



Sexiste, vous avez dit sexiste...



Isabelle AYACHE-REVAH

Avocat associé

Raphaël Avocats

www.raphael-avocats.com

Identifier, prévenir et sanctionner l'humour gaulois et tous les autres agissements et outrages sexistes...

Introduite dans le Code du travail par la loi du 17 août 2015, dite loi *Rebsamen* ⁽¹⁾, l'interdic-

tion des agissements sexistes en entreprise a été renforcée par la loi *El Khomri* du 8 août 2016 ⁽²⁾. Comme pour le harcèlement moral et sexuel, cette dernière exige d'en faire mention dans le règlement intérieur ⁽³⁾. Plus récemment encore, la loi du 3 août 2018 ⁽⁴⁾ a créé une nouvelle infraction pénale d'outrage sexiste ⁽⁵⁾.

La multiplication de ces textes invite à s'interroger sur leur plus-value juridique, dans un espace pourtant déjà largement occupé par des notions plus aguerries, telles que la discrimination ou le harcèlement.

Quoi qu'il en soit, les agissements et outrages sexistes constituent désormais de nouveaux risques profes-

sionnels que l'employeur doit prendre en compte lors de la planification de leur prévention, s'il ne veut pas

voir sa responsabilité engagée en raison d'un manquement à son obligation de sécurité de résultat.

COMPRENDRE LES NOTIONS ET LES INFRACTIONS

Notion d'agissements sexistes

L'agissement sexiste ⁽⁶⁾ est défini comme tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Contrairement au harcèlement sexuel, il ne suppose pas des agissements répétés.

Comme l'a précisé le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (CSEP) ⁽⁷⁾,

(1) L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi.

(2) L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

(3) C. trav., art. L. 1321-2.

(4) L. n° 2018-703, 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.

(5) C. pén., art. 621-1.

(6) C. trav., art. L. 1141-2-1.

(7) Fiche pratique du Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (CSEP).



les agissements sexistes peuvent revêtir différentes formes. Il pourra en pratique s'agir de comportements ou d'acte commis, de propos formulés, voire d'un écrit.

Les manifestations sont nombreuses, mais il n'est pas toujours aisé de différencier ce qui peut être considéré comme un comportement « normal », de ce qui ressort de l'agissement sexiste au sens de l'article L. 1142-2-1 du Code du travail.

Ce que l'on imagine moins bien, ce sont les circonstances qui constituent un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant, ainsi que la part de subjectivité dans ce ressenti : blagues sexistes, remarques sur la maternité ou sur la famille, sur l'apparence physique.

Dans son rapport en date du 6 mars 2015, le CSEP a recensé un certain nombre de comportements types⁽⁸⁾ qui pourront à l'avenir être qualifiés, par la chambre sociale, d'agissement sexiste.

Les blagues et remarques portant sur le comportement d'une personne considérée par ses collègues ou son supérieur comme violant les standards « féminin » ou « masculin » sont réputées constitutives d'agissements sexistes.

Certaines interpellations familières, apparemment anodines, voire bienveillantes et contribuant à donner un bon climat dans les organisations de travail, peuvent également constituer une forme de sexisme : « ma petite », « ma mignonne », « ma belle », « ma chérie ».

À cela s'ajoutent les remarques sur l'apparence physique, sur la tenue ou des signes déplacés de séduction, tel que le déshabillage par le regard. Il en va de même d'une conduite corporelle marquant l'hostilité envers une personne en raison de son sexe.

Enfin et surtout, les remarques apparemment anodines à l'égard des mères salariées, qui relèvent d'un comportement pourtant largement répandu dans le contexte du travail, sont également susceptibles d'être constitutives d'agissements sexistes.

Notion d'outrage à « connotation sexuelle » ou « sexiste »

Destiné à l'origine à lutter contre le harcèlement de rue, l'outrage sexiste peut également être caractérisé sur le lieu de travail⁽⁹⁾.

(8) Voir note précédente.

(9) Circ. min. Justice, 3 sept. 2018.

Exemples d'outrages sexistes

L'outrage sexiste est défini comme le fait d'imposer à une personne des propos ou un comportement à connotation sexuelle ou sexiste qui porte atteinte à sa dignité en raison de son caractère dégradant ou humiliant. Il en est de même lorsqu'il crée à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante. Comme pour l'agissement sexiste, aucune répétition des faits n'est exigée.

Selon le ministère de la Justice, peuvent être qualifiés d'outrages sexistes au sein de l'entreprise des propositions sexuelles, certaines attitudes non verbales, telles que des gestes imitant ou suggérant un acte sexuel, des sifflements, des bruitages obscènes ou ayant pour finalité d'interpeller la victime de manière dégradante.

Un outrage dit « à connotation sexiste » peut aussi être caractérisé en présence de commentaires dégradants sur l'attitude vestimentaire ou l'apparence physique de la victime⁽¹⁰⁾.

Sanctions

Ces comportements sont passibles d'une peine de contravention de 4^e classe (750 €). En cas de circonstances aggravantes (notamment lorsque l'outrage est commis par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions), l'amende peut être portée à 1 500 € (contravention de 5^e classe)⁽¹¹⁾.

Frontières entre agissements « sexistes » et outrages « à connotation sexiste »

La frontière entre les agissements « sexistes » et les outrages dit « à connotation sexiste » semble difficile à déceler. Et la question de la plus-value juridique de la notion d'outrage sexiste semble se poser.

Le ministère de la Justice a affirmé que la création de l'« outrage sexiste » venait combler un vide juridique, en réprimant un certain nombre de comportements à connotation sexuelle ou sexiste qui échappaient jusqu'alors à toute sanction pénale.

Ainsi, l'infraction d'« outrage sexiste » devrait permettre au salarié de faire sanctionner pénalement les agissements sexistes prohibés dans l'entreprise au sens de l'article L. 1142-2-1 du Code du travail, puisqu'en pratique tout comportement à connotation sexuelle ou sexiste est lié au sexe et est donc à la fois qualifiable d'agissement sexiste et d'outrage sexiste.

(10) Circ. min. précitée.

(11) C. pén. art. 621-1.



Plus précisément, l'outrage sexiste permet de sanctionner pénalement des agissements sexistes qui, faute pour le salarié de pouvoir rapporter la preuve d'une différence de traitement injustifiée ou du caractère réitéré des agissements, ne peuvent ni caractériser un délit de discrimination à raison du sexe, ni un délit de harcèlement sexuel ou moral.

L'introduction de l'infraction d'outrage sexiste est donc le corolaire de la prohibition des agissements sexistes. Il permet au salarié d'engager la responsabilité de son auteur devant la juridiction pénale ⁽¹²⁾.

Enfin, et comme l'a précisé le ministère de la Justice, cette infraction ne doit être retenue que si les faits ne peuvent faire l'objet d'aucune qualification pénale plus sévère.

En conclusion, les poursuites sous les qualifications délictuelles de violences, d'agression sexuelle, d'exhibition sexuelle, de discrimination ou encore de harcèlement ⁽¹³⁾ doivent naturellement primer sur celle d'outrage sexiste. Plus particulièrement, le caractère répété des agissements constatés doit impérativement conduire à poursuivre les faits sous la qualification de harcèlement ⁽¹⁴⁾.

PORTÉE JURIDIQUE DES NOTIONS D'AGISSEMENT ET D'OUTRAGE SEXISTE

Un arsenal législatif existait déjà : harcèlement sexuel et moral ou discrimination liée au sexe. On peut donc (et certains penseront que l'on doit), dans ces conditions, s'intéresser à la notion d'agissement ou outrage sexiste sous l'angle de sa pertinence : quelle est la plus-value juridique des nouveaux textes ?

Différence entre discrimination en raison du sexe et agissement ou outrage sexiste

Les notions de discrimination ⁽¹⁵⁾ et d'agissement ou outrage sexiste peuvent se confondre, mais elles

sont toutefois différentes, notamment dans leur périmètre.

En effet, alors que la discrimination est liée à une différence de traitement injustifiée en raison du sexe du salarié, l'agissement ou l'outrage sexiste est plus large. Il correspond à tout propos ou actions liés au sexe du salarié, ou à connotation sexuelle et ayant un impact sur la qualité de vie au travail, son environnement.

Reste que la preuve d'une discrimination, c'est-à-dire d'une différence de traitement injustifiée (par exemple, une absence d'évolution de carrière) peut s'avérer en pratique très compliquée à apporter. La différence de traitement peut également, par la suite, être justifiée par l'employeur par des motifs objectifs et étrangers au sexe du salarié.

Ainsi, la notion d'agissement ou d'outrage sexiste ne suppose que la preuve d'un comportement lié au sexe ou à connotation sexuelle ayant soit porté atteinte à la dignité du salarié, soit eu un impact sur son environnement de travail. La preuve d'une discrimination suppose en revanche l'existence d'une différence de traitement injustifiée.

Enfin, tout agissement sexiste n'implique pas que la victime s'en trouve discriminée ⁽¹⁶⁾. En effet, un salarié peut parfaitement subir des agissements sexistes, sans pour autant faire l'objet d'une différence de traitement injustifiée.

Cela explique sans doute pourquoi les condamnations par la chambre sociale en raison d'une discrimination fondée sur le sexe sont peu fréquentes. Une discrimination en raison du sexe a toutefois été retenue dans une affaire où une salariée avait été victime notamment de quolibets, de moqueries douteuses et d'insultes, dont une à caractère sexuel ⁽¹⁷⁾.

L'introduction de la notion d'agissement et d'outrage sexiste permet ainsi de couvrir un champ plus large, recouvrant des comportements plus insidieux et qui ne s'accompagnent pas de discrimination.

Les agissements sexistes doivent cependant être à l'origine d'une atteinte à la dignité du salarié ou avoir un impact sur sa qualité de vie au travail, conséquence qui n'a pas à être prouvée pour justifier d'une discrimination.

(12) C. pén. art. 621-1

(13) Circ. min. Justice précitée : « Étant observé que la condition de répétition caractérisant le délit de harcèlement exige toutefois un certain espacement dans le temps entre les différents actes qui ont été commis ; si la répétition intervient dans un très court trait de temps, les faits constituent la contravention d'outrage sexiste, comme par exemple siffler à plusieurs reprises une passante ou lui tenir d'affilée plusieurs propos sexistes. »

(14) Cass. civ., 28 sept. 2016, n° 15-16.805.

(15) C. trav., art L. 1132-1.

(16) Un comportement pourra néanmoins être qualifiable d'agissement sexiste et de discrimination liée au sexe.

(17) Cass. soc., 20 mai 2015, n° 14-13.357, RJS 8-9/15 n° 538.



Différence entre discrimination en raison du sexe et harcèlement

Contrairement à la notion de discrimination, les agissements et outrages sexistes et le harcèlement ont en commun de porter atteinte à la dignité de la personne ou de créer une situation intimidante, hostile ou offensante.

Néanmoins, alors qu'un propos ou comportement unique peut caractériser un agissement ou un outrage sexiste, il est attendu, en principe ⁽¹⁸⁾, des faits de harcèlement qu'ils soient répétés.

On devine alors, dans cette architecture, une différence de degrés plutôt que de nature entre le harcèlement et les agissements sexistes, puisque ces derniers peuvent être caractérisés quand bien même ils seraient isolés, et cela sans avoir alors à présenter un caractère de gravité particulière.

Enfin, le harcèlement sexuel au sens du Code du travail suppose des propos ou comportements à « connotation sexuelle ».

Cela limite de fait les actions visant à punir ces comportements, quand bien même on y retrouverait des agissements ouvertement sexistes.

Le salarié qui en est victime peut néanmoins tout à fait introduire une action au pénal en raison d'un délit de harcèlement sexuel en cas d'agissements à connotation « sexiste » répétés, puisque la loi du 3 août 2018 a élargi la définition du délit de harcèlement sexuel, désormais constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle, mais également sexiste.

Enfin, les comportements sexistes, dès lors qu'ils sont répétés, pourront toujours être stigmatisés dans un contexte de harcèlement moral et permettre à la victime de faire valoir ses droits. En effet, les agissements sexistes apparaissent régulièrement dans les actions portées par les salariées à l'encontre de leur harceleur.

LUTTER CONTRE LES AGISSEMENTS ET OUTRAGES SEXISTES EN ENTREPRISE

Nouveau risque professionnel

Les agissements et outrages sexistes constituent désormais de nouveaux risques professionnels à part

(18) À l'exception des faits assimilés au harcèlement sexuel et du harcèlement discriminatoire.

entière, susceptible d'être caractérisés par un acte unique. L'employeur doit donc faire preuve de la plus grande vigilance.

Le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes a précisé les conséquences attachées à un agissement sexiste, là où les textes légaux étaient restés silencieux.

La victime d'agissements sexistes peut désormais saisir le conseil des prud'hommes afin d'obtenir de la part de son employeur :

- la réparation du préjudice subi au titre de la violation de l'interdiction de tout agissement sexiste lorsque les agissements sont commis par un salarié de l'entreprise ;
- la réparation de son préjudice au titre du non-respect par son employeur de son obligation de santé et de sécurité, et ce quelle que soit la personne ayant commis ces agissements sexistes.

Ainsi, lutter contre les agissements sexistes, définis dans le Code du travail, est donc plus que jamais nécessaire.

À cette fin, l'employeur doit prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir leur survenance et, dès qu'il a connaissance de faits susceptibles de constituer de tels agissements, agir immédiatement pour les faire cesser.

Prévenir les agissements sexistes

Formaliser une politique visant à promouvoir des relations et un environnement de travail exempts de sexisme constitue pour l'employeur un premier outil de lutte contre les agissements sexistes. Accompagner cette politique d'un document différenciant les actes prohibés dans l'entreprise de ceux qui relèvent du « sexisme ordinaire » par des illustrations peut également permettre aux salariés de l'entreprise de mieux identifier les actes prohibés en interne : formes de séduction non souhaitées, réflexions non désirées sur la grossesse et la situation de famille, courriels, messages et affichages sexistes, incivilités en raison du sexe.

Outre ce plan d'action contre le sexisme, la mise en place d'une politique de prévention est incontournable. Les dispositions relatives aux agissements sexistes doivent obligatoirement figurer dans le rè-



glement intérieur ⁽¹⁹⁾, et la communication des sanctions applicables à de tels agissements au sein de l'entreprise est préférable pour prévenir leur survenance.

Là encore, l'illustration de ces dispositions dans le plan de prévention, le cas échéant, par des exemples dans les codes et chartes d'éthique et dans les labels égalité peut permettre au personnel de mieux identifier en pratique ce que recouvre la notion d'agissement sexiste.

Par ailleurs, il est conseillé à l'employeur d'intégrer la lutte contre le sexisme dans le plan d'action de prévention en matière de sécurité et santé au travail, et de la faire figurer régulièrement à l'ordre du jour du CSE ou du CHSCT. Les actions de prévention et du traitement du sexisme pourront également être intégrées au dialogue social de l'entreprise (information, consultation, négociation collective sur l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail).

Sensibiliser et former les acteurs de l'entreprise (responsables des ressources humaines, représentants du personnel, dirigeants) à la question des stéréotypes de sexe et du sexisme, par le biais de modules de formation ou par tout moyen (vidéos, site internet, guides, affiches, etc.), s'avère pertinent pour prévenir ce type d'agissement.

Une politique de communication en interne, et éliminant les représentations fondées sur des stéréotypes de sexe, est également opportune (site internet, notes de service type).

Enfin, les procédures de gestion des RH devront être exemptes de biais sexistes (fiches de poste, offres d'emplois, entretien d'évaluation).

Réagir aux agissements sexistes et veiller à la prise en charge des victimes

L'accompagnement des salariés victimes d'agissements sexistes, et la mise en place d'un dispositif d'aide garantissant la traçabilité et la confidentialité des données recueillies ⁽²⁰⁾ (mise en place de référent à l'intérieur des entreprises, cellule d'écoute ou d'alerte interdisciplinaire), consti-

tuent des outils essentiels pour l'employeur, notamment pour démontrer que des mesures immédiates ont été mises en œuvre pour faire cesser ces agissements.

L'employeur, ainsi que les référents et managers, doivent adopter une posture bienveillante vis-à-vis de la victime. Ils doivent également prendre des mesures immédiates pour faire cesser ces agissements et, le cas échéant, diligenter une enquête, si l'employeur et/ou le service des ressources humaines a connaissance d'une allégation d'agissements sexiste ou a des raisons de croire qu'un tel agissement se produit (une grille d'entretien pour recevoir les victimes et l'auteur supposé, un rapport de signalement type).

Faire cesser et sanctionner, le cas échéant, l'agissement sexiste

L'employeur pourra, par exemple, prononcer une sanction disciplinaire à l'égard du salarié qui aura manqué à ses obligations. Ces sanctions peuvent aller du simple avertissement ou blâme au licenciement. Néanmoins, en cas de sanctions disciplinaires, ces dernières doivent rester justifiées et proportionnées ⁽²¹⁾.



La bataille s'annonce difficile.

Parions que la plus rude ne sera pas celle livrée dans les prétoires, mais en entreprise. Si la galanterie et la convivialité ne constituent ni des agissements sexistes, ni des outrages sexistes, il va falloir expliquer et rappeler que l'humour gaulois (pour reprendre une expression devenue à la mode), les remarques malsaines, les regards appuyés, sont interdits et sanctionnés.

Certains vont devoir réapprendre à vivre, d'autres à parler... la vie en entreprise va devenir passionnante ! ♦

(19) C. trav. art. L. 1321-2.

(20) Circ. min. précitée.

(21) CA Pau, ch. soc., 30 nov. 2017, RG n° 15/02411 : « L'employeur pouvait prendre des mesures utiles (retrait d'affichage, exercice de ses fonctions par la salariée dans un autre service plus adapté à sa personnalité, par exemple) ou des sanctions proportionnées aux manquements du salarié, mais ne pouvait d'emblée, sans enquête, prendre la mesure disciplinaire la plus grave, privant le salarié de tout droit et indemnité. »