

## Le harcèlement sexuel et moral à l'épreuve de la Constitution

[Loi n° 2012-954 du 6 août 2012, JO 7 août]

Mots clefs | Droit pénal - Harcèlement sexuel - Harcèlement moral - Principe de légalité des délits et des peines - Sécurité juridique

« La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

Ainsi énoncé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le principe de légalité des délits et des peines a servi de fondement à l'annulation pour inconstitutionnalité, le 4 mai 2012 par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC <sup>(1)</sup>), de l'article 222-33 du Code pénal réprimant le harcèlement sexuel.

Parfois malmené, le principe de légalité des délits et des peines est l'une des

pierres angulaires du droit pénal français. De valeur constitutionnelle, il garantit pour chacun le droit de ne pas être condamné pour des faits qui n'auraient pas été pénalement réprimés au moment de leur commission. Toute personne doit pouvoir savoir si le comportement qu'elle adopte est ou non répréhensible, si ses agissements sont ou non constitutifs d'une infraction et, le cas échéant, quelles sont les sanctions qu'elle encourt.

L'article 222-33 du Code pénal, en disposant 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 », ne permettait pas de déterminer quels étaient les comportements pouvant donner lieu à une condamnation pénale pour des faits de harcèlement sexuel. Partant de là, le texte, faisant entorse au principe de légalité des délits et des peines, était contraire à la Constitution, et devait donc être supprimé par le Conseil constitutionnel.

Quoique nécessaire, cette décision du Conseil constitutionnel a donné lieu à interrogations.

D'application immédiate, elle a créé un vide juridique jugé insupportable par les victimes de faits de harcèlement sexuel et les associations féministes.

Le gouvernement Ayrault a manifesté, sitôt en place, la volonté de remédier à cette difficulté. Ne pouvant laisser subsister trop longtemps le vide juridique résultant de l'annulation du délit réprimant le harcèlement sexuel, le Premier ministre et le Garde des sceaux ont déposé le 13 juin 2012 un projet de loi visant à introduire dans le Code pénal un nouvel article 222-33. Examiné par le Parlement à compter du 11 juillet 2012, ce projet de loi a fait l'objet d'une procédure d'adoption accélérée, laquelle a abouti le 6 août 2012 (L. n° 2012-954 du 6 août 2012). C'est sur le fondement de ce nouveau texte que seront désormais poursuivies les personnes accusées de harcèlement sexuel.

Le dispositif de répression du harcèlement sexuel mis en place par la loi du 6 août 2012 prévoit désormais plusieurs niveaux de commission de l'infraction. Le délit de harcèlement sexuel est ainsi défini comme « le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante » [art. 1<sup>er</sup> de la loi du 6 août 2012 ; nouvel art. 222-33 I du Code pénal]. L'infraction est également commise lorsque,

même en l'absence de toute répétition, le harcèlement sexuel a consisté en l'exercice de « toute forme de pression grave » [art. 1<sup>er</sup> de la loi du 6 août 2012 ; nouvel art. 222-33 II du Code pénal].

Ces deux formes de harcèlement sexuel simple sont punies de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende [art. 1<sup>er</sup> de la loi du 6 août 2012 ; nouvel art. 222-33 III du Code pénal]. Les faits de harcèlement sexuel sont punis de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende lorsqu'ils sont commis avec circonstance aggravante [art. 1<sup>er</sup> de la loi du 6 août 2012 ; nouvel art. 222-33 III du Code pénal].

La loi du 6 août 2012 innove également en disposant que seront sanctionnées les discriminations visant les personnes ayant « subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel » [L. n° 2012-954 du 6 août 2012, art. 3].

Si un nouveau texte est venu combler le vide juridique créé par l'abrogation de l'ancien article 222-33 du Code pénal, l'urgence dans laquelle celui-ci a été adopté a permis que subsistent des incertitudes quant à la constitutionnalité des textes réprimant les faits de harcèlement.

### L'inconstitutionnalité de l'ancien article 222-33 du Code pénal

Permettant que « le délit de harcèlement sexuel soit punissable sans que les éléments constitutifs de l'infraction soient suffisamment définis » (Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC, préc.), l'article 222-33, tel qu'il était inscrit dans le Code pénal jusqu'au 4 mai 2012, ne répondait pas aux exigences posées par le principe de légalité des délits et des peines et était dès lors contraire à la Constitution.

Le délit de harcèlement sexuel avait été introduit pour la première fois dans le Code pénal, à l'article 222-33, par la loi

(1) Cons. const., 4 mai 2012, décis. n° 2012-240 QPC, AJDA 2012. 1490, étude M. Komly-Nallier et L. Crussoé ; D. 2012. 1372, note S. Detraz ; *ibid.* 1177, édito. F. Rome ; *ibid.* 1344, point de vue G. Roujou de Boubée ; *ibid.* 1392, entretien C. Radé ; Dr. soc. 2012. 714, note B. Lapèrou-Schneider ; *ibid.* 720, chron. R. Salomon et A. Martine ; RSC 2012. 371, obs. Y. Mayaud ; *ibid.* 380, obs. A. Cerf-Hollender.

du 22 juillet 1992 (L. n° 92-684 du 22 juill. 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et des délits contre les personnes, JO 23 juill.). Il était alors 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 ».

Ce texte avait subi une première modification en 1998 (L. n° 98-468, du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, JO 18 juin), afin de remédier aux différences existant entre les articles réprimant le harcèlement sexuel dans le Code pénal et dans le Code du travail. Avait ainsi été envisagé un nouveau fait constitutif de harcèlement sexuel : l'exercice de pressions graves sur la victime.

La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 (L. n° 2002-73 du 17 janv. 2002, JO 18 janv.) avait supprimé, à l'article 222-33 du Code pénal comme dans son équivalent figurant dans le Code du travail, toute référence à l'abus d'autorité. Le délit de harcèlement sexuel pouvait ainsi être commis par toute personne, abusant ou non de son autorité, dans quelque contexte que ce soit. L'inventaire des éléments constitutifs de l'infraction figurant dans le texte était également supprimé en cette occasion. Ainsi, à compter de cette loi et jusqu'à la décision d'inconstitutionnalité du Conseil constitutionnel, le délit de harcèlement sexuel était simplement défini comme « le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle » (ancien art. 222-33 du Code pénal).

Les modifications du texte réprimant, dans le Code pénal, le harcèlement sexuel avaient donc eu pour effet d'élargir peu à peu la portée de celui-ci, en supprimant successivement toutes les conditions nécessaires pour que

l'infraction soit constituée. En voulant rendre possible la prise en compte d'une grande variété de situations, ces remaniements avaient rendu l'article 222-33 du Code pénal imprécis, ouvrant la porte à de nombreuses incertitudes. En vertu du principe de légalité des délits et des peines, de telles incertitudes ne pouvaient être tolérées. Celui-ci ne posait en effet aucune exigence quant à la nature des faits devant être commis, leur fréquence, leur gravité, pour que l'infraction de harcèlement sexuel soit constituée.

L'ancien article 222-33 du Code pénal n'indiquait aucunement quels étaient les éléments constitutifs du harcèlement sexuel. La définition tautologique du harcèlement n'en était pas une. Les « faveurs de nature sexuelle » que l'auteur du harcèlement poursuivait n'étaient pas davantage déterminées dans le Code pénal. Pour remédier à cette difficulté, les juges du fond avaient du préciser que cette notion recouvrait « tout acte de nature sexuelle, et notamment les simples contacts physiques destinés à assouvir un fantasme d'ordre sexuel, voire à accentuer ou provoquer le désir sexuel » (Paris, 18<sup>e</sup> ch., 18 janv. 1996, Gaz. Pal. 1996, 1, jur., p. 267, note Katz C.).

Les contours de l'infraction n'étaient donc pas suffisamment délimités par l'article 222-33 tel qu'il figurait dans le Code pénal jusqu'à la décision d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel le 4 mai 2012 (Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC, préc.). Les Sages, considérant 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 » (décis. préc., consid. 5), ont décidé du retrait immédiat des dispositions litigieuses.

### Un vide juridique à combler

Fondement inconstitutionnel de condamnations pénales, l'article 222-33 du Code pénal réprimant le harcèlement sexuel devait être supprimé et le Conseil constitutionnel ne pouvait, malgré le vide juridique ainsi créé, reporter la prise d'effet de son abrogation.

Cependant, sans surprise, de nombreuses voix se sont élevées contre cette décision du Conseil constitutionnel de donner effet immédiat à la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 222-33 du Code pénal. Le report de l'abrogation n'était pourtant pas envisageable. Le respect de la Constitution commandait une suppression immédiate du texte non conforme.

La décision du 4 mai 2012 a donc mis un terme à toutes les procédures en cours engagées sur le fondement de l'ancien article 222-33 du Code pénal. Les poursuites, dépourvues de tout fondement juridique, ne pouvaient perdurer. Au contraire, l'inconstitutionnalité du texte réprimant le harcèlement sexuel est restée sans effet sur les condamnations devenues définitives à la date du 4 mai 2012.

Devant le vide juridique créé par la suppression de l'article 222-33 du Code pénal, et le terme mis aux poursuites en cours pour des faits de harcèlement sexuel, les victimes de tels faits ont pu avoir le sentiment que leur était retirée toute arme pour se défendre devant les tribunaux. Tel n'a pourtant pas été le cas et les victimes de harcèlement sexuel ont conservé des moyens d'action juridique, avant même l'adoption d'un nouvel article 222-33 du Code pénal.

Certaines des procédures engagées n'ont pas périclité, l'infraction initialement poursuivie sous la qualification de harcèlement sexuel a parfois pu faire l'objet d'une requalification en agression sexuelle et ainsi donner lieu à une condamnation pénale.

Lorsque les faits de harcèlement sexuel ont eu lieu dans un cadre professionnel, les victimes gardaient également la possibilité d'agir sur le fondement de l'article L. 1153-1 du Code du travail 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 ». Jusqu'à l'adoption de la loi du 6 août 2012, l'article L. 1155-2 du Code du travail prévoyait la condamnation de l'auteur de faits de harcèlement sexuel au travail à un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende.

Enfin, les personnes victimes de harcèlement sexuel ont en outre conservé, entre l'abrogation de l'ancien article 222-33 du Code pénal et l'adoption de celui-ci dans une nouvelle version, la possibilité d'engager la responsabilité civile de l'auteur des faits dénoncés, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Une telle possibilité, secourable à défaut de moyen d'action devant les juridictions pénales, n'était toutefois pas totalement satisfaisante : alors que les poursuites pénales donnent lieu à des investigations menées par des services d'enquête qualifiés, c'est sur la « victime demanderesse » que pèse la charge de la preuve dans le cadre du procès civil. Cette difficulté est telle qu'elle pouvait se révéler un obstacle insurmontable pour la victime souhaitant obtenir réparation du préjudice subi.

Le vide juridique créé par la suppression de l'article 222-33 du Code pénal, obligeant les victimes de harcèlement sexuel à recourir à des moyens juridiques subsidiaires, n'aura été que de courte durée. Par l'adoption de la loi du 6 août 2012, un nouvel article 222-33 a été introduit dans le Code pénal. Celui-ci est désormais rédigé en les termes suivants :

« I. – Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur

caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante.

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

« III. – Les faits mentionnés aux I et II sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

« (...) ».

Ce nouveau texte permet d'identifier les éléments constitutifs de l'infraction de harcèlement sexuel avec davantage de précision que cela n'était rendu possible sous l'empire de l'ancien article 222-33 du Code pénal. Toutefois, l'éventail des situations pouvant correspondre à la définition de l'infraction de harcèlement sexuel telle qu'établie par la loi du 6 août 2012 reste considérablement étendu. L'ancien texte, trop imprécis, ne donnait aucun élément permettant d'identifier l'infraction de harcèlement sexuel. Le nouveau texte, plus élaboré, détermine quels sont les critères devant être remplis pour que des faits de harcèlement sexuel soient constitués.

Ces critères semblent cependant faire entrer dans la définition du harcèlement sexuel des situations qui n'ont probablement pas été envisagées comme telles par le législateur et qui ne pourraient donner lieu à des poursuites pénales.

Le *quantum* des peines prévues à l'encontre des auteurs de harcèlement sexuel simple a été doublé. En cas de harcèlement sexuel aggravé, soit lorsque l'auteur des faits a abusé de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, soit lorsque la victime est un mineur de 15 ans ou une personne vulnérable, soit lorsque l'infraction est commise « par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice », il peut être porté jusqu'à trois ans d'emprisonnement

et 45 000 euros d'amende (L. n° 2012-954 du 6 août 2012, art. 1).

La pénalité attachée au nouvel article 222-33 du Code pénal est donc considérablement alourdie. Cette aggravation des sanctions impacte également l'infraction de harcèlement moral qui, dans un souci d'harmonisation des peines prévues pour les faits de harcèlement de toute sorte, est désormais punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

Enfin, la loi du 6 août 2012 crée, avec l'introduction d'un article 225-1-1 du Code pénal, un nouveau cas de discrimination. Seront dorénavant punies les distinctions opérées entre les personnes ayant « subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel » (L. n° 2012-954 du 6 août 2012, art. 1).

Le nouvel article 222-33 du Code pénal permettra donc, semble-t-il, de mieux protéger les victimes de harcèlement sexuel. Les sanctions encourues sont en effet plus lourdes et les situations constitutives de l'infraction toujours aussi nombreuses. Le harcèlement sexuel fait l'objet d'une véritable définition, les éléments constitutifs de l'infraction sont plus précisément déterminés. Il n'est toutefois pas certain que la sécurité juridique en soit davantage assurée. Le nombre des situations pouvant répondre à la définition du harcèlement sexuel telle qu'elle figure désormais dans le Code pénal va obliger les magistrats à faire, en opportunité, un tri entre les faits pouvant être poursuivis et ceux répondant également aux critères posés par la loi mais ne justifiant pas que des poursuites soient engagées.

La loi du 6 août 2012 n'est pas exempte d'imperfection et sa mise en œuvre donnera vraisemblablement lieu à débat. Par ailleurs, le texte, adopté dans l'urgence, ne répond pas à toutes les interrogations nées à l'occasion de l'abrogation de l'ancien article 222-33 du Code pénal.

## Des incertitudes qui demeurent

Si le texte adopté par le Parlement suite à l'abrogation de l'ancien article 222-33 du Code pénal apporte des précisions quant aux éléments matériels constitutifs de l'infraction de harcèlement sexuel, demeurent les difficultés liées à l'appréciation de l'élément moral de l'infraction.

L'article 121-3 du Code pénal dispose qu'il « n'y a point de crime ou délit sans intention de le commettre », sauf lorsque la loi le prévoit. Le harcèlement sexuel, à défaut d'indication légale contraire, est une infraction intentionnelle. Il ne peut donc y avoir de harcèlement sexuel sans intention de le commettre.

L'infraction de harcèlement sexuel suppose, pour être constituée, que soit démontrée la conscience chez l'auteur de l'infraction de se livrer à des faits de harcèlement sexuel.

À ce dol général de droit commun s'ajoute, aux termes de l'ancien comme du nouveau texte réprimant le harcèlement sexuel, l'exigence d'un dol spécial. L'article 222-33 du Code pénal énonce de manière constante que l'auteur du harcèlement sexuel doit avoir été animé par la volonté d'obtenir des faveurs de nature sexuelle. Les juges doivent donc, au moment de prononcer sur la culpabilité de la personne prévenue de harcèlement sexuel, déterminer si celle-ci a ou non eu conscience de se livrer à des faits de harcèlement sexuel, mais aussi si celle-ci a ou non souhaité obtenir des faveurs de nature sexuelle.

La jurisprudence montre cependant que l'élément intentionnel de l'infraction de harcèlement sexuel est trop souvent escamoté par le juge. Les difficultés à démontrer l'existence d'une intention sont immenses. Le contexte très particulier dans lequel sont commises les infractions de harcèlement sexuel ne

permet pas de rapporter la preuve de l'élément intentionnel de l'infraction avec aisance. Devant tant de difficultés, les juges ont parfois succombé à la tentation de considérer l'élément intentionnel de l'infraction de harcèlement sexuel démontré dès lors que l'élément matériel en était suffisamment établi.

Une telle interprétation revient à présumer l'intentionnalité de l'infraction et est contraire aux principes gouvernant la matière pénale. Si l'article 121-3 du Code pénal pose l'exigence d'une intention délictuelle chez l'auteur de l'infraction, c'est bien parce que la constatation d'éléments factuels ne suffit pas à établir la volonté de celui-ci de commettre l'infraction, laquelle volonté doit donc être strictement démontrée.

La loi du 6 août 2012 ne permettra pas de combler ces lacunes dans la caractérisation de l'élément intentionnel de l'infraction de harcèlement sexuel.

L'inconstitutionnalité de l'ancien article 222-33 du Code pénal a également donné lieu à des questionnements quant à l'avenir du délit de harcèlement moral. Certains auteurs ont en effet considéré que la suppression du texte réprimant le harcèlement sexuel avait pour effet de suspendre une épée de Damoclès au-dessus du délit de harcèlement moral.

Plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité, rédigées en des termes identiques à ceux de la QPC ayant abouti à l'abrogation de l'article 222-33 du Code pénal, ont été déposées par des personnes renvoyées devant les juridictions pénales pour des faits de harcèlement moral<sup>2</sup>. Ces QPC ont été transmises à la Cour de cassation qui a refusé de les soumettre à l'avis du Conseil constitutionnel (Crim., 11 juill. 2012, n° 11-88.114) au motif que le texte réprimant le harcèlement moral avait déjà été déclaré

(2) Notamment, QPC transmise à la Cour de cassation par le Tribunal correctionnel d'Épinal le 10 mai 2012.

conforme à la Constitution (décis. n° 2001-455 DC du 12 janv. 2002 <sup>3</sup>).

L'examen de la conformité à la Constitution de l'article 222-33-2 du Code pénal réprimant le harcèlement moral semblait pourtant nécessaire.

L'infraction de harcèlement moral est actuellement définie comme « le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ».

Pour qui considère que la loi pénale doit être rédigée en des termes précis, là encore, le texte ne satisfait pas. À la lecture du texte, la définition du harcèlement moral semble particulièrement large puisqu'aucun préjudice causé à la victime n'est exigé pour que l'infraction soit constituée. En effet, il suffit que le comportement dénoncé ait été « susceptible » de porter préjudice à la victime du harcèlement moral. De même, l'infraction de harcèlement moral est constituée dès lors que le comportement dénoncé a « pour objet » (sans nécessairement avoir « pour effet ») une dégradation des conditions de travail de la victime.

En définitive, l'infraction de harcèlement moral peut donc être constituée sans qu'aucun préjudice, ni aucune dégradation des conditions de travail, n'ait été subi par la victime. L'article 222-33-2 du Code pénal rend ainsi possible le prononcé d'une condamnation pour harcèlement moral reposant sur les seuls « agissements répétés » de l'auteur des faits, dès lors que celui-ci est animé par une intention malveillante à l'égard de la victime. La notion d'agissement est volontairement imprécise, de sorte que le texte puisse s'appliquer à n'importe quelle situation. La répétition de ces

agissements pose également problème. Les agissements doivent-ils être identiques pour être répétés ? La répétition est-elle enfermée dans un délai déterminé ?

Le texte permet donc que l'élément matériel de l'infraction de harcèlement moral soit réduit au plus strict minimum et accorde une place considérable à l'élément intentionnel, par définition difficile à démontrer.

Comme c'était déjà le cas pour l'infraction de harcèlement sexuel, la volonté du législateur d'offrir une réponse pénale à des situations très diverses a donné lieu à une définition extrêmement large de l'infraction de harcèlement moral, au détriment de l'exigence de précision du texte. Le juge a du répondre aux questions laissées en suspens par le législateur, au mépris du principe de légalité des délits et des peines.

Un examen par le Conseil constitutionnel de l'article 222-33-2 du Code pénal aurait donc été justifié.

La transmission des questions prioritaires de constitutionnalité a cependant été refusée par la Cour de cassation, au motif que le texte a déjà été déclaré conforme à la Constitution. On peut toutefois considérer que l'abrogation de l'ancien article 222-33 du Code pénal constituait une circonstance nouvelle justifiant que soit réexaminée la constitutionnalité de l'article 222-33-2 du Code pénal, tant les infractions de harcèlement sexuel et de harcèlement moral ont suivi des trajectoires convergentes.

La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 (L. n° 2002-73 du 17 janv. 2002, JO 18 janv.) introduisant l'article 222-33-2 dans le Code pénal en est un bon exemple. En même temps que le législateur choisissait de ne pas exiger de lien hiérarchique entre l'auteur du

harcèlement moral et sa victime, la mention « par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions » était retirée de l'article 222-33 du Code pénal réprimant le harcèlement sexuel.

Aujourd'hui encore, le législateur n'a pu modifier le quantum des peines encourues pour des faits de harcèlement sexuel sans imposer la même modification au délit de harcèlement moral, preuve que l'existence des deux infractions est totalement imbriquée.

Il est regrettable que ni la Cour de cassation, ni le législateur n'ait profité de la réécriture de l'article 222-33 du Code pénal pour améliorer la rédaction de l'article 222-33-2 du même code réprimant le harcèlement moral.

par Caroline Collet

Auditrice de justice

Emmanuel Daoud

Avocat au barreau de Paris, Cabinet VIGO

(3) Cons. const., 12 janv. 2002, décis. n° 2001-455 DC, AJDA 2002. 1163, étude F. Reneaud ; D. 2003. 1129, et les obs., obs. L. Gay ; *ibid.* 2002. 1439, chron. B. Mathieu ; RSC 2002. 673, obs. V. Bück ; *ibid.* 674, obs. V. Bück.