

L'ENTREPRISE FACE AU TRAITEMENT PÉNAL DES VIOLENCES SEXUELLES ET SEXISTES

Editorial	1
1 - Faire avec l'existant	1
2 - Le surgissement d'une incrimination nouvelle : l'outrage sexiste	3
I - JURISPRUDENCE	4
A - CONSTATATION DES INFRACTIONS	4
1 - Portée des actes accomplis par l'inspecteur du travail	4
2 - Ce que permet l'audition libre	5
B - LES INFRACTIONS - LE DELIT DE TRAVAIL DISSIMULE	6
Remettre l'ouvrage sans cesse sur le métier	6
C - PEINES	7
Régime des peines : l'exigence de motivation va au-delà de la déclaration de responsabilité pénale	7

éditorial

Alain Coeuret
Of Counsel

Le législateur a, par la loi du 3 août 2018, eu recours de nouveau au droit pénal pour tenter, sinon d'éradiquer, du moins de réduire la présence, notamment dans les relations du travail, d'un phénomène aux multiples contours qui, globalement, porte atteinte à la dignité des femmes et des hommes qui s'y trouvent confrontés. Comme tout projet de cette nature, la réussite de l'ambition dépend largement de l'implication des autorités publiques concernées et, tout particulièrement, de la pugnacité des juges chargés d'appliquer les nouvelles règles, lesquelles se caractérisent par leur nature pénale. **La démarche adoptée repose sur deux modalités distinctes.**

1- Faire avec l'existant

Tout d'abord, la loi précitée a étendu le champ d'une incrimination préexistante, celle du harcèlement sexuel définie à l'article 222-33 du Code pénal. **Désormais**, selon ce texte, modifié en conséquence, **le harcèlement sexuel** est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle **ou sexiste** 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 (§ I de l'article 222-33).

Selon ce même article, l'infraction est également constituée :

1° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime par **plusieurs personnes**, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que **chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée** ;

2° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime, **successivement**, par plusieurs personnes qui, même **en l'absence de concertation**, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition.

Par ailleurs, le paragraphe II de l'article 222-33 **assimile** 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.

Enfin la liste des **circonstances aggravantes** de l'infraction est complétée (selon le § III de l'article 222-33) de la façon suivante :

- lorsque les faits sont commis par une personne qui **abuse de l'autorité** que lui confèrent ses fonctions (1°) ; la généralité de la formule englobant a priori l'autorité d'un employeur ou de ses délégués en vertu de la subordination juridique découlant de leur contrat de travail.
- lorsque ces mêmes faits sont commis sur une personne particulièrement vulnérable à raison notamment de son âge ou de sa maladie apparente ou connue de leur auteur (3°) ou sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résulte de sa situation économique ou sociale apparente ou connue de leur auteur (4°) ; lorsque ces mêmes faits sont commis par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice (5°) ou par l'utilisation d'un service de communication au public en ligne ou par le biais d'un support numérique ou électronique (6°) ou enfin, par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait (8°).

On notera que ces différentes circonstances aggravantes ont une répercussion sur les **peines applicables** puisque, si, en leur absence, les faits mentionnés aux I et II de l'article 222-33 sont passibles d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 € d'amende, pour les personnes physiques (ou l'une de ces deux peines seulement selon la conviction du juge), elles sont portées, toujours pour les seules personnes physiques, à trois ans d'emprisonnement et à 45.000 € d'amende si le juge les constate. Le quantum de l'amende est quant à lui porté au quintuple pour les personnes morales.

L'extension du champ de l'élément matériel du délit de harcèlement sexuel que réalise ainsi la loi nouvelle mérite d'être particulièrement soulignée en ce qui concerne l'atténuation de l'exigence de répétition des actes, ce qui a principalement pour objet de **réprimer les faits de "cyber harcèlement"** (v. en ce sens le Guide pratique et juridique édité par le Ministère du Travail - *Harcèlement sexuel et agissements sexistes au travail, prévenir, agir, sanctionner travail-emploi, gov.fr*). L'article 222-33 du Code pénal peut ainsi s'appliquer dans les cas où plusieurs personnes agissent, soit de manière concertée, soit en sachant que leur propos ou leur comportement caractérise une répétition, quand bien même chaque personne, individuellement, n'aurait pas agi de façon répétée.

Traduit également cette **volonté de répression particulière la nouvelle circonstance aggravante** citée au 6° du § III de l'article 222-33, à savoir lorsque les faits visés par les paragraphes I et II du même article sont accomplis grâce à l'utilisation d'un service de communication au public en ligne ou par le biais d'un support numérique ou électronique (pour plus de détail, on se reportera à la Circulaire du Ministère de la Justice du 3 septembre 2018).

Au titre de ce **renouvellement partiel de la définition du harcèlement sexuel**, figure enfin l'élargissement de la prise en compte des propos ou des comportements qui peuvent être incriminés pénalement, lesquels sont désormais définis non seulement comme ceux ayant une "connotation sexuelle" mais aussi ceux ayant une "connotation sexiste", cette dernière notion -nouvelle en droit pénal- se trouvant d'autre part à la base d'une infraction distincte du harcèlement, qui va constituer la **seconde modalité d'action choisie par le législateur de 2018**.

2 - Le surgissement d'une incrimination nouvelle : l'outrage sexiste

Certes, la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, avait déjà fait un premier pas en ce sens en introduisant dans le Code du travail une interdiction de "l'agissement sexiste" défini comme "... *tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant ou offensant*" (Art. L 1142-2-1). Mais une telle approche du sexisme (parfois qualifié de sexisme "ordinaire") était à l'époque restée dépourvue d'accompagnement pénal (sans même que par ailleurs la sanction civile de l'interdiction soit explicitement énoncée).

En 2018, le législateur a franchi une **étape supplémentaire dans la répression** en introduisant, dans le Code pénal cette fois, une incrimination de "l'outrage sexiste" qui apparaît comme une version "resserrée" par rapport à la définition civile citée plus haut (ce qui met en lumière un premier niveau de sexisme -sexisme ordinaire ?- non puni pénalement et propre aux relations du travail !).

La nouvelle infraction d'outrage sexiste se définit comme le fait ... *"d'imposer à une personne tout propos ou comportement à connotation sexuelle ou sexiste qui, soit porte atteinte à sa dignité en raison de son caractère dégradant ou humiliant, soit créé à son encontre une situation intimidante hostile ou offensante"* (C. pén. Art 621-1, § I nouveau).

On notera, qu'en raison de sa grande proximité avec plusieurs autres infractions (dont le harcèlement, qu'il soit moral ou sexuel), le législateur a pris la peine de délimiter a priori le **domaine de l'infraction d'outrage sexiste** à laquelle est ainsi assigné dès sa création un rôle complémentaire, ce qui offre par là-même au juge pénal une directive d'interprétation peu fréquente en droit français. En effet, l'article 621-1, I, énonce que la nouvelle incrimination s'applique *"hors les cas prévus aux articles 222-13, 222-32, 222-33 et 222-33-2 du Code pénal"*. Outre le harcèlement, ce sont donc les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail inférieure ou égale à 8 jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail, ainsi que l'exhibition sexuelle, qui doivent ainsi être privilégiés par l'autorité de poursuite quand leurs éléments sont réunis.

Après ce qu'elle n'est pas, l'infraction d'outrage sexiste peut être cernée à partir de qu'elle est, c'est à dire par son contenu qui correspond à ce qu'on appelle une infraction instantanée, aucune répétition des faits n'étant, contrairement au harcèlement, exigée par la loi. Les travaux parlementaires (Rap. AN n° 398 p. 148) confirment que l'outrage n'est pas limité à des situations de pur anonymat (outrage de rue) et qu'il pourrait, à l'occasion, être relevé dans un lieu privé ou public comme une entreprise ou une administration. Mais, sur ces derniers aspects, on attend avec intérêt les premières applications qu'en feront les juridictions pénales.

De la définition, passons au **régime de la peine**, pour constater que, puni en cas de fait primaire d'une simple amende contraventionnelle (soit 750 € pour la quatrième classe des contraventions auxquelles il se rattache), l'outrage sexiste peut évoluer dans l'échelle des qualifications en devenant une **contravention de 5^{ème} classe** (1.500 € pour une personne physique), lorsqu'on est en présence d'une des circonstances aggravantes listées par la loi (621-1 II), notamment lorsque l'outrage est commis par une personne qui abuse de l'autorité (de droit ou de fait) que lui confèrent ses fonctions (le chef d'entreprise lui-même mais aussi sans doute ses délégués, voire un fournisseur ou un prestataire). L'outrage peut enfin, de façon remarquable, être puni comme un délit (3.000 € pour une personne physique) lorsque les conditions de la **récidive** sont réunies.

Est par ailleurs rendue applicable la procédure d'amende forfaitaire qui permet notamment le paiement direct de l'amende auprès de l'agent verbalisateur au moment du constat de l'infraction. C'est certainement lorsqu'il y a récidive, que peut s'envisager l'application des peines complémentaires par ailleurs prévues par l'article 621-1 du Code pénal, au nombre desquelles figure l'obligation pour le coupable d'accomplir à ses frais un stage de lutte contre sexisme et de sensibilisation à l'égalité entre les femmes et les hommes.

Finalement c'est certainement au stade de la collecte des faits et du constat formel de cette contravention "gigogne" qu'apparaîtront les plus fortes interrogations, singulièrement lorsque l'infraction aura été commise au sein d'une collectivité. A notre connaissance, s'agissant des entreprises, les agents de contrôle de l'inspection du travail n'ont pas reçu mission d'en opérer le constat par les procès-verbaux dont le Code du travail fixe le régime et qui sont distincts, dans leur force probante, de ceux d'un officier de police judiciaire. Si on ajoute à cela que, selon les travaux parlementaires, l'autorité judiciaire chargée des poursuites ne pourra être valablement saisie qu'en présence d'une plainte de la victime (Rap. A. N. n° 398 p. 150 et 155) ...

I - JURISPRUDENCE

A - CONSTATATION DES INFRACTIONS

1 - Portée des actes accomplis par l'inspecteur du travail (cass. Crim. 25 mai 2019 n° 18-82574)

Dans cet arrêt, la chambre criminelle de la Cour de cassation décide que seul peut être regardé comme un acte d'instruction ou de poursuite interruptif de la prescription de l'action publique le procès-verbal dressé par l'inspecteur du travail dans l'exercice de ses attributions de police judiciaire et à l'effet de constater des infractions, à l'exclusion des actes d'enquête administrative qui en ont constitué le prélude. Doit être qualifié comme tel le simple déplacement de l'agent de contrôle dans l'entreprise après qu'il a déclenché le droit de visite qu'il tient de la loi, s'il est par ailleurs compétent pour exercer ce contrôle. C'est la première fois semble-t-il que la Haute juridiction prend ainsi parti sur la nature procédurale de certains des aspects de l'action de l'inspecteur du travail à l'intérieur des entreprises, traçant par la même occasion une frontière nette entre leurs prérogatives de police judiciaire et leurs prérogatives de police administrative, seuls les premières pouvant avoir pour effet d'interrompre la prescription extinctive des poursuites pénales dans l'hypothèse où l'inspecteur du travail a opté pour une transmission de son procès-verbal au Parquet. Les juges du fond, dont la décision est censurée, avaient adopté une approche différente, en estimant que l'acte de contrôle lui-même était rattachable à la notion d'enquête judiciaire et interrompait comme tel le délai de la prescription. Finalement, il apparaît que l'absence de rédaction d'un procès-verbal par l'inspecteur, alors qu'il estime par ailleurs être en présence d'une infraction, laisse par conséquent au Ministère public toute latitude pour déclencher les poursuites du chef de cette infraction, sans qu'on puisse exciper du fait que la simple présence de l'inspecteur dans les locaux de la société employeur est déjà un acte de police judiciaire interruptif de la prescription, au sens de l'article 9-2 du Code de procédure pénale qui régit la matière.

2 - Ce que permet l'audition libre (cass. Crim. 8 janvier 2019 n° 17-87246)

En matière de travail illégal, les agents de contrôle de l'inspection du travail disposent désormais du droit de procéder à l'audition de toutes les personnes susceptibles de leur apporter des éclaircissements sur la présence de l'une des infractions concernées, à commencer par celle, fort redoutée, de travail dissimulé.

En l'espèce, lesdits fonctionnaires, confrontés à une difficulté de communiquer en français avec plusieurs salariés prétendument détachés dans l'entreprise faisant l'objet du contrôle, avaient élaboré un questionnaire en polonais permettant de recueillir des réponses sur l'identité des intéressés, leur employeur et la nature de leur travail sur le chantier. Mais au lieu de constituer une simple documentation interne, ces réponses avaient ensuite, en tant que telles, été consignées dans un procès-verbal visant à établir, à l'encontre des différentes entreprises concernées par le marché, cumulativement, les délits de travail dissimulé, de prêt illicite de main d'œuvre et de marchandage, ce qui donnait aux poursuites exercées sur la base de ces différents chefs un caractère assez redoutable, surtout pour les personnes morales présentes, lesquelles ont alors soulevé une exception de nullité à l'encontre de ce procès-verbal, à la force probante particulièrement énergique, comme il a déjà été dit. L'exception évoquait une violation de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, en ce que les agents de contrôle auteurs du procès-verbal n'avaient pas sollicité le consentement des salariés interrogés lors de la visite et ne les avaient pas informés de leur droit de se taire et de ne pas répondre aux questions posées. L'objectif était donc pour les prévenus de relever un vice dans la procédure d'audition afin d'entraîner avec lui l'effondrement des poursuites, ce qui faisait jouer aux "victimes" un rôle assez inattendu, on en conviendra.

Formulé de cette façon, l'exception de nullité avait peu de chance de prospérer, y compris et surtout au stade de la cassation, la chambre criminelle ayant déjà affirmé par un arrêt du 12 décembre 2017 (n° 15-82588) que l'inspecteur du travail n'est pas tenu d'avertir préalablement les salariés dont l'entreprise est contrôlée de la portée incriminatrice de leurs déclarations. Dans cette même affaire, la Haute Juridiction avait aussi refusé de renvoyer devant le Conseil constitutionnel une QPC interrogeant sur la conformité des dispositions du Code du travail aux articles 9 et 16 de la Déclaration des Droits précitée, en ce qu'elles permettent à l'agent de contrôle d'interroger des membres du personnel ou de la direction de l'entreprise sans les informer de leur droit de se taire (cass. Crim. 19 juin 2018 n° 17-87246). Il eût été paradoxal qu'après cette première prise de position la Cour de cassation ne rejette pas un grief identique dans le cadre, cette fois, du contrôle de conventionalité. La cause est donc entendue. Dans le cadre de la procédure d'audition libre, seuls les suspects doivent être informés de leur droit de se taire, lequel droit ne concerne certainement pas les victimes c'est-à-dire en l'occurrence, les salariés eux-mêmes !

Cette réponse assez convenue du juge du droit présente au moins le mérite de souligner l'attention qui doit être portée à cette phase initiale du procès pénal, à un moment où rien n'est encore décidé en termes de poursuites et où les différents protagonistes de l'affaire font "librement" des déclarations, y compris sous la forme de réponses à un questionnaire, réponses qui ne manqueront pas ensuite d'attirer l'attention du parquet puis de la juridiction de jugement. On aura beau jeu de dire, pour répondre à ceux qui s'inquiètent de l'influence de tels moyens de preuve, que le débat contradictoire sur les données ainsi recueillies n'est pas écarté, quand bien même les éléments recueillis par cette voie auraient été consignés par l'inspecteur dans son procès-verbal. C'est qu'en effet, il résulte d'une très ancienne jurisprudence que la force probante particulière d'un tel procès-verbal ne s'étend qu'aux faits que l'agent de contrôle a personnellement vus, entendus ou constatés, ce qui ne paraît pas être le cas des propos tenus à l'occasion de l'audition des membres du personnel, y compris par des réponses à un questionnaire. Ces dernières ne sont

donc que de "simples renseignements" conformément au droit commun de la procédure pénale, même si, comme tels, ils ne dispensent pas le juge qui entend fonder la culpabilité du prévenu sur de pareilles déclarations, de rechercher la valeur des éléments de preuve ainsi mis en avant.

B - LES INFRACTIONS - LE DÉLIT DE TRAVAIL DISSIMULÉ

Remettre l'ouvrage sans cesse sur le métier (cass. Crim. 12 mars 2019 n° 17-80744)

L'une des caractéristiques de l'infraction de travail dissimulé tient au fait qu'elle est parfois commise par des ressortissants étrangers comme l'illustre la présente affaire où il est jugé que l'employeur, ayant son siège en Suisse, n'est pas dispensé d'effectuer en France les déclarations préalables aux embauches de salariés sur le sol français, domiciliés dans ce pays et voués à y exercer, pour l'essentiel, leur activité professionnelle. Il faut donc comprendre que les démarches et déclarations relatives aux contrats de travail et emplois de salariés régis a priori par le droit applicable en Suisse, accomplis par l'employeur auprès des autorités et organismes sociaux compétents dans ce pays, ne dispensent pas celui-ci d'effectuer, en France, les déclarations préalables aux embauches des intéressés, la chambre criminelle prenant toutefois la peine de préciser que les responsables et supérieurs hiérarchiques localisés en France n'ignoraient pas que les salariés concernés étaient domiciliés dans ce pays et allaient, pour l'essentiel, y accomplir leur prestation de travail. La précision est importante car, en dépit des facilités de preuve qu'il tolère, le délit de travail dissimulé - en l'occurrence par dissimulation d'emploi salarié- reste une infraction de nature intentionnelle fondée sur une volonté d'agir en contrariété avec la loi.

Or, dans le cas d'espèce, on aurait pu précisément arguer du fait que l'employeur avait déjà accompli toutes les démarches déclaratives imposées par la loi suisse pour en conclure qu'il n'y avait pas d'intention. D'où l'importance de relever une présence en France de délégués de l'employeur, lesquels ne pouvaient quant à eux ignorer que les déclarations prévues par la loi française continuaient à s'imposer.

A partir de là, il ne restait plus au juge français qu'à tirer le fil d'un raisonnement désormais classique qui, par quelque chose de l'ordre du rituel, énonce, arrêt après arrêt, que : *"la seule constatation de la violation en connaissance de cause des obligations légales de déclaration préalable à l'embauche, de délivrance de bulletins de paie et de déclarations auprès des organismes de protection sociale ou à l'administration, implique de la part de son auteur, l'intention coupable exigée pour la caractérisation du travail dissimulé"* (voir encore cass. Crim. 10 mai 2017 n° 16-84288).

Cette solution, que certains fondent sur les nécessités propres au droit pénal des affaires, ne crée pas moins une **présomption d'intention** dénoncée comme peu conforme aux principes de notre droit pénal. Le présent arrêt lui apporte un supplément d'énergie en déduisant l'intention de l'employeur étranger de la connaissance supposée qu'avaient de la situation, les mandataires de celui-ci, présents sur le sol français. Mais cette force donnée au mécanisme de la représentation ne fait-elle pas elle-même l'économie d'une recherche du vouloir réel de la personne mise en cause ?

C - PEINES

Régime des peines : L'exigence de motivation va au-delà de la déclaration de responsabilité pénale (cass. Crim. 4 juin 2019 n° 18-83789)

L'arrêt analysé se présente comme une application particulière de cette exigence à l'infraction de travail dissimulé. En matière correctionnelle, toute peine doit désormais être motivée en tenant compte de la gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle de celui-ci. Le juge qui prononce une peine, y compris d'amende, doit donc motiver sa décision en tenant compte des ressources et des charges du prévenu. En vertu de cette exigence récemment renforcée par une jurisprudence qu'on peut qualifier de transversale (cass. Crim. 1^{er} février 2017 n° 15-83984), est censurée une Cour d'appel qui, pour confirmer une peine d'amende et une peine d'emprisonnement pour délit de travail dissimulé, retient seulement la multiplicité des faits commis par le prévenu pendant plusieurs années, l'importance de ces agissements au regard du montant des sommes ayant échappé aux déclarations sociales et fiscales et la gravité des faits sans autre précision. La question ainsi posée est vaste et complexe et nul doute qu'elle réserve encore quelques surprises par certains de ses aspects, les infractions appartenant au droit pénal du travail y apportant leur contribution. Mais finalement, tout ceci ne se ramène-t-il pas à une interrogation simple, formulée par Molière lui-même dans *Amphytrion* (scène IV) : *"lorsqu'on pend quelqu'un, il faut lui dire pourquoi c'est"*.

CONTACTS

BAUDOIN
DE MOUCHERON
moucheron@gide.com

AURELIEN BOULANGER
boulanger@gide.com

DAVID JONIN
jonin@gide.com

FOULQUES DE ROSTOLAN
rostolan@gide.com

FRANÇOIS VERGNE
f.vergne@gide.com

GUILLAUME NAVARRO
navarro@gide.com

ALAIN COEURET
alain.coeuret@gide.com

Vous pouvez consulter cette lettre d'informations sur notre site Internet, rubrique Actualités & Publications : gide.com

Cette lettre d'informations est une publication électronique périodique éditée par le cabinet Gide Loyrette Nouel (le "Cabinet") diffusée gratuitement auprès d'un nombre limité de personnes ayant une relation directe ou indirecte avec le Cabinet. Cette lettre d'informations est réservée à l'usage privé de son destinataire et n'a qu'une vocation d'information générale non exhaustive. Elle ne saurait constituer ou être interprétée comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'usage qu'il fait des informations fournies dans la lettre d'Informations et le Cabinet ne pourra être tenu responsable envers le destinataire de quelconques dommages directs ou indirects découlant de l'utilisation de ces informations. Conformément à la loi "informatique et libertés" n° 78-17 modifiée, vous pouvez demander à accéder, faire rectifier ou supprimer les informations vous concernant traitées par notre service Communication (privacy@gide.com).