur français a prévu, comme il en avait la possibilité, un régime plus favorable que celui que le droit de l'UE imposait, en codifiant une création prétorienne de la chambre sociale de la Cour de cassation.

Le droit européen exige que les salariés s'estimant victime d'une discrimination doivent ***établir des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement*** (charge à l'employeur de prouver que ces faits sont étrangers à tout harcèlement).

Au visa de la loi du 9 novembre 2001, les salariés s'estimant victime d'une discrimination ***présentent des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination*** (charge à l'employeur de prouver que ces éléments de fait sont étrangers à toute discrimination).

Dans la loi dite « de modernisation sociale » du 17 janvier 2002, créant le délit de harcèlement moral et son interdiction en droit du travail, le régime de preuve des harcèlements sexuel et moral est identique à celui des discriminations.

Mais à la faveur de la loi du 3 janvier 2003 *portant relance de la négociation collective en matière de licenciement*, des parlementaires tirent argument de la décision du Conseil constitutionnel du 12 janvier 2002, qui émet des réserves d'interprétation à la rédaction des règles dérogatoires de preuve en matière de harcèlement sexuel et moral, pour revenir sur la formulation retenue dans la loi de modernisation sociale<sup>1</sup>, alors même que le Conseil constitutionnel n'avait pas censuré la mesure.

Le Conseil constitutionnel avait en effet décidé : « *Considérant que les règles de preuve plus favorables à la partie demanderesse instaurées par les dispositions critiquées ne sauraient dispenser celle-ci d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants qu'elle présente au soutien de l'allégation selon laquelle la décision prise à son égard constituerait une discrimination (...) Sous ses strictes réserves d'interprétation, les articles 158 et 169 ne méconnaissent pas le principe constitutionnel du respect des droits de la défense* ».

---

<sup>1</sup> Cf. débats AN du 5 décembre 2002 et Sénat du 17 décembre 2002. « *Il y aurait présomption d'innocence pour un violeur, pour un dealer, pour un criminel, et il n'y en a pas pour un chef d'entreprise !* » (Jean-Michel Fourgous, député). Quelle mauvaise foi, de confondre volontairement civil et pénal !

Mais du point de vue de l'AVFT, le régime de preuve des discriminations, bien qu'encadré par les réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel, demeure plus favorable que celui des harcèlements sexuel et moral<sup>2</sup>.

### **Une différence illégale**

Outre le fait que cette différence est techniquement injustifiée, le harcèlement sexuel n'étant pas plus simple à prouver qu'une différence de traitement discriminatoire, elle est illégale.

### **> Violation du principe d'équivalence**

Les modalités procédurales des recours en justice destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'UE sont en effet encadrées par le principe dit « d'équivalence », qui impose que ces modalités « *ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne* ».

Or les recours en matière de harcèlement sexuel ne sont pas seulement « similaires », **ils font juridiquement partie du champ des discriminations** en droit européen et en droit interne.

#### **\*En droit européen**

L'article 2.2 a) de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail* a « inclus » le harcèlement sexuel dans les discriminations :

« 2. Aux fins de la présente directive, **la discrimination inclut:**

a) *le harcèlement et le harcèlement sexuel, ainsi que tout traitement moins favorable reposant sur le rejet de tels comportements par la personne concernée ou sa soumission à ceux-ci; (...)* ».

#### **\*En droit interne**

En droit interne et conformément au droit européen, le législateur a réalisé une jonction entre les discriminations et les « harcèlements discriminatoires », au sein desquels il a placé « *tout harcèlement à connotation sexuelle* ».

L'article 1 de la loi du 27 mai 2008 *portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations* dispose en effet :

---

<sup>2</sup> Il est notable à la lecture des débats parlementaires que c'est la facilitation de la preuve du harcèlement *moral* et non sexuel qui posait problème aux députés, bien qu'au final, la « punition » ait été appliquée aux deux « harcèlements ». Cette marche arrière est pourtant beaucoup plus problématique pour le harcèlement sexuel, juridiquement considéré comme une discrimination en tant que telle, alors que tel n'est pas le cas du harcèlement moral.

## « **La discrimination inclut :**

1° *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 hostile, dégradant, humiliant ou offensant ; (...)* ».

==> Par conséquent, le législateur français n'avait pas le droit d'instituer une « différence de traitement » juridique entre la charge de la preuve des discriminations et la charge de la preuve du harcèlement sexuel<sup>3</sup>. C'est même une discrimination indirecte qu'on peut lui reprocher, puisqu'en prévoyant des règles de preuve moins favorables pour le harcèlement sexuel, c'est massivement les femmes qu'il lèse.

## > **Violation du principe de non-régression**

Par ailleurs, le législateur français n'avait pas le droit, en modifiant le régime juridique de la preuve du harcèlement sexuel, d'en diminuer l'effectivité par rapport au régime précédent, fût-il antérieur d'une année.

Enfin, il faut observer qu'en matière de droit administratif, le régime probatoire du harcèlement dérogé par le Conseil d'État est calqué sur celui des discriminations :

*« Considérant d'une part qu'il appartient à un agent public qui soutient avoir été victime d'agissements constitutifs de harcèlement moral de **soumettre au juge des éléments de faits susceptibles de faire présumer l'existence d'un tel harcèlement** ; qu'il incombe à l'administration de produire, en sens contraire, une argumentation de nature à démontrer que les agissements en cause sont justifiés par des considérations étrangères à tout harcèlement ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si les agissements de harcèlement sont ou non établis, se détermine au vu de ces échanges contradictoires, qu'il peut compléter, en cas de doute, en ordonnant toute mesure d'instruction utile ; »* (Conseil d'Etat, Section 11 juillet 2011, n°321225 et Conseil d'Etat 25 novembre 2011, n°353839)

Or il n'existe aucune raison valable pour que les salariés du privé ne bénéficient pas du même régime de preuve du harcèlement que les agents publics.

Un alignement du régime probatoire du harcèlement sexuel sur celui des discriminations, outre que le droit le commande, viendrait utilement renforcer l'arsenal juridique civil en matière de harcèlement sexuel, et ainsi continuer de compenser l'ineffectivité chronique de la répression (au sens pénal) du harcèlement sexuel, comme nous le verrons lors de l'évaluation prochaine de la loi du 6 août 2012 annoncée par Mme Pascale Crozon.

---

<sup>3</sup> S'agissant de l'aménagement de la preuve du harcèlement moral, l'esprit du droit européen ne dictait qu'elle le soit qu'en matière de harcèlement moral fondé sur un motif discriminatoire. Le législateur français, en prévoyant des règles de preuve identiques pour le harcèlement sexuel et le harcèlement moral, ce dernier fut-il non discriminatoire, a transgressé le principe d'équivalence pour le premier et fait usage de sa faculté de prévoir un droit plus favorable pour le second.